

Slobodan Perovic*

GUTACHTERLICHE STELLUNGNAHME ZUM ENTWURF
DES OBLIGATIONENGESETZES DER FÖDERATION
BOSNIEN-HERZEGOWINA/REPUBLIKA SRPSKA,
Buch I., Allgemeiner Teil, mit Stand vom 28.01.2003
Belgrad, den 15. Februar 2003

Gegenstand des Gutachtens ist der Entwurf des Gesetzes über Schuldrechtsverhältnisse der Republika Srpska / Föderation BiH, Buch I. Allgemeiner Teil, mit dem Stand vom 28.01.2003. Dieser Entwurf wurde publiziert als Arbeitsmaterial für die Ausarbeitung des Gesetzes über Schuldrechtsverhältnisse, seitens der Arbeitsgruppe, welche vom Justizministerium RS und FBiH in Zusammenarbeit mit der deutschen Regierungsorganisation GTZ organisiert wurde. In der Arbeit an diesem Projekt diente als Grundlage der Text des Entwurfes, welcher seitens dieser Arbeitsgruppe vorbereitet wurde, anhand des Textes, welchen Prof. Dr. Helmut Rüssmann aus Saarbrücken vorbereitet hat und dieser Text mit dem Stand vom 28.01.2003. stellt den Gegenstand dieses Gutachtens dar, für welches sein Autor, in der Eigenschaft eines internationalen Experten engagiert wurde, seitens der deutschen Regierungsorganisation GTZ. Das Gutachten dieses Entwurfes enthält: Einleitende Bemerkungen, in welchen die Vergleichspunkte des Entwurfes und des Gesetzes über Schuldrechtsverhältnisse (1978), welcher am Territorium des ehemaligen Jugoslawiens galt, aufgezeigt werden; Die Skizze zum Gesetzesbuch über Obligationen und Verträge von Mihailo Konstantinovic, Professor der juristischen Fakultät Belgrad (1969); Grundsätze des europäischen Vertragsrechts (Prof. Ole Lando – 1998); etwaige Konventionen der UNO und ihrer Organe, welche sich mit der Materie der Obligationen befassen; die Errungenschaften der juristischen Wissenschaft im Gebiet des Zivilrechts; Bedürfnisse des praktischen Lebens; Tradition der allgemeinen und der Sprachkultur. In diesem Rahmen wurden allgemeine Fragen, welche der Entwurf im allgemeinen Teil enthält, wie es die Reihenfolge der Quellen der Obligationen, das Prinzip der einheitlichen Regelung, Maß der meta-rechtlichen Kriterien und die Systematik sind, bearbeitet. In diesem Kontext wurden kritische Bemerkungen über bestimmte Vorschriften in dem allgemeinen Teil des Entwurfes, welcher den Quellen der Obligationen gewidmet ist und insbesondere dem Vertrag und dem Delikt als Grundquellen der Obligationen, vorgebracht.

Schlüsselbegriffe: *Gesetzesentwurf. – Obligation. – allgemeiner Teil des Obligationenrechts. – Vertrag. – Schadensverursachung.*

* Dr. Slobodan Perovic, Professor für Schuldrecht und Vorsitzender des Juristenverbands, Serbien und Montenegro

Слободан Перовић*

СТРУЧНО МИШЉЕЊЕ О НАЦРТУ ЗАКОНА О
ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА ФЕДЕРАЦИЈЕ
БИХ/РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

књ. I, Општи део, са стањем 28. јануара 2003.

Београд, 15. фебруар 2003.

Предметнo сiручног мишљења јесте Нацрт закона о облигационим односима Републике Српске/Федерације БиХ, књ. I, Општи део, са стањем на дан 28. јануара 2003. године. Нацрт је, као радни материјал за израду Закона о облигационим односима, објављивала Радна група коју је организовало Министарство правде РС и ФБиХ у сарадњи са немачком владином организацијом ГТЗ. У раду на овом пројекту, као подлога, послужио је шексн Нацрта који је припремила ова радна група на основу шексна професора доктора Хелмута Рисмана из Србије и на шексн са стањем 28. јануара 2003. представља предмет овог сирочног мишљења (аутора је, у својству међународног експерта ангажовала немачка владина организација ГТЗ). Сирочно мишљење о овом нацрту састоји се из: Уводних напомена у којима су назначене тачке поређења Нацрта са: Законом о облигационим односима (1978) који је важио на територији бивше Југославије; Скицом за Законик о облигацијама и уговорима Михаила Константиновића, професора Правног факултета у Београду (1969); Начелима европског уговорног права (проф. Оле Ландо – 1998); Бројним конвенцијама УН и њених органа које се односе на материју облигација; Тековинама правне науке у области грађанског права; Потребима практичног живота; Традицијом ошће и језичке културе.

Кључне речи: *Нацрт закона. – Облигација. – Општи део. – Уговор. – Деликт.*

* Др Слободан Перовић, професор Облигационог права и председник Удружења правника Србије и Црне Горе.

I. EINLEITENDE ANMERKUNGEN

Der Gegenstand dieser gutachterlichen Stellungnahme ist der Entwurf des Obligationengesetzes Bosnien-Herzegowinas/der Republika Srpska, Buch I, Allgemeiner Teil mit Stand vom 28.01.2003.

Als Vergleichsgrundlagen wurden diesem Gutachten folgende Texte zugrunde gelegt:

1.1 *Das Obligationengesetz*, welches 1978 für das Gebiet Ex-Jugoslawiens verabschiedet wurde (mit Änderungen und Ergänzungen aus den Jahren 1985, 1989 und 1993) und welches heute größtenteils von den Nachfolgestaaten Ex-Jugoslawiens übernommen wurde.

1.2 Die *Skizze des Gesetzbuches über Obligationen und Verträge*, die von Mihailo Konstantinovic, Professor der Fakultät für Rechtswissenschaften in Belgrad verfasst wurde (1969 veröffentlicht, letzte Ausgabe erfolgte 1996 im Rahmen der Bibliothek der Klassiker des jugoslawischen Rechts, Amtsblatt der Bundesrepublik Jugoslawien mit einem Vorwort des Autors dieser gutachterlichen Stellungnahme und mit Voranmerkungen des Autors der besagten Skizze). Diese Skizze diente als Grundlage bei der Verabschiedung des Obligationengesetzes (1978), und mehr als das. Das Obligationengesetz hat die Bestimmungen der Skizze größtenteils einfach nur wiedergegeben. Dort, wo es Abweichungen vorsieht, liegen hauptsächlich auch seine Fehler. Den besten Beweis für diese Beurteilung liefern die Änderungen zum Obligationengesetz, die 1993 vorgenommen wurden, womit das Gesetz von gewissen Bestimmungen mit politisch-ideologischem Wortgebrauch und Inhalten entlastet wurde, welche 1978 den Preis für die Verabschiedung des Gesetzes darstellten. Dem Autor dieser gutachterlichen Stellungnahme sind die oben geschilderten Umstände persönlich bekannt, weil er als Mitarbeiter von Professor Konstantinovic und als Referent über dieses Gesetz in der Parlamentsprozedur (1978) sowie als Vorsitzender der Kommission zur Änderung des Gesetzes (1993) ein Zeitzeuge des gesamten Prozesses der Entstehung, der Verabschiedung und der Änderungen und Ergänzungen zum Obligationengesetz gewesen ist. In diesem Sinne verweist der Autor dieser gutachterlichen Stellungnahme auf sein Vorwort zum besagten Gesetz in der Ausgabe des Amtsblattes der BRJ, vierzehnte Ausgabe, 2002, mit einem 105 Seiten langen Vorwort, in welchem zahlreiche Fragen in Zusammenhang mit der Entstehung des Gesetzes aber auch mit seiner Evolution auf dem Gebiet der Gesetzgebung dargelegt sind, vor allem auf dem Gebiet seiner Anwendung in der gerichtlichen und wirtschaftlich – geschäftlichen Praxis im Laufe der letzten 25 Jahre oder seit 1978 bis heute.

1.3 Die *Grundsätze des europäischen Vertragsrechts*, ein Text, der das Arbeitsergebnis der Kommission für europäisches Vertragsrecht darstellt (1998), deren Vorsitzender Prof. Ole Lando heißt, weswegen diese Kommission kurz und populär Lando-Kommission genannt wird.

1.4 *Zahlreiche Übereinkommen der Vereinten Nationen* und ihrer Organe, die sich auf die Materie des Schuldrechts beziehen, vor allem jedoch: Das UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf (abgeschlossen in Wien am 11. April 1980, und in Kraft getreten am 1.

I. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Предмет стручног мишљења је Нацрт закона о облигационим односима Републике Српске/Федерације БиХ, књ. I, Општи део, са стањем на дан 28. јануара 2003. године. Тачке поређења овог стручног мишљења чине:

I.1. *Закон о облигационим односима*, донесен 1978. године за територију бивше Југославије (са изменама и допунама из 1985, 1989. и 1993. године), и који је данас углавном преузет од стране нових држава ранијих република бивше Југославије.

I.2. *Скица за Законик о облигацијама у уговорима* коју је израдио Михаило Константиновић, професор Правног факултета у Београду (публикована 1969. године, последње издање 1996. године у оквиру библиотеке „Класици југословенског права“, Службени лист СРЈ, са предговором аутора овог стручног мишљења и „Претходним напоменама“ аутора Скице). Ова скица је послужила као основ за доношење Закона о облигационим односима (1978), и више од тога. Закон о облигационим односима је у највећем делу једноставно репродуковао одредбе Скице. Тамо где је одступио, углавном је погрешно. Најбољи доказ за ову констатацију јесу измене Закона о облигационим односима које су уследиле 1993. године, када је Закон био ослобођен извесних одредаба са политичко-идеолошком терминологијом и садржином, што је, 1978. године, била цена да Закон буде усвојен. Аутору овог стручног мишљења наведене околности су и лично познате, јер је као сарадник професора Константиновића и информисалац о овом Закону у скупштинској процедури (1978) и као председник Комисије за измену Закона (1993) био савременик целог процеса израде, доношења и измена и допуна Закона о облигационим односима. У том смислу, он указује на свој предговор Закону (у издању Службеног листа СРЈ, четрнаесто издање, 2002. године), у којем на 105 страница, су изнета многа питања везана за настанак Закона, као и за његову еволуцију на пољу законодавства, и нарочито на пољу његове примене у судској и пословној пракси у току последњих 25 година, дакле, од 1978. године до данас.

I.3. *Начела европског уговорног права*, текст који је резултат рада Комисије за европско уговорно право (1998), чији је председник проф. Оле Ландо, због чега се ова комисија скраћено и популарно назива и Ландо комисија.

I.4. Бројне конвенције Уједињених нација и њених органа које се односе на материју облигација, а нарочито: Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (закључена у Бечу 11. априла 1980. године, а ступила на снагу 1. јануара 1988), која се скраћено назива Бечка конвенција; Конвенција о застареле-

Januar 1988), welches kurz auch als Wiener Übereinkommen bezeichnet wird; das Übereinkommen über die Verjährung von Forderungen bei Internationalem Warenkauf (verabschiedet am 14. Juni 1974 in New York, in Kraft getreten am 1. August 1980 mit später am 11. April 1988 in Wien abgeschlossenem Protokoll, das am 1. August 1988 in Kraft getreten ist; das Übereinkommen UNIDROIT über internationales Finanzleasing (verabschiedet am 28. Mai 1988 in Ottawa und in Kraft getreten am 1. Mai 1995); Übereinkommen UNIDROIT über internationales Factoring (verabschiedet am 28. Mai 1988 in Ottawa und in Kraft getreten am 1. Mai 1995); Übereinkommen der EG-Länder über die für vertragliche Pflichten maßgeblichen Rechte (verabschiedet am 19. Juni 1980 in Rom, in Kraft getreten am 1. April 1991, revidiert mit dem Protokoll vom 19. Dezember 1988, gültig in EU-Ländern); Übereinkommen über Haftung von Hoteliers in Zusammenhang mit dem Vermögen ihrer Gäste (verabschiedet am 17. Dezember 1962 in Paris. Dieses Übereinkommen des Europarates (ETS No 41) ist am 15. Februar 1967 in Kraft getreten); Übereinkommen über das Gesetz, das in Fällen der Haftung von Herstellern für ihre Produkte zur Anwendung kommt (dieses Übereinkommen wurde im Rahmen der Hager Konferenz für internationales Privatrecht am 2. Oktober 1973 verabschiedet und trat am 1. Oktober 1977 in Kraft); das Wiener Übereinkommen über zivile Haftung für Kernkraftschäden (verabschiedet am 21. Mai 1963 in Wien, in Kraft getreten am 12. November 1977, Zusatzprotokoll vom 27. April 1992); das Internationale Übereinkommen über zivile Haftung für durch Erdölverschmutzung verursachte Schäden (verabschiedet am 29. November 1969 in Brüssel, in Kraft getreten am 19. Juni 1975); das internationale Übereinkommen über die Einrichtung eines internationalen Fonds für Schadenersatz aufgrund von Erdölverschmutzung (verabschiedet am 18. Dezember 1971 in Brüssel und in Kraft getreten am 16. Oktober 1987); das Übereinkommen über die Pflicht zu Schadenersatz bei durch Raumschiffe verursachte Schäden (verabschiedet am 29. März 1972, London, Moskau, Washington, und im völkerrechtlichen Sinne in Kraft getreten am 1. September 1972); das Übereinkommen über das Zivilverfahren (verabschiedet am 1. März 1954 in Hag, im völkerrechtlichen Sinne in Kraft getreten am 12. April 1957); das Übereinkommen über bei Verkehrsunfällen anzuwendendes Gesetz (verabschiedet am 4. Mai 1971 in Hag und im völkerrechtlichen Sinne in Kraft getreten am 3. Juni 1975); das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen gesetzwidrigen Umsatz von Rauschgift und Betäubungsmittel (verabschiedet am 20. Dezember 1988 in Wien und im völkerrechtlichen Sinne am 11. November 1990 in Kraft getreten), das Wiener Übereinkommen über Vertragsrecht, im Originaltitel Vienna Convention on the Law Treaties, verabschiedet in Wien am 23. Mai 1969, und in Kraft getreten am 27. Januar 1980, im Sinne von Art. 84 des Übereinkommens); das Wiener Übereinkommen über Staatensukzession in Bezug auf Verträge (verabschiedet am 23. August 1978 und in Kraft getreten am 6. November 1996, in Einklang mit Art. 49 des Übereinkommens).

лости потраживања у области међународне купопродаје робе (усвојена 14. јуна 1974. године у Њујорку, а ступила на снагу 1. августа 1988, са Протоколом закљученим у Бечу 11. априла 1980, који је ступио на снагу 1. августа 1988); Конвенција UNIDROIT о међународном финансијском лизингу (усвојена 28. маја 1988. године у Отави, а ступила на снагу 1. маја 1995); Конвенција UNIDROIT о међународном факторингу (усвојена 28. маја 1988. године у Отави, а ступила на снагу 1. маја 1995); Конвенција земаља Европске заједнице о праву меродавном за уговорне обавезе (усвојена 19. јуна 1980. године у Риму, а ступила на снагу 1. априла 1991, ревидирана Протоколом од 19. децембра 1988, важи у земљама Европске уније); Конвенција о одговорности хотелијера у вези са имовином њихових гостију (усвојена 17. децембра 1962. године у Паризу). Ова конвенција Савета Европе (ETS No 41) ступила је на снагу 15. фебруара 1967. године); Конвенција о закону који се примењује у случајевима одговорности произвођача за своје производе (Конвенција је донета у оквиру Хашке конференције за међународно приватно право 2. октобра 1973. године, а ступила на снагу 1. октобра 1977); Бечка конвенција о грађанској одговорности за нуклеарне штете (усвојена 21. маја 1963. године у Бечу, а ступила на снагу 12. новембра 1977, додатни Протокол од 27. априла 1992); Међународна конвенција о грађанској одговорности за штету проузроковану загађивањем нафтом (усвојена 29. новембра 1969. године у Бриселу, а ступила на снагу 19. јуна 1975); Међународна конвенција о оснивању међународног фонда за накнаду штете настале услед загађивања нафтом (усвојена 18. децембра 1971. године у Бриселу, а ступила на снагу 16. октобра 1978. године); Конвенција о обавези накнаде штете причињене од стране васионских летилица (усвојена 29. марта 1972. године, Лондон, Москва, Вашингтон, а ступила на снагу у међународном смислу 1. септембра 1972); Конвенција о грађанском поступку (усвојена 1. марта 1954. године у Хагу, а ступила на снагу у међународном смислу 12. априла 1957); Конвенција о закону који се примењује на саобраћајне незгоде (усвојена 4. маја 1971. године у Хагу, а ступила на снагу у међународном смислу 3. јуна 1975); Конвенција Уједињених нација против незаконитог промета опојних дрога и психотропних супстанци (усвојена 20. децембра 1988. године у Бечу, а ступила на снагу у међународном смислу 11. новембра 1990); Бечка конвенција о уговорном праву, наслов оригинала Vienna Convention on the Law of Treaties – усвојена у Бечу 23. маја 1969. године, а ступила на снагу 27. јануара 1980, у складу са чл. 84. Конвенције); Бечка конвенција о сукцесији држава у односу на уговоре (усвојена 23. августа 1978. године, а ступила на снагу 6. новембра 1996, у складу са чл. 49 Конвенције).

1.5 Die *Errungenschaften der Rechtswissenschaft* im Bereich Bürgerrecht, vor allem im Bereich Schuldrecht. Das Schuldrecht und die allgemeine Schuldrechtstheorie im Rahmen der europäischen Rechtsfamilie gehören zu den ältesten Rechtsdisziplinen. Bereits seit den ersten geschriebenen Rechtsquellen im Altertum bis zu den heutigen Tagen begleitet und regelt das Schuldrecht den Verkehr von materiellen und intellektuellen Gegenständen. Ein Großteil von Prinzipien und Regeln wurde bereits zur Zeit der Herrschaft des Römischen Rechts aufgestellt. Der Einfluss dieses Rechts auf die Materie des Schuldrechts ist allgemein bekannt. Das moderne Schuldrecht in den europäischen Ländern hat den gesamten Reichtum der Rechtsformen, Prinzipien und Regeln des Schuldrechts übernommen, die bereits im römischen Recht aufgestellt und ausgebaut wurden. Doch diese Evolution hat neben den klassischen Kategorien auch neue Institutionen entstehen lassen oder existierende verändert.

Eigentlich hat das Schuldrecht als Notwendigkeit für das soziale Leben, das auf Marktgesetzen beruht, die Jahrhunderte überdauert, und es bildet heute, unter den Voraussetzungen des hoch entwickelten Markterverkehrs, einen der Grundpfeiler unserer Zivilisation. Dieses wird ständig durch eine entsprechende rechtstheoretische Sichtweise begleitet, ungeachtet der sprachlichen Unterschiede auf den Gebieten, in denen es eingesetzt wird.

Wenn man bei dieser Gelegenheit, die verschiedenen Rechtsschulen beiseite lässt, die zweifellos ihren Einfluss auf die Gestaltung des kodifizierten Schuldrechts ausübten, dann lässt sich sagen, dass eine allgemeine Schuldrechtstheorie geschaffen wurde, die durch einen hohen Grad an Verallgemeinerung konkreter Schuldverhältnisse gekennzeichnet ist. Die Instrumente dieser Theorie sind Worte und Begriffe, in denen die Jahrhunderte lange Evolution des rechtlichen Gedankens über die rechtliche Regelung der Beziehungen zwischen zwei bestimmten Personen eingepreßt und kondensiert ist, auf dessen Grundlage eine von diesen Personen ermächtigt wird, von der anderen ein bestimmtes Verhalten zu verlangen – *dare, fascere* oder *non fascere*.

Dabei handelt es sich um eine reiche Fülle von abstrakten Regeln (im Unterschied zum ursprünglichen angelsächsischen Recht), die durch eine induktive Methode entstanden sind, so dass die konkreten Schuldverhältnisse in der allgemeinen Schuldrechtstheorie durch verallgemeinerte Formeln dargestellt sind, welche, aufgrund von bestimmten Kriterien, zu breiteren oder engeren Gesamtheiten systematisiert sind.

Dies ist der Bereich der klaren aber allgemeinen Begriffe, ein Bereich, in dem die Rechtslogik, wie bei Mathematikern, ihre wahre Position einnimmt. Dabei geht es jedoch nicht nur um die Rechtslogik in einem engen und rechtlich-technischen Sinn, sondern auch im Sinne der Erkenntnis, dass die Regeln des Schuldrechts als ein Ausdruck der Errungenschaften der Rechtswissenschaft und als Ausdruck der Notwendigkeit des Lebens und der Praxis durch die Besonderheiten einer bestimmten Rechtsgemeinschaft geprägt sind.

Mit der Aufgabe der Erkenntnis von Recht und seinem Studium erzählt uns die Geschichte der Rechtswissenschaft, dass jede große Kodifizierung aus dem Bereich des Privatrechts unter einem starken Einfluss der Rechtswis-

I.5. *Тековине правне науке* у области грађанског права, посебно у области облигационог права. Облигационо право и општа теорија облигација у оквиру европске фамилије права, долази у ред најстаријих правних дисциплина. Још од првих писаних извора права у старом веку, све до нашег времена, облигационо право прати и регулише промет материјалних и интелектуалних добара. Велики број принципа и правила постављен је још у време владавине римског права. Општепознат је утицај овога права на материју облигација. Савремено облигационо право у европским земљама наследило је читаво богатство институција, начела и правила облигационог права постављених и изграђених још у римском праву. Али, та еволуција, поред класичних категорија, донела је и настанак нових институција или промену постојећих.

У ствари, облигација као неминовност сваког социјабилитета који је заснован на тржишним законима, преживела је све векове, и она данас у условима високоразвијене тржишне размене чини један од стубова наше цивилизације. Она је стално праћена одговарајућим правнотеоријским погледом, без обзира на различитост језичких подручја на којима се јавља.

Ако се, за ову прилику, оставе по страни различите правне школе које су се у прошлости формирале и које су, без сумње, имале утицаја на изглед кодификованог облигационог права, може се рећи да је створена једна општа теорија облигација која се карактерише високим степеном уопштавања конкретних облигационих односа. Инструменти ове теорије су речи и појмови у којима је утиснута и кондензована вековна еволуција правне мисли на плану правног регулисања односа између две одређене стране на основу кога је једна страна овлашћена да захтева од друге одређено понашање – *dare, facere* и *non facere*.

Реч је о богатом скупу апстрактних правила (за разлику од изворног англосаксонског права) насталих индуктивним методом, тако да су конкретни облигациони односи у општој теорији облигација представљени уопштеним формулама и, према одређеним критеријумима, систематизовани у шире и уже целине.

То је поље јасних али уопштених појмова, поље на коме правна логика, по начину математичара, добија своје право место. Али, не само правна логика у једном уском и правно-техничком смислу, већ и у смислу сазнања да правила облигационог права долазе као израз тековине правне науке, и као израз потреба живота и праксе са свим специфичностима одређене правне заједнице.

Са задатком спознаје права и његовог проучавања, историја права и правне науке говори нам да је свака велика кодификација из области приватног права била изграђивана под снажним утица-

senschaft errichtet wurde, die in dieser Kodifizierung einen Anlass und eine Inspiration für ihre eigene Entwicklung sah. Das war bei allen so genannten großen Kodifizierungen des bürgerlichen und des Schuldrechts der Fall, vor allem im 19. Jahrhundert, doch allgemein gilt das bis zum heutigen Tage. Lassen Sie uns die bedeutendsten nennen – das Französische Zivilgesetzbuch (1804), das österreichische Bürgerliche Gesetzbuch (1811), das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (1900), das Schweizerische Bürgerliche Gesetzbuch bzw. Obligationenrecht (1911), und so fort, bis hin zu den jüngsten Kodifizierungen, die wir bereits erwähnten: die Grundsätze des europäischen Vertragsrechts; andere völkerrechtliche Dokumente, sowie das bereits erwähnte Jugoslawische Obligationengesetz (1978), welches als Grundlage für den Entwurf des Obligationengesetzes für die Föderation Bosnien-Herzegowina/Republika Srpska zugrunde gelegt wurde. Lassen Sie uns an dieser Stelle auch die Arbeit an der Aufstellung eines Europäischen *Civil Code* erwähnen, die im Gange ist. Dabei ist die Rechtswissenschaft mit ihren errichteten Kategorien engagiert, den Wortlaut dieses Vorschlags vor dem Hintergrund der europäischen Rechtszivilisation zu entwerfen.

Alles in allem soll in diesem einleitenden Teil darauf hingewiesen werden, dass die bei der Aufstellung dieser gutachterlichen Stellungnahme zum Entwurf des Obligationengesetzes der Föderation Bosnien-Herzegowina/Republika Srpska zum Vergleich zugrunde gelegten Texte, neben jenem, was bereits unter Pkt. I, 1–4 dargelegt wurde, auch die Errungenschaften der Rechtswissenschaft in diesem Bereich nicht vergessen sollten, die letzten Endes, wenn es um die Frage der europäischen Wiege des Rechts geht, gleich sind oder bedeutende Ähnlichkeiten aufweisen, ungeachtet der Unterschiedlichkeit der Sprachgebiete im Rahmen dieser großen Rechtsfamilie.

Wenn man also von der Tatsache ausgeht, dass alle Kodifizierungen des Schuldrechts auf dem europäischen Kontinent von den Errungenschaften der Rechtswissenschaft durchwirkt waren und dass diese gerade in den Zeiten der Erscheinung dieser Kodifizierungen und ihrer Umsetzung in der Praxis bedeutende Fortschritte erzielten, dann gibt es auch keinen Grund dafür, dass es mit dieser Kodifizierung anders sein sollte.

Wenn man die Ergebnisse der Rechtswissenschaft und die Lösungen des vergleichenden Rechts berücksichtigt, dann dürfte diese Kodifizierung nicht zu einem Hindernis für die weitere Entwicklung des Rechts ausarten, vor allem nicht hinsichtlich des autonomen Rechts der Wirtschaftssubjekte, was jedoch eine Gefahr ist, die bereits durch den Begriff der Kodifizierung als eines festen Gesetzgebungsrahmens hervorgeht. Und aus diesem Grunde sollte der Akt des Kodifizierens zwei auf ersten Anschein entgegen gesetzte Bestrebungen erfüllen: die bereits errichteten Beziehungen durch eine kohärente Gesamtheit zu festigen und damit zu einem größeren Respekt gegenüber dem Grundsatz der Rechtssicherheit beizutragen, jedoch gleichzeitig den Weg im Sinne einer weiteren Evolution des Schuldrechts nicht zu versperren, sondern ganz im Gegenteil, diese Evolution zu fördern.

Zusammenfassung: An den Schöpfern dieser Kodifizierung liegt, unter anderem, die Verantwortung, die beste Optik zu finden, durch die sie jene Beziehungen erkennen werden, die mit der Kodifizierung geregelt werden sollen, indem sie der schöpferischen Gerichts- oder Geschäftspraxis mehr

јем правне науке која је у кодификацији видела и повод и инспирацију за свој развој. То је био случај са свим тзв. великим кодификацијама грађанског и облигационог права, нарочито у XIX веку, па све до данас. Поменимо најзначајније – француски Грађански законик (1804), аустријски Грађански законик (1811), немачки Грађански законик (1900), швајцарски Грађански законик односно Законик о облигацијама (1911), и тако редом, све до најновијих кодификација које смо већ поменули: Начела европског уговорног права, други међународни документи, као и Закон о облигационим односима Југославије (1978) који је послужио као подлога Нацрту Закона о облигационим односима Федерације БиХ/Републике Српске. Поменимо овде још и рад који је у оквиру израде пројекта Цивилног кодекса за Европу, где је правна наука, са својим изграђеним категоријама, ангажована да у амбијенту европске правне цивилизације сачини текст тог предлога.

Све у свему, у овом уводном делу хоће се рећи да при давању стручног мишљења о Нацрту Закона о облигационим односима Федерације БиХ/Републике Српске, тачке поређења морају обухватити, поред онога што је већ истакнуто (тач. I,1–4), још и тековине правне науке у овом домену, која је у крајњем исходу иста или битно слична када је у питању европска колевка права, без обзира на различитост језичких подручја у оквиру ове велике фамилије права.

Ако се, дакле, пође од чињенице да су све кодификације облигационог права на европском континенту биле прожете тековинама правне науке, и да су оне, управо у времену појаве тих кодификација и њиховог оживотворења у пракси, доживљавале запажен прогрес, онда нема разлога да буде другачије и са овом кодификацијом.

Узимајући у обзир резултате правне науке и решења компаративног права, ова кодификација не би смела да прерасте у препреку даљег развоја права, посебно аутономног права привредних субјеката, опасност која се исказује већ из самог појма кодификације као чврстог законодавног оквира. И због тога кодификаторски акт треба да задовољи две наизглед антиномне тежње: да учврсти већ изграђене односе преко једне кохерентне целине доприносећи већем поштовању начела правне сигурности, али и да истовремено не затвара пут даљој еволуцији облигационог права већ, напротив, да ту еволуцију подстиче.

Закључак: На творцима и ове кодификације, између осталог, лежи одговорност да пронађу најадекватнију оптику којом ће препознати оне односе које кодификација треба да регулише тако што ће стваралачкој судској и пословној пракси пружити више простора, снабдевајући је само гипким нормама које се могу прилагођава-

Freiraum lassen und diese mit lediglich flexiblen Normen versehen, die sich an das reale Leben anpassen lassen (Standard, Gepflogenheiten, Gerechtigkeit, Treu und Glaube), im Unterschied zu jenen Beziehungen, die mit dem Gesetz fester aufgestellt und fixiert werden sollten, und dies selbst bis zum Grad einer mathematischen Präzision (*laesio enormis*).

I.6 Die *Anforderungen des praktischen Lebens*, die durch die geschäftliche und gerichtliche Praxis im Bereich des Waren- und Dienstleistungsverkehrs erkennbar werden, bilden den folgenden Punkt in der Methodologie der zum Vergleich vorgeschlagenen Lösungen im Entwurf des Obligationengesetzes der Föderation Bosnien-Herzegowina / Republika Srpska. Es sind namentlich die Anforderungen der Praxis, vor allem jedoch der Wirtschafts- und Geschäftspraxis, die unter dem Einfluss verschiedener Faktoren in einem ständigen Wandel begriffen sind (staatlicher Interventionismus, Finanzmarkt, supranationale Verbände), und vor allem unter dem Einfluss einer abrupten technischen Entwicklung, welche neue Kommunikationsarten und neue Inhalte einzelner Verträge mit sich bringen. All dies bestätigt den Standpunkt, dass bei der Auswahl der einzelnen Lösungen als Folgen dieser oder jener Theorie auch die Anforderungen des praktischen Lebens berücksichtigt werden müssen, weil das Gesetz gerade angesichts dieses realen Lebens erlassen wird, und nicht, um eine Theorie zu untermauern, die den Anforderungen der Praxis keine Rechnung trägt. Es bedarf gemeinsamer Bemühungen, damit diese Kodifizierung das Licht der grünen Lebensfelder erblickt, und zwar nicht nur bei ihrer Entstehung, sondern vor allem im Laufe ihrer Anwendung und Umsetzung in der praktischen Welt der Schuldverhältnisse.

I.7 Und schließlich ist auch ein weiterer Vergleichspunkt in dieser gutachterlichen Stellungnahme auch die *Gesetzessprache*, die so sein muss, dass sie nicht nur von Juristen, Richtern und Anwälten verstanden wird, sondern auch von Nichtjuristen, die sich mit Warenhandel und Erbringung von Dienstleistungen befassen. Es ist verständlich, dass eine bestimmte Anzahl von Fachbegriffen weder umgangen werden kann noch umgangen werden soll, doch es ist dennoch wichtig, dass die Sprache für all jene Personen verständlich ist, auf die sie sich bezieht, zumindest hinsichtlich der Bedeutung der Begriffe in einzelnen Gesetzeslösungen. In diesem Sinne wäre eine Botschaft in Erinnerung zu rufen, die aus ferner Vergangenheit zu uns kommt. Seneca meinte, das Gesetz solle kurz und klar sein, damit es alle verstehen können. Es soll Gottes Botschaft ähnlich sein.

II. ALLGEMEINE FRAGEN

II.1 Umfassende oder konzise Form

Der Entwurf umfasst insgesamt 1.441 Artikel, von denen 572 Artikel dem Allgemeinen Teil (Buch 1) und 869 Artikel den einzelnen Verträgen (Buch 2) gewidmet sind.

ти реалном животу (стандард, обичај, правичност, савесност и поштење), за разлику од оних односа које треба чвршће законом поставити и фиксирати, па чак и до степена математичке прецизности (*laesio enormis*).

I.6. *Појребје йракйичног живојиа*, испољене пословном и судском праксом у домену промета робе и услуга, чине следећу тачку у методологији поређења предложених решења Нацрта Закона о облигационим односима Федерације БиХ/Републике Српске. Наиме, потребе праксе, нарочито привредно-пословне праксе, брзо се мењају под утицајем различитих фактора (државни интервенционизам, финансијско тржиште, наднационалне асоцијације), а посебно под утицајем наглог техничког развоја који доноси нове начине комуницирања и нове садржаје појединих уговора. Све то говори у прилог становишту да приликом избора појединих решења као последица ове или оне теорије, треба водити рачуна о потребама практичног живота, јер закон се доноси управо ради тог реалног живота, а не ради задовољења неке теорије која не одговара захтеву праксе. Отуда, творци ове кодификације морају увек имати на уму истину коју је Гете изразио речима — Свака је теорија сива према зеленом дрвету живота. Потребно је учинити заједнички напор да ова кодификација угледа светлост зеленог поља живота, не само у њеном настанку већ нарочито у времену њене примене и оживотворења у практичном свету облигационих односа.

I.7. Најзад, тачка поређења овог стручног мишљења јесте и језик закона, који мора бити такав да га разумеју не само правници, судије и адвокати већ и неправници који се баве пословима промета робом и вршењем услуга. Разуме се да одређена количина стручне терминологије не треба и не може да се избегне, али је битно да закон буде разумљив за све на које се односи, без потребе за нарочитим објашњењем правних стручњака, бар када је реч о лексичком значењу појединих законских решења. У том смислу, треба се сетити једне поруке која нам долази из давнина. Сенека је рекао да закон треба да буде кратак и јасан, како би га сви разумели. Он треба да буде сличан божанској поруци.

II. ОПШТА ПИТАЊА

II.1. Опширност или концизност

Нацрт садржи укупно 1.441 члан и од тога је 572 члана посвећено општем делу (књига 1), а 869 чланова – појединим уговорима (књига 2).

Das Obligationengesetz (1978), welches die Grundlage für den Entwurf bildet, umfasst insgesamt 1.109 Artikel, von denen sich 445 Artikel auf den allgemeinen Teil und 664 Artikel auf den Sonderteil beziehen.

Die Skizze des Gesetzbuches über Obligationen und Verträge von Professor Konstantinovic (1969), die mehr als eine Grundlage für das Obligationengesetz bildete, umfasst insgesamt 1066 Artikel, wobei 378 Artikel auf den allgemeinen Teil und 688 auf den Sonderteil entfallen.

Die Grundsätze des Europäischen Vertragsrechts umfassen 132 Artikel.

Wenn wir einen Vergleich zum Entwurf des Obligationengesetzes anstellen, stellen wir fest, dass der Entwurf insgesamt 332 Artikel mehr als das Obligationengesetz enthält. Hinsichtlich des allgemeinen Teils enthält der Entwurf 127 neue Artikel, und im Sonderteil sind es 205 neue Artikel.

Offensichtlich ist der Entwurf wesentlich umfangreicher als das Gesetz, was eine argumentierte Erklärung verlangt. Dies gilt umso eher, als das Obligationengesetz in den gesamten 25 Jahren, in denen es angewandt wurde, in Fach- und wissenschaftlichen Kreisen, und dies sowohl im Inland als auch in der europäischen Rechtsfamilie, als sehr gelungene Kodifizierung des Schuldrechts beurteilt wurde, die auf klassischen Kategorien beruht, welche (auch) bei den europäischen Kodifizierungen und Errungenschaften der Rechtswissenschaft aber auch hinsichtlich der Anforderungen der Praxis (allgemein) bekannt sind. Dieses Urteil stammt von zweifellosen Autoritäten, und es wurde in zahlreichen Zeitschriften und Fachberichten veröffentlicht. Zum gleichen Urteil kam auch die Weltbank für Wiederaufbau und Entwicklung, die unlängst ein Elaborat über die Rechtsreform in Serbien und Montenegro veröffentlichte, worin es heißt, dass im Unterschied zu anderen Gesetzen das Obligationengesetz keine größeren Modifikationen im Sinne von Änderungen oder Ergänzungen erfordert.

Andererseits wird das gleiche Gesetz auch in den Nachfolgestaaten Ex-Jugoslawiens ohne größere Änderungen oder Erweiterung der Artikelanzahl verwendet, wie es dieser Entwurf vorsieht. Und schließlich, wenn man die Bestimmungen des Obligationengesetzes mit den Bestimmungen der Grundsätze des europäischen Vertragsrechts vergleicht, dann lässt sich feststellen, dass keine wesentlichen Unterschiede zwischen ihnen vorliegen und dass das Obligationengesetz bei vielen Bestimmungen ein Vorläufer der Grundsätze des europäischen Vertragsrechts gewesen ist. Auf jeden Fall ist es niemandem aufgefallen, dass dieses Gesetz um einige hundert neue Artikel erweitert werden sollte. Freilich bedeutet dies nicht, dass es nicht ergänzt werden kann, denn kein Gesetz ist für die Ewigkeit bestimmt, wie die Rechtsgebote von Digestamus: ehrlich leben, den anderen nicht kränken und jedem das geben, was ihm zusteht.

Was den allgemeinen Teil betrifft, der aufgrund der Beschaffenheit der Materie keine Bestimmungen über die einzelnen Verträge enthält, so bilden die neuen 127 Artikel eine zu große Erweiterung oder eigentlich ein ganz neues Gesetz, das sich leichter formulieren ließe, wenn es ein selbständiges Gesetz wäre. Dieses ist jedoch in die Bestimmungen des Obligationenge-

Закон о облигационим односима (1978) који чини подлогу Нацрту, садржи укупно 1.109 чланова, од којих општи део 445 чланова и посебни део 664 члана.

Скица за Законик о облигацијама и уговорима професора Константиновића (1969) која је била више него подлога Закону о облигационим односима, износи укупно 1.066 чланова, од којих општи део има 378 чланова, а посебни део 688 чланова.

Начела Европског уговорног права обухватају 132 члана.

Ако се задржимо на компарацији Нацрта са Законом о облигационим односима, онда можемо констатовати да Нацрт садржи укупно 332 члана више од Закона о облигационим односима. Када је реч о општем делу, онда Нацрт садржи нових 127 чланова, а у посебном делу нових 205 чланова.

Одмах пада у очи да је Нацрт знатно обимнији у односу на Закон, што захтева аргументовано објашњење. Ово тим пре, јер је Закон о облигационим односима за 25 година, колико се примењује, у стручној и научној јавности, како у земљи тако и у европској фамилији права, оцењен као веома успела кодификација облигационог права заснована на класичним категоријама познатим у европским кодификацијама и тековинама правне науке и потребе праксе. Та оцена је дата од стране неспорних ауторитета, и она је публикована у разним часописима и зборницима. Исту оцену је дала и Светска банка за обнову и развој која је недавно објавила елаборат о правној реформи у Србији и Црној Гори, где стоји, за разлику од других закона, да Закон о облигационим односима не захтева веће модификације у смислу измена и допуна.

С друге стране, исти Закон се примењује у бившим републикама Југославије, без већих измена и без увећања броја чланова како то чини овај нацрт. Најзад, када се пореде одредбе Закона о облигационим односима са одредбама Начела европског уговорног права, може се констатовати да међу њима нема суштинских разлика, а у многим одредбама Закон о облигационим односима био је претеча Начелима европског уговорног права. У сваком случају, нико није приметио да Закон треба допунити са више стотина нових чланова. Наравно, то још не значи да се он не може допуњавати, јер ниједан закон није окован у вечности, као што су три заповести права у Дигестама: поштено живети, другога не вређати и свакоме дати што му припада.

Када је реч о општем делу који по природи материје не садржи одредбе о појединим уговорима, онда је нових 127 чланова превелико проширење, у ствари, читав један нови закон који би се лакше формулисао да је самосталан закон. Међутим, он је инкорпорисан у одредбе Закона о облигационим односима, па је потреб-

setzes inkorporiert, so dass die neuen Teile in das Gesamtgefüge eingebracht werden müssen, aber so, dass diese Teile nicht wie Fremdkörper darin wirken. Dabei gilt es, die Systematik und die Sprachstruktur zu bewahren, damit der Gesamttext mit seiner Integrität und Identität ein genaues Abbild einer einheitlichen und minutiös errichteten Kodifizierung wiedergibt. Manchmal ist es schwieriger, ein Gebäude zu renovieren, als ein ganz neues zu erbauen.

Schlussfolgerung: Aufgrund der Analyse und angestellter Vergleiche ist festzustellen, dass der Entwurf hinsichtlich der Anzahl der vorgeschlagenen Bestimmungen, zu umfassend ist, so dass die Gefahr gegeben ist, dass dieser zu hypertrophischem Recht ausartet. Man sollte an einer Kürzung der Anzahl der Bestimmungen arbeiten, damit ein überschaubarer und konziser Text vorgelegt werden kann, wobei man sich an den Parametern und Standards ausrichten sollte, die mit dem vergleichenden Recht festgelegt wurden.

II.2 Angrenzende Bereiche

Im Entwurf sind zahlreiche Bestimmungen enthalten, mit denen Fragen geregelt werden, welche nicht in den Bereich des Schuldrechts, sondern in angrenzende Bereiche fallen, wie Statusrecht oder Verfahrensrecht. So regelt der Entwurf beispielsweise detailliert die Frage nach der Rechts- und Geschäftsfähigkeit bei natürlichen und juristischen Personen (Art. 17 ff), Volljährigkeit, Urteilsvermögen und andere Statusfragen in Zusammenhang mit der allgemeinen Subjektivität, die sich auf alle Rechtszweige beziehen. Auf der anderen Seite enthält der Entwurf auch einige Bestimmungen, die für das Verfahrensrecht, beziehungsweise für den Zivilprozess kennzeichnend sind, wie zum Beispiel die Bestimmung über die Beweislast (Artikel 5).

Bei einem solchen Stand der Dinge stellt sich die Frage, ob dieser Entwurf überhaupt alle Fragen regeln soll, die originär zu einem angrenzenden Rechtsbereich gehören, oder konkret zum Status- oder Prozessrecht. Was die allgemein bekannten Kategorien wie Rechts- und Geschäftsfähigkeit betrifft, so ist dies vorrangig die Materie anderer angrenzender Gesetze – des allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuches oder der Familien- oder Erbschaftsgesetzgebung, und was die Rechts- oder Geschäftsfähigkeit von juristischen Personen anbelangt, so regeln dies Gesetze über Wirtschafts- und andere Bürgervereinigungen.

Schlussfolgerung: Der Entwurf sollte von all jenen Kategorien entlastet werden, die originär nicht in dieses gehören, dabei sollten nur jene Attribute beibehalten werden, die der Materie des Schuldrechts eigen sind. So braucht man beispielsweise die Rechts- oder Geschäftsfähigkeit nicht mit den allgemein bekannten Worten zu definieren, dass jede natürliche Person rechtsfähig ist und dass ihre Rechtsfähigkeit mit ihrer Geburt beginnt und mit ihrem Ableben endet (Art. 17 und Art. 18 des Entwurfs), dafür ist es aber notwendig, mit dem Entwurf die Frage der Gültigkeit von Verträgen zu regeln, die von nicht rechtsfähigen Personen abgeschlossen wurden. Auf diese Weise würde der Entwurf nicht nur an theoretisch-gesetzgeberischer Klarheit und Deutlichkeit gewinnen, sondern auch die Anzahl der Artikel würde geringer und der übertriebene Normativismus würde abgeschwächt werden.

но нове делове укомпоновати у целину, али тако да ти делови не делују као страно тело. Потребно је сачувати систематику и језичку структуру, како би цео текст својим интегритетом и идентитетом представљао верну слику јединствене и минуциозно изграђене кодификације. Некада је теже преуредити већ постојећу зграду него из почетка зидати.

Закључак: На основу анализе и упоређења закључује се да је Нацрт, у погледу броја предложених одредаба, преопширан, па прети опасност да прерасте у хипертрофично право. Треба радити на смањењу броја његових одредаба, како би се добила прегледност и концизност текста, а све према параметру и стандардима усвојеним у компаративном праву.

II.2. Суседне области

У Нацрту постоје бројне одредбе којима се регулишу питања која не спадају у област облигационог права већ у неку суседну област, као што је статусно право или процесно право. Тако, Нацрт детаљно регулише и дефинише правну и пословну способност физичких и правних лица (чл. 17 и даље), пунолетство, способност за расуђивање и друга статусна питања везана за општи субјективитет својствен свим гранама права. С друге стране, Нацрт садржи и неке одредбе које су карактеристичне за процесно право односно парнични поступак, као што је одредба о терету доказивања (чл 5).

Код оваквог стања ствари, поставља се питање да ли овај нацрт уопште треба да регулише питања која су матична у некој суседној области, конкретно у статусном или процесном праву. Када је реч о општепознатим категоријама, као што су правна и пословна способност, онда је то превасходно материја других закона из суседне области – општи део Грађанског законика, породично и наследно законодавство; а када је у питању правна и пословна способност правних лица, онда то регулишу закони из области привредних и других асоцијација грађана.

Закључак: Нацрт треба ослободити свих категорија које матично нису његове, а задржати само оне атрибуте који су својствени материји облигација. Тако нпр. није потребно дефинисати правну и пословну способност општепознатим речима да је свако физичко лице правно способно и да његова правна способност почиње са рођењем а престаје смрћу (чл. 17 и чл. 18 Нацрта), али је зато потребно да Нацрт регулише питање пуноважности уговора пословно неспособних лица. На овај начин Нацрт би добио, не само у теоријско-законодавној чистоћи и јасноћи, већ и у смислу смањења броја чланова и ублажењу претераног нормативизма.

II.3 Lehrbuchdefinitionen – Toleranzmaß

Bei der Ausarbeitung eines jeden Gesetzes, und vor allem bei der Ausarbeitung eines Gesetzeskodex, stellt sich die Frage, in wie weit der Gesetzgeber auf die Lehrbuchdefinitionen zurückgreifen und diese zu Gesetzenormen, als *lex imperfectae*, umgestalten soll. Im Entwurf wurde weitgehend von dieser Definition Gebrauch gemacht, wie z.B. beim Begriff Obligationen und vor allem bei Naturobligationen (Artikel 6 und 7); Rechtsfähigkeit (Art. 17), Urteilsvermögen (Art. 25), Geschäftsfähigkeit (Art. 27); Rechtsgeschäft (Art. 38), allgemeine Vertragsbedingungen (Art. 190); Haftung für Werbungen (Art. 243); unberechtigter Erwerb (Art. 278); Schaden (Art. 209).

Der Gebrauch von Lehrbuchdefinitionen zu gesetzgeberischen Zwecken ist, manchmal, nicht nur sinnvoll, sondern auch notwendig, um konkrete Rechtssituationen verstehen zu können, die mit der einschlägigen Definition beinhaltet sind. Doch dabei sollte man nicht übertreiben, denn ein Gesetz darf keine Auflistung von schönen theoretischen Definitionen sein, sondern es muss vor allem mit wirkungsvollen Rechtsnormen mit einer Hypothese, einer Disposition und einer Sanktion versehen sein. Daher sollten Definitionen nur bei „großen“ Einrichtungen beibehalten werden, wie bei Strafbestand oder Schaden, gefährliche Gegenstände oder vielleicht bei weiteren wichtigen Instituten, an die ein ganzes Spektrum von einzelnen Rechtsnormen anknüpft.

Vor allem stellt sich die Frage, ob der Entwurf eine Definition der Obligation enthalten sollte, als schulische Lehrbuchformel, die wir aus den fernen römisch-antiken Zeiten übernommen haben, und die lautet: eine Obligation ist ein Rechtsverhältnis (*iuris vinculum*) zwischen zwei bestimmten Personen, auf deren Grundlage eine Person (der Gläubiger, *creditor*) ermächtigt wird, von der anderen Person (Schuldner, *debitor*) ein bestimmtes Überlassen, Handeln oder Unterlassen (von etwas) (*dare, fascere, non fascere*) zu verlangen, was sie andernfalls zu tun berechtigt wäre, und die andere Person ist verpflichtet, dem nachzukommen. Es versteht sich, dass diese Definition ohne die lateinischen Begriffe dargelegt ist, doch stellt sich die Frage, ob sie auch als solche in der ersten Bestimmung des Entwurfs „thronen“ sollte. Oder, falls diese Bestimmung entfallen sollte, ob der Entwurf mit den Entstehungsformen der Obligationen beginnen sollte, wie dies beim Obligationengesetz der Fall ist. Der Autor dieser gutachterlichen Stellungnahme befand sich bereits bei der Verabschiedung des Obligationengesetzes in diesem Dilemma, vor allem jedoch, als dieses 1993 seinen Modifikationen unterzogen und von politischen Zwängen und politischer Begrifflichkeit entlastet wurde, die damals noch im ersten Artikel dieses Gesetzes zum Ausdruck gebracht worden waren. Und dennoch trat an die Stelle dieser politischen Terminologie der auch jetzt gültige Artikel 1 dieses Gesetzes, mit dem keine Definition der Obligation vorgesehen war, sondern der, durch praktische Anforderungen inspiriert, umgehend auf den Inhalt und die Entstehung (*Ursprung*) der Obligation übergeht, mit den Worten: mit diesem Vertrag werden die Schuldverhältnisse geregelt, die aus Verträgen, Schadensverursachung, unberechtigtem Erwerb, Geschäftsführung ohne Auftrag, einseitiger Willenserklärung und anderen mit dem Gesetz festgelegten Tatsachen entstehen.

II.3. Уџбеничке дефиниције – толерантна мера

Код израде сваког закона, а посебно код израде кодекса закона, поставља се питање колико законодавац треба да се користи уџбеничким дефиницијама и да их трансформише у законске норме као *lex imperfectae*. Нацрт је у доброј мери користио ове дефиниције, као нпр. појам облигације а посебно природне облигације (чл. 6. и 7); правна способност (чл. 17); способност за расуђивање (чл. 25); пословна способност (чл. 27); правни посао (чл. 38); општи услови уговора (чл. 190); одговорност за рекламе (чл. 243); стицање без основа (чл. 278); штета (чл. 209).

Употреба уџбеничких дефиниција у законодавне сврхе некада је не само корисна већ и неопходна ради разумевања конкретних правних ситуација које су обухваћене одговарајућом дефиницијом. Међутим, у томе се не сме претеривати, јер закон не може бити списак лепих теоријских дефиниција већ, пре свега, треба да је снабдевен ефикасним правним нормама са хипотезом, диспозицијом и санкцијом. Отуда, дефиниције треба да буду задржане само код великих установа, као што су нпр. кривица, штета, опасна ствар, или можда још нека крупна установа за коју се везује читав спектар појединачних правних норми.

Посебно је питање да ли Нацрт треба да садржи дефиницију облигације, као уџбеничко-школску формулу која нам долази из далеких римских античких времена, а која гласи: облигација је правни однос (*iuris vinculum*) између две одређене стране на основу кога је једна страна (поверилац, кредитор) овлашћена да захтева од друге стране (дужник, дебитор) одређено давање, чињење или уздржавање (*dare, facere, non facere*) од нечега што би иначе имала право да чини, а друга страна је дужна да то учини. Разуме се, ослобођена латинских речи, да ли би ова дефиниција требало да председава Нацртом, већ у првој његовој одредби. Или, ако ове дефиниције нема, да ли Нацрт треба да почне са изворима облигација, како то чини и Закон о облигационим односима. Аутор овог стручног мишљења имао је ту дилему још када се доносио Закон о облигационим односима, а нарочито када је Закон доживео своју модификацију 1993. године, и када се ослободио политичких стега и политичке терминологије, тада изражене већ у првом његовом члану. Ипак, уместо те политичке терминологије, дошао је и сада важећи чл 1 овог закона, који не предвиђа дефиницију облигације, већ који, инспирисан практичним потребама, одмах прелази на садржину и изворе облигација, речима; овим законом уређују се облигациони односи који настају из уговора, проузроковања штете, стицања без основа, пословодства без налога, једностране изјаве воље и других законом утврђених чињеница.

Im Entwurf wurde die oben dargelegte Bestimmung des Obligationengesetzes übernommen, und man könnte sagen, dass er sich für die normative These entschieden hat und nicht für die Formel der Obligationen im Sinne der Errungenschaften der Rechtswissenschaft, was, verständlicherweise absolut möglich ist, wie es das Obligationengesetz tut. Gemäß Entwurf in Art. 1 unter der Überschrift *Inhalt* des Gesetzes, wurde die Regel aus Art. 1 des Obligationengesetzes im Sinne der Entstehung(sform) der Obligationen reproduziert. Doch im Entwurf wird in Art. 6 wiederum unter der gleichen Überschrift *Inhalt* und Grundlagen der Entstehung von Schuldverhältnissen eine Art Obligationsdefinition formuliert (Abs. 1), und in Abs. 2 dieses Artikels ist vorgesehen: eine Obligation kann, angesichts ihres Inhalts und ihrer Art, eine jede Partei verpflichten, vor allem die Rechte und Rechtsgüter der Gegenseite zu berücksichtigen. Darauf kann man Schuldverhältnisse beschränken.

Demnach ist nicht absolut eindeutig, ob man sich im Entwurf für die Definition der Obligation oder für die Entstehungsformen der Obligationen oder aber für beide Kategorien entschieden hat. Wenn man sich für beide Kategorien entschieden hat, was aus der Analyse des Art. 1 und Art. 6 des Entwurfs hervorgeht, dann sollte die Definition der Schuldverhältnisse aus Art. 6 Abs. 1 des Entwurfs, unter erforderlichen geringfügigen Eingriffen, in Art. 1 des Entwurfs positioniert werden, absolut ohne Abs. 2 Art. 6 des Entwurfs, welcher in einer Definition der Obligation nicht angebracht ist. In dieser Hypothese könnte der jetzige Art. 1 des Entwurfs, in dem von den Entstehungsformen der Obligation die Rede ist, zu Abs. 2 Art. 1 oder gegebenenfalls zu Art. 2 des Entwurfes werden. Es versteht sich, wenn man den Standpunkt einnimmt, dass die Definition der Obligation nicht erforderlich ist, wie im Obligationengesetz vorgesehen, dann braucht der Entwurf auch den Art. 6 nicht, in welchem, auf die oben dargelegte Weise, vom Inhalt und von den Grundlagen der Entstehung von Obligationen die Rede ist. Dabei ist es auch nicht notwendig, die Naturobligation auf die Weise zu definieren, wie es im Entwurf (Art. 7) geschieht, doch darauf werden wir noch einmal bei der Schilderung und Kommentierung der einzelnen Regelungen des Entwurfs zurückkommen.

Auf die anderen Definitionen über die einzelnen oben erwähnten Institute wird ebenfalls bei der Erörterung der einzelnen Bestimmungen des Entwurfs eingegangen.

Schlussfolgerung: es ist gut, dass auf bestimmten Stellen im Entwurf die Definitionen über einzelne Institute des Schuldrechts wiedergegeben wurden, doch es hat den Anschein, dass dies auch in geringerem Ausmaß hätte geschehen müssen, wenn man den Charakter des Gesetzgebungsakts vor Augen berücksichtigt. Auf der anderen Seite hätte man darin vielleicht an einigen Stellen umfassendere Definitionen vorsehen können, z.B. bei der Definition des Strafbestands (Art. 214). Andererseits hätte man andere Definitionen aufstellen können und sollen, was im Entwurf unterlassen wurde, wie z.B. bei dem Begriff der gefährlichen Gegenstände oder gefährlicher Geschäftstätigkeiten (Art. 227), an welchen eine objektive Haftung haftet, welche in der modernen Welt von außerordentlicher Bedeutung ist, wenn man an die enormen schädlichen Auswirkungen denkt, die die technische Zivilisation mit sich bringt (verschiedene Quellen von akkumulierten Energien, Verkehrsauswirkungen, Umweltauswirkungen, verschiedene Immissionen u. ä.), die trotz des Fortschritts auch große Opfer fordert, und zwar

Нацрт је преузео поменућу одредбу Закона о облигационим односима, и рекло би се да се определио за нормативну тезу, а не за формулу облигације у смислу тековине правне науке, што је, разуме се, сасвим могуће, како то чини и Закон о облигационим односима. Према Нацрту, у чл. 1 под насловом *Садржај* закона, репродукована је одредба чл. 1 Закона о облигационим односима у смислу извора облигација. Међутим, Нацрт, у чл. 6, опет под истим насловом *Садржај* и основи настанка облигација, у ст. 1 формулише неку врсту дефиниције облигације, а у ст. 2 истог члана предвиђа: облигациони однос може, с обзиром на његов садржај и природу, обавезати сваку страну да нарочито воде рачуна о правима и правним добрима друге стране. На то се облигациони однос може ограничити.

Дакле, није сасвим јасно да ли се Нацрт определио за дефиницију облигације за изворе облигација, или за обе категорије. Ако се определио за обе категорије, како то произлази из анализе чл. 1 и чл. 6 Нацрта, онда би требало да дефиниција облигације из чл. 6, ст. 1 Нацрта, уз потребне мале интервенције, заузме место у чл. 1 Нацрта, и то апсолутно без ст. 2 чл. 6 Нацрта, коме нема места у дефиницији облигације. У тој хипотези, садашњи чл. 1 Нацрта који говори о изворима облигација, могао би постати ст. 2 чл. 1, или евентуално чл. 2 Нацрта. Разуме се, ако се стане на становиште да дефиниција облигације није потребна, како то чини и Закон, о облигационим односима, онда у Нацрту није потребан чл. 6 који говори о садржају и основима настанка облигације, на начин како је већ истакнуто. При томе, није потребно регулисати природну облигацију на начин како то чини Нацрт (чл. 7), али о томе ће бити речи код излагања и коментарисања појединих одредаба Нацрта.

Што се тиче других дефиниција појединих установа које су горе поменуће, о њима ће такође бити речи код излагања појединих одредаба Нацрта.

Закључак: Добро је што је Нацрт на извесним местима репродуковао дефиниције одређених установа облигационог права, али изгледа да је то могао и мање да чини кад се има у виду карактер законодавног акта. С друге стране, можда је на неким местима требало да пружи потпунију дефиницију, нпр. код дефиниције кривице (чл. 214), а са друге стране, негде је могао и требало је да постави дефиницију а Нацрт то није учинио, нпр. код појма опасних ствари и опасних делатности (чл. 227) за који се везује објективна одговорност која је од изузетног значаја у савременом свету, с обзиром на огромне штете од техничке цивилизације (различити извори акумулираних енергија, саобраћајне штете, еколошке штете, различите врсте имисија, и сл.), јер она, поред про-

sowohl für das Leben der Menschen als auch hinsichtlich ihrer materiellen Gegenstände, wobei die Schuld häufig anonym und schwer zu beweisen ist.

II.4 Umfang von meta– rechtlichen Kriterien

Das moderne Recht sieht als eine Art Berichtigung der technisierten Rechtsregeln, die zu ungerechten Folgen führen können (*summum ius summa iniuria; hard cases*) in bestimmten Fällen auch die Anwendung von Regeln von Treu und Glaube, der guten Verkehrssitten oder der Gerechtigkeit vor. Dies ist auch mit diesem Entwurf vorgesehen, zunächst in der Form von Grundprinzipien und dann, in einer langen Reihe, bei konkreten Rechtssituationen, die an breitere Kategorien anknüpfen. So sieht der Entwurf beispielsweise als Grundprinzip vor, dass die Parteien in einem Schuldverhältnis verpflichtet sind, sich an die Grundsätze von Treu und Glauben (Art. 11) zu halten, und sie sind ferner ebenfalls verpflichtet, in Einklang mit den guten Geschäftssitten zu handeln (Art. 3).

Konkrete Berufungen auf diese meta– rechtlichen Kriterien sind in diesem Entwurf an zahlreichen Stellen anzutreffen, und nachfolgend sollen einige davon dargelegt werden: Gerechtigkeit wird herangezogen bei: der Auslegung von Verträgen (Art. 95), Vertragsauflösung wegen veränderter Umstände – Klausel *rebus sic stantibus* (Art. 183), bei Wucherrechtsgeschäften (Art. 60), Haftung aufgrund von Gerechtigkeit (Art. 224), Haftung bei Unfällen von Kraftfahrzeugen (Art. 234), Haftung bei vorenthaltener Hilfeleistung (Art. 247), Ersatz von nichtmateriellem (moralischem) Schaden (Art. 268 und Art. 269), der Höhe der Belohnung bei offiziell ausgesetzter Belohnung (Art. 306) und in anderen Fällen. Hinsichtlich der Kriterien von Treu und Glauben werden diese im Entwurf, außer als Grundprinzipien, auch bei der Klausel *rebus sic stantibus* (Art. 183), bei den Voraussetzungen für deren Wirkung (Art. 105), bei der Abtretung von Forderungen (Art. 556), bei unberechtigtem Erwerb (Art. 291) und in anderen Fällen vorgesehen. Und schließlich ist die Anwendung der Gepflogenheiten bzw. der guten Geschäftssitten im Entwurf, außer in der grundlegenden Regelung aus Art. 3, auch in einer Reihe von anderen Fällen vorgesehen, wie bei Vertragsabschluss im Wege eines Angebots (Art. 78, Art. 79, Art. 80), bei der Annahme eines Angebots (Art. 85), Verschweigen des Angebotenen (Art. 88), Legitimationszeichen (Art. 333), Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses (Art. 455), Geldobligationen (Art. 505) und in anderen Fällen.

Daran ist zu erkennen, dass der Entwurf durch die Regelung über die Grundprinzipien, aber auch durch viele andere konkrete Bestimmungen, eine Dreigliedrigkeit der Begriffe übernommen hat (Gerechtigkeit, Treu und Glaube, Verkehrssitten, redlicher Geschäftsverkehr), die als Berichtigungsmittel bei so genannten *hard cases* bzw. festen Rechtsnormen herangezogen werden, welche in bestimmten Situationen nicht in der Lage sind, den Anspruch zu gewährleisten, dass auf tatsächlich gleiche Fälle das gleiche Verfahren und die gleiche Regel zur Anwendung zu bringen sind, wie es die kommutative und distributive Gerechtigkeit verlangen.

Die Evolution des Rechts belegt zahlreiche Versuche, dieser möglichen Eigenschaft der festen Normen abzuschwächen, angefangen vom römischen *praetor*, bis hin zu den Ehrengerichteten (*Equity*). Dabei gibt es jedoch auch die Gefahr, dass eine Grenze überschritten wird, deren Verletzung die

греса, носи са собом и велике жртве, како у животу људи, тако и у њиховим материјалним добрима, где је, често, кривица анонимна или ју је тешко или немогуће доказати.

II.4. Количина метаправних критеријума

Савремена права, као неку врсту коректуре технизираних правних правила која могу довести до неправичних исхода (*summum ius summa iniuria; hard cases*), предвиђају у извесним случајевима и примену правила савесности и поштења, добрих обичаја, правичности. То чини и овај нацрт, најпре у смислу основних начела, а затим код низа конкретних правних ситуација које се везују за шире категорије. Тако, Нацрт, као основно начело предвиђа да су стране у облигационим односима дужне да се придржавају начела савесности и поштења (чл. 11), а такође су дужне да поступају у складу са добрим пословним обичајима (чл. 3).

Што се тиче конкретног позивања на ове метаправне критеријуме, Нацрт то чини на бројним местима, и ево неких од тих места: правичност се узима у обзир код: тумачења уговора (чл. 95), раскида уговора због промењених околности – клаузуле *rebus sie stantibus* (чл. 183), зеленашког правног посла (чл. 60), одговорности по основу правичности (чл. 224), одговорности код судара моторних возила (чл. 234), одговорности за ускраћивање нужне помоћи (чл. 247), накнаде нематеријалне (моралне) штете (чл. 268. и чл. 269), висине награде код јавног обећања награде (чл. 306) и у другим случајевима. Што се тиче критеријума савесности и поштења, поред основног начела, Нацрт га предвиђа још и код клаузуле *rebus ise stantibus* (чл. 183), услова и његовог дејства (чл. 105), уступања потраживања (чл. 556), стицања без основа (чл. 291) и у другим случајевима. Најзад, када је реч о примени обичаја односно добрих пословних обичаја, Нацрт их, поред начелне одредбе из чл. 3, предвиђа и у низу других случајева, као што су случајеви из области закључења уговора путем понуде (чл. 78, чл. 79, чл. 80), прихвата понуде (чл. 85), шутње понуђеног (чл. 88), легитимационих знака (чл. 333), отказа трајног дуговинског односа (чл. 455), новчаних облигација (чл. 505), и у другим случајевима.

Као што се види, Нацрт је кроз одредбе о основним начелима, као и кроз многе друге конкретне одредбе прихватио једну трихотомiju појмова (правичност, савесност и поштење, добри обичаји), која служи као корекција тзв. тврдих случајева односно чврстих правних норми, које у извесним ситуацијама нису у стању да остваре захтев да се на стварно једнаке случајеве има да примени исти поступак и исто правило, како то налаже комутативна и дистрибутивна правда.

Rechtssicherheit und das Verfahren der Gesetzesanwendung gefährden würde. Und daher liegt die verantwortungsvolle Pflicht an der Gerichtspraxis, bei der konkreten Anwendung der besagten Regeln solche Lösungen zu finden, die diese nicht auf einen bloßen Automatismus reduzieren, diese jedoch auch nicht zu einer originären Erschaffung von Recht transformieren, da das Prinzip der Legalität im Mittelpunkt des Geschehens bleiben muss. Das bedeutet dass die Bestimmungen über die Anwendung der besagten meta-rechtlichen Maßnahmen nicht mit einem Blick der Exegese zu verfolgen sind, also einem Blick, der nur mit dem Wort des Gesetzes befasst ist und der aus diesem Grund nicht in der Lage ist, den Geist und den Sinn des Gesetzes zu erkennen. Gerade aus diesem Grund unterscheiden moderne Kodifizierungen zahlreiche Berufungen auf meta- rechtliche Kriterien, die es vergleichsweise bei den Kodifizierungen aus der fernen Vergangenheit nicht gab. Ein gutes Beispiel in diesem Sinne ist das Schweizerische Obligationenrecht, welches an obiger Stelle bereits erwähnt wurde.

Schlussfolgerung: Der Entwurf liegt hier auf einem guten Weg, und seine Berufung auf die besagten meta – rechtlichen Kriterien, obwohl dies in einem größeren Umfang als üblich geschieht, lässt sich als ausgezeichnete Beweis für den modernen Geist seiner Lösungen bewerten. Und dennoch sollte, vor der endgültigen Redigierung des Textes, mit einer besonderen Aufmerksamkeit noch einmal jeder einzelne Fall für sich betrachtet und analysiert werden, damit dieser Entwurf, bzw. das künftige Obligationengesetz der Föderation Bosnien-Herzegowinas/Republika Srpska, in einer breiteren Juristenöffentlichkeit als lebensfähiges Gesetz akzeptiert und beurteilt wird, und nicht als Ansammlung von Fachlösungen, die lebensfremd sein könnten. Durch den Verweis auf gute Verkehrssitten, Gerechtigkeit, Treu und Glaube, natürlich im erforderlichen Maß und auf den entsprechenden Stellen, würde das Gesetz nicht nur allumfassend, sondern es würde auch einen wahren Abdruck der mit einem gemeinsamen Willen bezeugten Legitimität verkörpern.

II.5 Die Reihenfolge der Entstehungsformen von Obligationen

Im Entwurf ist die Reihenfolge der Entstehungsformen von Obligationen bereits in Art. 1 festgelegt. Diese Reihenfolge lautet wie folgt: Vertrag, Schadensverursachung, unberechtigter Erwerb, Geschäftsführung ohne Auftrag, einseitige Willenserklärung und andere mit dem Gesetz festgelegte Fakten. Damit hat sich dieser Entwurf der Familie der modernen Schuldrechtskodifikationen angeschlossen, welche, hinsichtlich dieser Frage, ein Höchstmaß an Klarheit und Genauigkeit erreicht haben. Diese Aufschlüsselung der Entstehungsformen von Obligationen unterscheidet keine Kategorie eines Scheinvertrags oder eines Scheindelikt, wie sie von älteren Kodifizierungen unterschieden werden, weil diese Kategorien, trotz der Bemühung, sie zu verstehen und zu erklären, unbestimmt und unnütz geblieben sind. Daher beruht die oben dargelegte Reihenfolge der Entstehungsformen von Obligationen vor allem auf der klassischen Unterteilung, die noch von Gaius Institutionen herrühren, in denen vorgesehen war, dass sämtliche Schuldrechtsansprüche entweder aufgrund von Verträgen (*ex contractu*) oder aus Delikten (*ex delictu*) abzuleiten sind, welche vom Autor der Institutionen selbst als Haupttrennungsmerkmal (*summa divisio*) bezeichnet wurden. Dieses (Merkmal) hat seine Eigenschaften bis zur heutigen Zeit beibehalten. Mit

Еволуција права познаје бројне напоре да се ублажи ова могућа особеност чврсте норме, почев од римског претора па све до судова правичности (*Equity*). Међутим, постоји опасност да се пређе граница чија би повреда угрожавала правну сигурност и поступак примене закона. Отуда, на судској пракси је одговорна дужност да приликом конкретне примене поменутих правила пронађе таква решења која је неће сводити на обичан аутоматизам, али која је неће ни трансформирати у изворно стварање права, јер начело легалитета мора остати у центру збивања. То значи да одредбе о примени поменутих метаправних мерила не треба пратити погледом егзегезе, дакле, погледом који је окупиран само словом закона и који због тога није у стању да види дух и смисао закона. Управо због свега овога, модерне кодификације познају већи број позивања на метаправне критеријуме у односу на кодификације из далеке прошлости. Добар пример у том смислу представља швајцарски Законик о облигацијама.

Закључак: Нацрт се овде нашао на добром путу и његово позивање на поменуте метаправне критеријуме, иако више него што је уобичајено, може се оценити као одличан доказ савремености његових решења. Ипак, пре коначне редакције текста, потребно је са особитом пажњом још једном погледати и анализирати сваки случај за себе, како би овај нацрт односно будући Закон о облигационим односима Федерације БиХ/Републике Српске, у широкој правничкој јавности био прихваћен и оцењен као закон пуног живота, а не као збир само стручних решења која могу бити отуђена од живота. Упућивањем на добре обичаје, правичност, савесност и поштење, разуме се, у потребној мери и на правом месту, закон постаје не само свеобухватан већ и правни одазваник легитимитета заједничке воље.

II.5. Редослед извора облигација

Нацрт је, већ у чл. 1, одредио редослед извора облигација. Тај редослед гласи: уговор, проузроковање штете, стицање без основа, пословодство без налога, једнострана изјава воље, друге законом утврђене чињенице. Тиме се Нацрт прикључио породици модерних кодификација облигационог права, јер су извори облигација код овог питања достигли максимум јасноће и прецизности. Њихова подела не познаје категорију квазиуговора и квазиделикта, како то чине неке старије кодификације, због тога што су те категорије, и поред напора да се схвате и објасне, остале неодређене и некорисне. Дакле, поменути редослед извора облигација, заснива се, пре свега, на класичној подели која потиче још од Гајевих Институција у којима је стајало да све облигације настају или из уговора (*ex contractu*) или из деликта (*ex delicto*), и коју је сам аутор Институција назвао главном поделом (*summa divisio*); она

anderen Worten, diese Untergliederung, die Jahrhunderte überdauert hat, ist bis zum heutigen Tage unantastbar geblieben, und zwar sowohl in der Theorie als auch in der Gesetzgebung. Doch neben dieser Hauptgliederung sind heute noch andere Entstehungsformen hinzu gekommen, wie unberechtigter Erwerb (als Entgelt aus Scheinvertrag zu verstehen), unbestellte Verrichtung von fremden Geschäften oder Geschäftsführung ohne Auftrag (*negotiorum gestio*), aus dem ebenfalls das Entgelt aus Scheinvertrag abzuleiten ist, und dann noch die einseitige Willenserklärung, die im Sinne der Entstehung einer Obligation in der Theorie zu Unstimmigkeiten über die Frage führte: wenn das Schuldrecht ein Verhältnis zwischen zwei Personen regelt, wie kann es dann möglich sein, dass eine einseitige Erklärung zur Entstehung eines Schuldverhältnisses zwischen zwei Personen führt? Und wie allgemein bekannt wurde diese Frage zu Gunsten der einseitigen Willenserklärung gelöst, in dem Sinne, dass diese eine Obligation für die erklärende Person im Falle einer ausgesetzten Belohnung, beim Angebot eines Vertragsabschlusses oder bei der Ausstellung von Wertpapieren darstellt.

Wie bereits dargelegt wurde die besagte Reihenfolge der Entstehungsformen im Entwurf übernommen (Art. 1), diese wurde jedoch nicht konsequent umgesetzt. Namentlich, anstelle, dass nach der Darlegung der Grundprinzipien die versprochene Reihenfolge der Entstehungsformen beibehalten und der Vertrag als erste Entstehungsform im Sinne der erwähnten Reihenfolge weiter behandelt wird, wird im Entwurf das Rechtsgeschäft als Entstehungsform eingeführt. In Abschnitt I (Kapitel 2), unter der Überschrift *Begründung von Obligationenverhältnissen im Wege eines Rechtsgeschäfts* werden somit allgemeine Fragen der Geschäftsfähigkeit, aber auch Fragen in Zusammenhang mit dem Begriff des Rechtsgeschäfts und der Willenserklärung und ihrer Wirkung behandelt, wonach in diesem Rahmen auch die Form der Verträge und ihre Nichtigkeit oder die Annullierbarkeit von Verträgen behandelt wird, und danach wird, im weiteren Unterabschnitt (Überschrift 3) die Materie der Vertragsentstehung dargelegt. Damit weicht der Entwurf von den festgelegten Entstehungsformen und ihrer Reihenfolge (Art. 1) ab, und darüber hinaus kommt es zu einer Disharmonie des Textes. Die Behandlung der Vertragsmaterie innerhalb von allgemeinen Fragen des Rechtsgeschäfts (was in einem Lehrbuch oder einer Fach- oder wissenschaftlichen Studie möglich wäre) aber auch der Frage des einseitigen Rechtsgeschäfts, bringt die Integrität des Vertrages als rechtliche Entstehungsform der Obligation unnötig durcheinander. Auf der anderen Seite ist die einseitige Erklärung eine gesonderte Obligationsquelle (Art. 1), und als solche wird sie im Entwurf auf gesonderter Stelle geregelt (Abschnitt 5, Art. 304 ff), obwohl der Titel *Einseitige Rechtsgeschäfte* lautet, aber offensichtlich handelt es sich dabei um die einseitige Willenserklärung als Entstehungsform einer Obligation, was dann auch gesagt werden sollte. Eigentlich kam es in diesem gesamten Teil des Entwurfs zu einer, nicht sehr glücklichen, Verflechtung zwischen der Materie des Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Vertragsmaterie, als eindeutige und klare Entstehungsform einer Obligation. So wie es kein ABC geben kann, ohne mit dem Buchstaben A zu beginnen, so kann es auch kein Schuldrechtsgesetz geben, ohne mit einem Kapitel zu beginnen, der *Vertrag* heißt.

Schlussfolgerung: Man sollte noch einmal den gesamten Teil des Entwurfs (Kapitel 2, Abschnitt 2) mit der Überschrift *Begründung von*

је одржала ту особину све до нашег времена. Другим речима, та подела, преживљавајући векове, остала је до данас неспорна, како у теорији, тако и у законодавству. Међутим, овој главној подели данас су се прикључили и други извори као што су стицање без основа (некада сматрано као квазиуговор), или незвано вршење туђих послова или пословодство без налога (*negotiorum gestio*) које је, такође, некада сматрано као квазиуговор. Ту спада једнострана изјава воље, која је, у смислу извора облигација, изазивала недоумице у теорији пред питањем: ако је облигација однос између две стране, како је могуће да једнострана изјава буде извор права за ове стране. И као што је познато, спор се решио у корист једностране изјаве у том смислу што она ствара облигацију за изјавиоца у случају јавног обећања награде, понуде за закључење уговора и издавање хартија од вредности.

Као што је већ речено, Нацрт је усвојио поменути редослед извора (чл. 1), али га није доследно спровео. Наиме, уместо да после излагања о основним начелима пређе на обећани редослед извора и почне са уговором као првим извором у поменутом редоследу, Нацрт уводи правни посао као извор облигације, и у одељку I (глава 2), под насловом Заснивање облигационих односа путем правног посла, излаже општа питања пословне способности, као и питања везана за појам правног посла и изјаве воље и њеног дејства, да би у тим оквирима, регулисао форму уговора и ништавост и рушљивост уговора, и да би након тога, у даљем пододељку (наслов 3) излагао материју настанка уговора. На овај начин, Нацрт је одступио од утврђених извора и њиховог редоследа (чл. 1) и више од тога – дошло је до дисхармоније текста. Излагање уговорне материје у склопу општих питања правног посла (што је могуће учинити у уџбенику или некој стручној и научној студији), дакле, и једностраног правног посла, непотребно ремети интегритет уговора као првог извора облигација. С друге стране, једнострана изјава је посебан извор облигација (чл. 1), и она, као таква, регулисана је Нацртом на посебном месту (одељак 5, чл. 304, и даље), додуше, под насловом *Једнострани правни њослови*, али очигледно да се ради о једностраној изјави као извору облигација, што је требало и рећи. У ствари, у целом овом делу Нацрта, дошло је до, не много срећног, преплитања између материје Општег дела грађанског законика и материје уговора као чистог и јасног извора облигација. Као што нема ниједне абецеде без првог слова *a*, тако нема ниједног облигационог закона без првог поглавља који се зове *уговор*.

Закључак: Потребно је још једанпут размотрити и анализирати цео део Нацрта (глава 2, одељак 1) под насловом *Заснивање облигационих односа њуиџем њравноџ њосла* и, руководећи се ustaljenim категоријама, како домаћег тако и компаративног права,

Schuldverhältnissen im Wege des Rechtsgeschäfts untersuchen und analysieren und durch Zugrundelegung der üblichen Kategorien, sowohl im inländischen als auch im komparativen Recht, die Entstehungsformen der Obligationen auf eine Art und Weise festlegen, die mit Art. 1 des Entwurfs vorgesehen sind. Dies gilt umso eher, als der Entwurf bei den Grundprinzipien (Art. 16) ganz zurecht die Regel aufstellt, nach der die Bestimmungen dieses Gesetzes, die sich auf Verträge beziehen, entsprechend auch auf andere Rechtsgeschäfte zur Anwendung kommen sollen, womit der einseitigen Willenserklärung als besondere Entstehungsform einer Obligation der Weg geebnet wird und gleichzeitig die Detaillierung über das Attribut des Rechtsgeschäfts umgangen wird, was, wie bereits erwähnt, eine Materie des Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuches ist.

Doch eigentlich wurde Art. 16 des Entwurfs aus dem Obligationengesetz (Art. 25 Abs. 3) übernommen, und auf die gleiche Weise ist man auch bei den Grundsätzen des Europäischen Vertragsrechts vorgegangen (Art. 1:107), denen zufolge diese Grundsätze entsprechend auch auf die einseitige Willenserklärung und andere Willenserklärungen oder auf konkludentes Verhalten anzuwenden sind. Bei einem solchen Stand der Dinge stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen Art. 16 des Entwurfs und den Bestimmungen aus Abschnitt 1 (Kapitel 2), in welchem die Frage der Begründung von Schuldverhältnissen im Wege eines Rechtsgeschäfts (und das bedeutet auch bei einseitigem Rechtsgeschäft) geregelt wird, und ferner das Verhältnis zwischen Art. 16 und Abschnitt 1 (Kapitel 2) gegenüber den Bestimmungen aus Abschnitt 5, der den Titel *Einseitige Rechtsgeschäfte* trägt.

Schlussfolgerung: Bei der weiteren Ausarbeitung des Entwurfs sollte man sich überlegen, ob man diese Materie in die klassische Untergliederung der Entstehungsformen von Obligationen zurückführen möchte, mit welcher dem Vertrag und der einseitigen Willenserklärung unter anderen Entstehungsformen (Artikel 1 des Entwurfs) ein besonderer Platz zugedacht ist. Wir sind der Meinung, dass auf diese Weise mehr Klarheit und Genauigkeit gewährleistet wären und dadurch, würde das Gesetz auch mit anderen Kodifizierungen des komparativen Rechts aus diesem Bereich harmonisieren. Natürlich kann man auch anders verfahren, so wie dies im Entwurf getan wurde, doch dafür bedarf es einer argumentierten Erklärung – welche gesellschaftlichen Erfordernisse in Bosnien-Herzegowina haben die Abweichung von der üblichen Darstellungsweise der Obligationsformen notwendig gemacht? Doch selbst wenn diese Argumente überzeugend wären und wenn sie die spezifische Erfordernis rechtfertigen würden, die besagte Materie auf die im Entwurf vorgesehene Weise darzulegen, dann bleibt immer noch die Disharmonie zwischen den Bestimmungen aus Artikel 1 und den Bestimmungen aus Abschnitt 1 (Kapitel 2), sowie die Bestimmungen aus Abschnitt 5, welcher den Titel *Einseitige Rechtsgeschäfte* trägt, und all dies in Zusammenhang mit Art. 16 des Entwurfs.

II.6 das Prinzip der einheitlichen Regelung

Die Idee über eine einheitliche Regelung der Obligationen, ungeachtet des unterschiedlichen Status der Subjekte dieser Verhältnisse, ist nicht neu. Sie bedeutet, dass das Obligationengesetz Regeln vorschreibt, die grundsätzlich die gleiche Gültigkeit haben, und zwar sowohl für Verhältnisse

регулисати изворе облигација на начин који је предвиђен чл. 1 Нацрта. Ово тим пре јер је Нацрт у основним начелима (чл. 16) сасвим умесно поставио правило, по коме се, одредбе овог закона које се односе на уговоре сходно примењују и на друге правне послове, и тиме отворио чист пут једностраној изјави као посебном извору облигација, избегавши уједно детаљисање атрибута правног посла, што је, како је већ истакнуто, материја Општег дела грађанског законика,

У ствари, чл. 16 Нацрта преузет је из Закона о облигационим односима (чл. 25 ст. 3), а на исти начин се и Начела европског уговорног права (чл. 1:107) примењују на једностране изјаве воље и друге изјаве воље и понашања којима се изражава одређена намера. Код таквог стања ствари, поставља се питање односа чл. 16 Нацрта према одредбама одељка 1 (глава 2), где је изложен начин заснивања облигационих односа, путем правног посла (што значи и једностраног правног посла), и надаље, однос чл. 16. и одељка 1 (глава 2) према одредбама одељка 5 који носи наслов – *Једносiрани iравни послови*.

Закључак: У даљем раду на изради Нацрта требало би размислити о враћању целе ове материје у оквире класичног редоследа извора облигација, где је, поред других извора (чл. 1 Нацрта), уговору и једностраној изјави обезбеђено посебно место. Сматрамо да би се на тај начин унело више јасноће и прецизности, а самим тим, и та два израза била би у хармонији и са другим кодификацијама компаративног права у овој области. Разуме се, може се поступити и другачије, на начин како је то Нацрт учинио, али је потребно аргументовано објашњење које су друштвене потребе у БиХ налагале да се одступи од уобичајеног начина излагања извора облигација. Али, и када би ти аргументи били убедљиви, и када би они оправда специфичност потреба да се поменута материја изложи на начин како је то учињено у Нацрту, остаје дисхармонија између одредаба чл. 1 и одредаба из одељка 1 (главе 2), као и одредбе из одељка 5, који носи наслов *Једносiрани iравни послови*, а све у вези са чл. 16 Нацрта.

II.6. Принцип јединственог регулисања

Идеја о јединственом регулисању облигационих односа, без обзира на различитост статуса субјеката тог односа, није нова. Она значи да закон о облигационим односима доноси правила која у начелу подједнако важе, како за односе између физичких лица, тако и за односе између правних лица, као и за међусобне односе свих ових лица. Само онда када то природа конкретног питања налаже, закон треба да предвиди посебна правила за једну од поменутих група односа. Полази се од тога да област промета робе

zwischen natürlichen Personen, als auch zwischen juristischen Personen, aber auch für die gegenseitigen Verhältnisse zwischen all diesen Personen. Nur im Fall, wenn dies die Beschaffenheit einer konkreten Frage erfordert, sollte das Gesetz auch Sonderregelungen für eine der oben geschilderten Verhältnisgruppen vorsehen. Es ist davon auszugehen, dass der Bereich des Waren- und Dienstleistungsverkehrs seiner Beschaffenheit nach die Möglichkeit gibt, vorwiegend durch einheitliche Regelungen im Obligationengesetz festgelegt zu werden. Viele Fragen, die sich bei der bisherigen Praxis in diesem Bereich herauskristallisiert haben, zeigen eine Tendenz zu allgemeinen Regelungen, mit verständlichen Abweichungen. Doch in der Vergangenheit und bei einer großen Zahl von Ländern heutzutage wird der Bereich des Handelsverkehrs mit einer eigenen Kodifizierung geregelt (z.B. in Frankreich, Code de commerce aus dem Jahre 1807, in Deutschland: Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch aus dem Jahre 1861), was auch für das hiesige Gebiet charakteristisch ist, auf dem in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts Gesetzbücher für einzelne Territorien erlassen wurden. Die Dualität dieses Gesetzesregimes wurde mit der Tatsache begründet, dass die Schuldverhältnisse beim Handelsverkehr neben gemeinsamen Eigenschaften einen solchen Grad von Besonderheit aufweisen, dass sie gesondert geregelt werden müssen.

Und dennoch übernehmen einige modernere Rechtssysteme das Prinzip der einheitlichen Regelung, wobei vor allem auf das schweizerische Obligationenrecht sowie auf das jugoslawische Obligationengesetz aus dem Jahre 1978 hinzuweisen ist. Die Grundsätze des Europäischen Vertragsrechts sehen hinsichtlich des Anwendungsbereiches vor, dass diese als allgemeine Regeln beim Vertragsrecht der EU zur Anwendung gelangen, unter der Voraussetzung, dass die Parteien ihre Anwendung vorgesehen haben. Dabei wird kein Unterschied zwischen einem Handels- oder einem anderen Status gemacht, woraus hervorgeht, dass sie, von diesem Aspekt, das Prinzip einer einheitlichen Regelung angenommen haben. Den gleichen Standpunkt nimmt auch das UN-Übereinkommen über den internationalen Warenkauf aus dem Jahre 1980 ein (Wiener Übereinkommen), worin vorgesehen ist, dass weder die Staatsangehörigkeit der Vertragsparteien, noch der bürgerliche oder handelsrechtliche Charakter der Parteien oder Verträge bei der Anwendung dieses Übereinkommens zu berücksichtigen sind.

Daraus ist zu folgern, dass sich die moderne Tendenz hin zur einheitlichen Regelung entwickelt, oder dass mit einem Gesetz auf einheitliche Weise sämtliche Verträge geregelt werden, ungeachtet der Frage, ob sie einen Handels- oder einen zivilrechtlichen Charakter haben. Dabei wäre es wichtig zu erwähnen, dass, in dieser Hypothese, das Obligationengesetz eine Proklamation des Prinzips der einheitlichen Regelung vornehmen müsste, mit dem Vorbehalt, dass in einzelnen, mit dem Gesetz vorgesehenen Fällen, Abweichungen von diesen Prinzipien vorzusehen sind, und dass darauf hin in zahlreichen Vertragssituationen festzulegen ist, dass sich eine bestimmte Regelung lediglich auf den Handelsvertrag bezieht.

Schlussfolgerung: Im Entwurf wurde, nach dem Vorbild moderner Kodifizierungen, das Prinzip einer einheitlichen Regelung übernommen, was aus den einzelnen Bestimmungen hervorgeht, mit denen Vertragsverhältnisse geregelt werden, ohne Rücksicht darauf, ob diese einen zivilen oder einen Handelscharakter haben. Diese Lösung sollte aufs innigste unterstützt werden, weil dies nicht nur der Ausdruck einer Notwendigkeit für alle Teilnehmer

и услуга, већ по самом свом карактеру, омогућавају да у претежном делу буде регулисана јединственим правилима Закона о облигационим односима. Многа правила која су се у досадашњој пракси искристалисала у овом домену исказују тенденцију општих правила, уз разумљива одступања. Међутим, у прошлости, а данас у знатном броју земаља, област трговинског промета регулише се посебном кодификацијом (нпр. у Француској, Code de commerce од 1807. године; у Немачкој, Allgemeines Deutsche Handelsgesetzbuch од 1861. године), што је карактеристично и за ово поднебље у коме су у другој половини 19. века били донесени трговински законици за поједине територије. Овај дуалитет законских режима правдао се чињеницом да облигациони односи у трговинском промету, поред заједничких црта, испољавају толики степен специфичности да их треба посебно регулисати.

Ипак, нека савременија права прихватају принцип јединственог регулисања, и у том смислу треба посебно истаћи швајцарски Законик о облигацијама, као и Закон о облигационим односима Југославије из 1978. године. Начела европског уговорног права, у погледу поља примене, предвиђају да се она примењују као општа правила уговорног права ЕУ, под условом да су странке предвиделе њихову примену. При томе, не прави се разлика по основу трговинског или другог статуса, што значи да су, са тог становишта, прихватила принцип јединственог регулисања. Исто становиште заузима и Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе од 1980. (Бечка конвенција), која предвиђа, да се ни држављанство уговорних страна, као ни грађански или трговински карактер страна или уговора не узимају у обзир приликом примене ове конвенције.

Као што се види, савремена тенденција иде у правцу јединственог регулисања, дакле, да се једним законом регулишу на јединствен начин сви уговори, без обзира да ли су они трговинског или грађанског карактера. При томе, важно је напоменути да, у тој хипотези, Закон о облигационим односима мора, прво на општи начин, извршити прокламацију принципа јединственог регулисања, са резервом да се у појединим, законом предвиђеним случајевима одступа од тог принципа, а затим у бројним уговорним ситуацијама мора предвидети да се одговарајуће правило односи само на трговински уговор.

Закључак: Нацрт је, по угледу на савремене кодификације, прихватио принцип јединственог регулисања, што се види из појединих одредаба којима се регулишу уговорни односи без обзира да ли су грађанског и трговинског карактера. Ово решење треба максимално подржати, зато што представља не само израз потребе свих учесника у области промета робе и услуга, већ и доказ да се,

im Bereich des Waren- und Dienstleistungsverkehrs ist, sondern auch ein Beweis dafür, dass, bei dieser Frage, die Lösungen der modernen Kodifizierungen übernommen werden, vor allem aber das Obligationengesetz aus dem Jahre 1978 (Art. 25, Abs. 1), sowie seine Urfassung, die Skizze für das Gesetzbuch über Obligationen und Verträge (1969).

Doch der Entwurf formuliert dieses Prinzip nicht als Grundprinzip, was er jedoch hätte machen sollen. Und dies nicht nur als Proklamation, sondern auch als Notwendigkeit, die Abweichungen vom erwähnten Prinzip zu kennzeichnen. Und in diesem Sinne könnte dieser Artikel lauten: Die Bestimmungen dieses Gesetzes, die sich auf Verträge beziehen, kommen auf alle Arten von Verträgen zur Anwendung, falls für Unternehmensverträge nicht ausdrücklich anders vorgesehen.

II.7 Stil und sprachliche Kohäsion

Es wurde bereits darauf hingewiesen (Punkt I.7), dass die Sprache als „akustische Heimat“ der Gesetze einen wichtigen Punkt in der Gesetzgebungstechnik darstellt, und zwar nicht nur vom Aspekt einer abstrakten Reinheit, sondern vor allem vom Aspekt der Verständlichkeit des Gesetzes für die juristische und breitere Öffentlichkeit. Ein gutes Gesetz sollte auch ein gutes sprachliches Denkmal als Ausdruck seiner Zeit sein. Von Standhal wird behauptet, dass er bei der Arbeit an seinem Parma- kartusianischen Kloster jeden Morgen einige Artikel aus dem *Code Civil* gelesen hätte, um die Genauigkeit und Eleganz seines Stils zu schärfen. Und Rudolf von Jöring sprach, dass der Gesetzgeber wie ein Philosoph denken und wie ein Bauer sprechen sollte. Diese Anekdoten werden hier nur aufgeführt, um die Wichtigkeit der Sprache zu illustrieren, mit der sich der Gesetzgeber, und gleiches gilt auch für den Gesetzesverfasser dieses Entwurfs, bedienen sollte.

In dieser Hinsicht hatte der Entwurf ein gutes Vorbild im Obligationengesetz (1978), das für seinen guten Stil und seine Sprachkohäsion bekannt ist. In diesem Gesetz wurde (dank der Skizze des Professors Konstantinovic) das Prinzip – ein Satz, ein Absatz, konsequent eingehalten. Darin kommt kein Absatz vor, in dem man einen Punkt im Text antrifft: in jedem Absatz verläuft der Gedanke von Anfang bis zum Ende ohne Stockungen. All dies wurde mit dem Ziel vorgenommen, das Gesetz auch für Personen klarer und zugänglicher zu machen, die keine juristische Ausbildung genossen haben.

Ferner sollte man, wenn es um die Sprache und den Stil geht, das Prinzip unterstreichen, nach dem es zu vermeiden gilt, dass sich ein Artikel auf die Bestimmung aus einem anderen Artikel beruft, was üblicherweise bei vielen Gesetzen anzutreffen ist, die sich daher in diesem Sinne nicht rühmen können. Zwar gewinnt man durch den Verweis auf einen früheren Titel an Kürze, man verliert dafür aber an Klarheit und Überschaubarkeit. Denn, falls sich der Artikel, auf den man sich beruft oder auf den man verweist, ebenfalls auf einen anderen beruft oder auf einen dritten Artikel, oder gar auf mehrere davon verweist, dann gelangt man in eine Art Labyrinth, in dem sich auch ein Fachmann nur mit Mühe zurecht findet und den Sinn des Artikels, den er liest, erfassen kann. Beiden dieser Qualitäten der Gesetzgebungstechnik wurde auf maximal gebührende Weise im Obligationengesetz Rechnung getragen.

Doch der Entwurf, mit dem das besagte Gesetz zum Großteil wiedergegeben wurde, hat nicht hinreichend Sorge dafür getragen, mit den neuen

о овом питању, прате решења савремених кодификација, а посебно Закон о облигационим односима из 1978. године (чл. 25, ст 1), и његов изворник – Скица за Законик о облигацијама и уговорима (1969).

Међутим, Нацрт овај принцип није формулисао као основно начело, што је требало да учини. И то не само као прокламацију већ и као потребу да се означе одступања од поменутог принципа. Тако, тај члан би могао да гласи: Одредбе овог закона које се односе на уговоре примењују се на све врсте уговора, осим ако за уговоре подузетништва није изричито друкчије одређено.

II.7. Стил и језичка кохезија

Већ је указано (тач. I.7) да језик, као „звучна домовина“ закона, представља значајну тачку у законодавној техници, не само са становишта неке апстрактне чистоће већ пре свега са становишта разумевања закона од стране правничке и шире јавности. Дobar закон, треба да буде и добар језички споменик који обележава своје време. За Стендала се говорило да је, док је писао Пармски картузијански манастир, свако јутро читао по неколико чланова из *Code civil*-а, како би изоштрио прецизност и елеганцију свога стила. А Рудолф фон Јеринг је говорио да законодавац треба да мисли као филозоф, а да говори као сељак. Ове анегдоте се помињу само ради илустрације важности језика којим законодавац, па и законописац овог нацрта, треба да се служи.

У том погледу, Нацрт је имао добар узор у Закону о облигационим односима (1978), који је познат по добром стилу и језичкој кохезији. У овом закону (захваљујући Скици професора Константиновића) доследно је спроведен принцип: једна реченица – један став. Нема у њему ниједног става у коме ће се наћи тачка у тексту: у сваком ставу мисао тече од почетка до краја без заустављања. То је учињено да би закон био јаснији и приступачнији и лицима без правничког образовања. Надаље, када је реч о језику и стилу, важно је подвући принцип по коме треба избегавати позивање једног члана на одредбу неког другог члана, што се иначе, често среће у многим законима и што није за похвалу. Додуше, позивањем на број неког претходног члана добија се у краткоћи, али се зато губи на јасноћи и прегледности. Јер, ако члан на који се позива или упућује такође врши позивање, или указује на неки трећи члан, а можда и на више њих, онда се улази у лавиринт у коме ни стручњаку није лако да се снађе и да схвати смисао члана који чита. Оба ова квалитета законодавне технике добила су максимално место у Закону о облигационим односима.

Међутим, Нацрт који је у значајном делу репродуковао поменути закон, није довољно водио рачуна да нове одредбе прате

Bestimmungen den Stil und die Sprachkultur des Gesetzes einzuhalten, so dass diese neuen Bestimmungen bereits *prima facie* leicht als vom sprachlichen und stilistischen Tonfall abweichend und fremd zu erkennen sind. Sie wirken wie Fremdkörper im Vergleich zu den Bestimmungen des Obligationengesetzes. Diese Einstellung führt zu einer Dualität im sprachlichen Ausdruck, was vom Aspekt des Gesetzes als Gesamtheit schwer zu verstehen ist.

Lassen Sie uns als Beispiel für diese Dualität eine eindeutige und eine unklare Bestimmung anführen. *Eindeutige Bestimmung*: wer einer anderen Person durch sein eigenes Verschulden Schaden zufügt, ist verpflichtet, diesen zu ersetzen (Art. 154 des Gesetzes bzw. 123 der Skizze): *Unklare Bestimmung*: falls die Willenserklärung gemäß Artikel 42 oder 43 widerlegt wurde, hat der Erklärungsgeber, sofern die Erklärung an eine andere Person hätte abgegeben werden sollen, an diese und in anderen Fällen an jede Drittperson den Schaden zu ersetzen, den diese erlitten hat, weil sie an die Validität dieser Erklärung glaubte, aber nicht über den Betrag des Interesses hinaus, den die andere – oder eine Drittperson gehabt hätte, falls die Urkunde gültig gewesen wäre (Art. 44 des Entwurfs).

Wie zu sehen ist, ist die Bestimmung im ersten Fall eindeutig und wirkt wie ein Gebot Gottes. Im zweiten Fall ist die Bestimmung unklar und kann unterschiedlich ausgelegt werden.

Schlussfolgerung: Beim Verfahren der Ausarbeitung eines Entwurfs bis hin zur endgültigen Fassung, sollte man, unter anderem, auch der Art und Weise eine besondere Aufmerksamkeit schenken, wie man die Gedanken, den Stil und die sprachliche Kohärenz des Gesamttextes organisiert. Dabei sollte es keine Rolle spielen, ob dieser durch eine Übernahme oder Wiedergabe oder originär und selbständig entstanden ist.

II.8 Systematik

Es wurde bereits darauf hingewiesen (Art. I.5), dass im Rahmen der europäischen Rechtsfamilie die Kodifizierung des Schuldrechts aufgrund einer übernommenen Begriffssystematik vorgenommen wird. Eigentlich setzt sich der Kodifizierungsakt als Gesamtheit aus allgemeinen Begriffen zusammen, die aufgrund von bestimmten Kriterien gruppiert und untergliedert sind, so dass diese, in weiteren oder engeren Gliederungen, die allgemeine Systematik des Gesetzes bilden. Eine solche Gruppierung von Begriffen erfolgt aufgrund des Charakters der Tatsachen, aus denen die einzelnen Obligationen hervorgehen, was bereits angesprochen wurde (Punkt II.5). Lassen Sie uns noch hinzufügen, dass es ferner erforderlich ist, diese Begriffe zu unterscheiden, und zwar nicht nur in Bezug zueinander, sondern es sollten auch innerhalb eines allgemeineren Begriffs die näheren Regelungen unterschieden werden, zu denen man gelangt, wenn der entsprechende Begriff konkreter ausgedrückt wird, wie z.B. wenn der allgemeine Begriff des Vertrags durch „Kaufvertrag“ näher beschrieben wird, dann sind damit konkretere Regeln vorgesehen, obwohl auch diese allgemein sind. All dies weist auf die Feststellung hin, dass die Theorie des Schuldrechts und die Gesetzgebungspraxis in ihrer langen Evolution eine Fülle von konkreten Schuldverhältnissen und allgemeine Rechtsbegriffe transformiert haben, die bei ihrer praktischen Umsetzung gerade zur entsprechenden Regelung von (ganz) konkreten Verhältnissen dienen.

стил и језичку културу Закона, тако да се те нове одредбе већ *prima facie* лако могу препознати као туђе које не припадају истом језичком и стилском тону; они делују као страном тело у односу на одредбе Закона о облигационим односима. Такав приступ доводи до дуалитета језичког изражаја, што се тешко може разумети са становишта целине Закона.

Као пример тог дуалитета поменимо једну јасну и једну нејасну одредбу. *Јасна одредба*: Ко другоме проузрокује штету својом кривицом дужан је накнадити је (чл. 154 Закона, односно чл. 123 Скице). *Нејасна одредба*: Уколико је изјава воље побијена према члану 42 или 43, давалац изјаве мора, ако је изјава требала бити дата неком другом, овоме, а у другим случајевима сваком трећем, надокнадити штету коју други или трећи претрпи због тога што је вјеровано у ваљаност изјаве, али не преко износа интереса који би други или трећи имао у случају ваљаности изјаве (чл. 44 Нацрта).

Као што се види, у првом случају одредба је јасна и делује као божанска заповест. У другом случају одредба је нејасна и може бити предмет различитих тумачења.

Закључак: У поступку израде Нацрта до коначног текста, потребно је, између осталог, посебну пажњу посветити начину организације мисли, стилу и језичкој кохерентности целине текста, без обзира да ли је он настао позајмицом и репродуковањем или изворно и самостално.

II.8. Систематика

Већ је истакнуто (тач. I.5) да се, у оквиру европске фамилије права, кодификација облигационог права врши према усвојеној систематизици појмова. У ствари, целину кодификаторског акта чине уопштени појмови који су груписани и разврстани према одређеним критеријумима, тако да они, у ширим или ужим целинама чине општу систематику закона. Једно такво груписање појмова чини се према карактеру чињеница из којих ничу поједине облигације, о чему је већ било речи (тач. II.5). Овде додајмо још и то да је потребно ове појмове разликовати, не само када је реч о њиховом међусобном односу, већ у оквиру једног уопштеног појма треба разликовати ближа правила до којих се долази када се одговарајући појам конкретније испољи; нпр. општи појам уговора испољен кроз уговор о купопродаји пружа конкретнија правила, мада су и она уопштена. Све то указује на закључак да је теорија облигација и законодавна пракса у својој дугој еволуцији трансформисала обиље конкретних облигационих односа у уопштене правне појмове који у свом практичном остварењу управо служе одговарајућем регулисању конкретних односа.

Der Entwurf umfasst mit seinen 1441 Artikeln ein breites Gebiet von Obligationen, wobei eine Anmerkung über die zu weit gefasste Ausführlichkeit bereits zum Ausdruck gebracht wurde (Punkt II.1). Sein erster Teil (Buch I, Allgemeiner Teil) umfasst 572 Artikel, und dieser ist den Grundprinzipien, den Entstehungsformen der Obligationen, der allgemeinen Wirkung von Obligationen, der Auflösung von Obligationen, verschiedenen Arten von Obligationen oder Veränderungen von Gläubiger und Schuldner gewidmet. Die Materie ist auf sechs Kapitel als breitere Gesamtheiten untergliedert, und die Kapitel sind weiter auf Abschnitte unterteilt, die Abschnitte wiederum sind auf Titel unterteilt. Der zweite Teil des Entwurfs (Buch 2) ist einzelnen Verträgen gewidmet, wobei dieser nicht der Gegenstand dieser gutachterlichen Stellungnahme war.

Wenn man die Systematik des Entwurfs mit der Systematik des Obligationengesetzes (1978) vergleicht, dann ist eine große Ähnlichkeit festzustellen, und in einem Großteil (vor allem in den Abschlusskapiteln) auch eine Identität, mit einer terminologischen Anmerkung: im Entwurf wird der Begriff „Titel“ verwendet, während im Obligationengesetz der Begriff „Abschnitt“ eingesetzt wurde, was offensichtlich von keiner wesentlichen Bedeutung ist. Doch, wenn wir schon bei der Terminologie sind, dann sollten wir auch erwähnen: im Entwurf wurde die Terminologie in den Überschriften der einzelnen Kapitel nicht vereinheitlicht; während somit Kapitel 3 die Überschrift *Allgemeine Wirkungen von Pflichten* trägt, spricht Kapitel 4 ebenfalls von der *Aufhebung der Pflichten*, während Kapitel 5 mit *Verschiedene Arten von Pflichten bei Schuldverhältnissen* betitelt ist. Es ist offensichtlich, dass die Worte „*bei Schuldverhältnissen*“ überflüssig sind.

Schlussfolgerung: Die Systematik des Entwurfs verfolgt vorrangig die gewohnte Weise der Schilderung der Schuldrechtsmaterie. Dies lässt sich jedoch nicht gänzlich auch für die in Kapitel 2, Abschnitt 1, Überschrift 1 und Überschrift 2 dargelegte Materie sagen, aus Gründen, die bereits in dieser gutachterlichen Stellungnahme unter dem Titel „angrenzende Bereiche“ (Punkt II.2) und unter dem Titel „Die Reihenfolge der Entstehungsformen von Obligationen“ (Punkt II.5) geschildert wurden.

* * *

EINZELNE BESTIMMUNGEN

In diesem Teil des Gutachtens werden die Bemerkungen, Einwendungen, Vorschläge und Anregungen hinsichtlich der einzelnen Bestimmungen des Entwurfs ausgeführt und zwar nach dem System „Artikel für Artikel“. Überall dort, wo die Artikelnummer nicht erwähnt wird, bedeutet es, dass der Autor dieses Gutachtens keine Einwendungen hat.

Artikel 1–16

Im Titel des Kapitels 1 sollen die Worte „des Obligationsrechts“ gestrichen werden, denn eines ist *lex* und das andere *ius*. Hier handelt es sich um die Grundsätze des Gesetzes und nicht um die Grundsätze des Obligationsrechts.

Нацрт са својим 1.441 чланом у целини обухвата широку област облигација, са напоменом преопширности, о чему је већ било речи (тач. II.1). Први његов део (књига 1, Општи дио) садржи 572 члана, и он је посвећен, основним начелима, изворима облигација, општем дејству облигација, престанку облигација, различитим врстама облигација, променама повериоца и дужника. Материја је распоређена на шест глава као ширих целина, а главе су подељене на одељке, одељци на наслове. Други део Нацрта (књига 2) посвећен је појединим уговорима, и он није предмет анализе овог стручног мишљења.

Упоређењем систематике Нацрта са систематиком Закона о облигационим односима (1978) утврђује се велика сличност, а у великом делу (нарочито у завршним главама) и идентичност, уз једну термилошку напомену: Нацрт усваја термин „наслов“ док Закон о облигационим односима усваја термин „одсек“, што очигледно није ствар од суштинског значаја. Али, кад смо већ код терминологије, напоменимо: Нацрт није уједначио терминологију код наслова појединих глава; тако, док глава 3 носи наслов *Општи дејства обавеза*, глава 4, такође, говори о *Престанку обавеза*, докле глава 5 носи наслов *Различите врсте обавеза у облигационим односима*. Очигледно је да речи „у облигационим односима“ нису потребне.

Закључак: Систематика Нацрта углавном прати уобичајени начин излагања материје облигација. Међутим, то се не може у потпуности рећи и за материју изложену у глави 2, одељак 1, наслов 1 и наслов 2, са разлога који су већ изнети у овом стручном мишљењу у поднаслову „суседне области“ (тач. II.2), и у поднаслову „Редослед извора облигација“ (тач. II.5).

* * *

III. ПОЈЕДИНЕ ОДРЕДБЕ

У овом делу стручног мишљења биће изложене опаске и примедбе, предлози и сугестије везане за поједине одредбе Нацрта, и то по систему „члан по члан“. Тамо где број члана није поменут, то значи да аутор овог мишљења нема примедба.

Чланови 1–16

У наслову главе 1 треба избрисати речи „облигационог права“, јер једно је *lex*, а друго је *ius*. Овде је реч о начелима Закона, а не о начелима облигационог права.

Artikel 1 und Artikel 6

Die Worte „Grundlagen der Obligationsverhältnisse und“ sollen gestrichen werden, denn dieses Gesetz regelt die Obligationsverhältnisse und nicht die Grundlagen der Obligationsverhältnisse, mit der Bemerkung, dass diese Einwendung zurückgezogen wird, soweit der Verfassungstext „Die Grundlagen“ vorsieht.

Die Artikelüberschrift bei Art. 1 lautet „Inhalt des Gesetzes“, wo die Quellen der Obligationen und ihre Reihenfolge geregelt werden und die Artikelüberschrift bei Art. 6 ist „Inhalt und Entstehungsgrund von Obligationen“, wo die Definition der Obligation gegeben wird, die unvollständig ist. Auf jeden Fall sollten Art. 1 und Art. 6 im Sinne des Begriffes der Obligation und der Quellen der Obligationen harmonisiert werden. Dies insbesondere vom Standpunkt des Art. 6 Abs. 3, wo es steht, dass „Verbindlichkeiten (Schuldverhältnisse) entstehen durch Rechtsgeschäft oder durch gesetzlich bestimmte Tatsachen“.

Es stellt sich die Frage, welchen Standpunkt der Entwurf hinsichtlich der Quellen der Obligationen vertritt, wenn in Art. 1 die Quellen aufgezählt werden und in Art. 6 Abs. 3 davon abgewichen und zu den Quellen noch die „Rechtsgeschäfte“ hinzugefügt werden. Wenn das gleiche ist, warum wird das wiederholt und warum wird von der klassischen These über die Quellen der Obligationen im Sinne des Artikel 1 abgewichen. Des Weiteren ist es erforderlich, noch einmal zu überlegen, ob die Definition der Obligation des Art. 6 Abs. 2 bedarf. Ausführlicher und präziser hinsichtlich der Definition der Obligation und der Reihenfolge der Quellen der Obligationen sowie hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Art. 1 und Art. 6 siehe Zif. II. 3 dieses Gutachtens.

Artikel 4

Diese Bestimmung hat allgemeinen Charakter und bezieht sich gleichmäßig auf alle Gesetze. Es stellt sich die Frage, ob solche Bestimmungen ein Gesetz über Obligationsverhältnisse enthalten soll, ausführlicher dazu vergleiche Zif. II. 2 dieses Gutachtens unter dem Titel *Angrenzende Bereiche*. Sollte dieser Artikel bleiben, so ist er folgendermaßen umzuformulieren:

Anstelle der Artikelüberschrift „Auslegung und Rechtsanwendung in den Lücken dieses Gesetzes“ könnte man vielleicht sagen „Auslegung und Ausfüllen der Lücken“. In Abs. 1 sollen die Worte „in der Anwendung“ gestrichen werden. Des weiteren reduziert dieser ganze Text die Auslegung des Gesetzes auf grammatikalische Auslegung und auf Auslegung durch Erforschung der Absicht des Gesetzgebers. Jedoch die Auslegung durch den Zweck, also zielgerichtete Auslegung (teleologische A.) ist heute in der Theorie der Auslegung der Gesetze als wichtigste Auslegungsweise angenommen. In diesem Sinne ist auch die Bestimmung der Grundsätze des Europäischen Vertragsrechts (Art. 1:10), welche vorsieht, dass diese Grundsätze im Einklang mit ihrem Zweck auszulegen sind. Deswegen ist es notwendig, sich noch einmal mit der Formulierung dieses Artikels im Sinne der angeführten Einwendungen zu befassen. In Abs. 2 dieses Artikels soll anstelle des Wortes „entsprechend“ das Wort „sinngemäß“, die in solchen Formulierungen angemessener wirkt. (Anm. d. Übers. – es handelt sich lediglich um ein Synonym in lok. Sprache).

Artikel 5

Dies ist auch ein Artikel aus einem angrenzenden Bereich. Seiner Rechtsnatur nach ist das die Materie des bürgerlichen Prozessrechts, ausführ-

Члан 1 и члан 6

Избрисати речи „основе облигационих односа и“, јер овај Закон уређује облигационе односе, а не основе облигационих односа, уз напомену да уколико уставни текст предвиђа „основе“, онда се ова примедба повлачи.

Наслов чл. 1 је „Садржај закона“ и ту се одређују извори облигација и њихов редослед, а наслов чл. 6 је „Садржај и основи настанка облигација“, где се даје дефиниција облигације која није потпуна. У сваком случају, требало би чл. 1 и чл. 6 ст. 1 усагласити у смислу појма облигације и извора облигација. Ово нарочито са становишта ст. 3 чл. 6 где се каже да „обавезе (облигациони односи) настају на основу правног посла или на основу законом одређених чињеница“.

Поставља се питање какав је став Нацрта у погледу извора облигација, када у чл. 1 набраја изворе, а у чл. 6, ст 3 од тога одступа и уводи у изворе „правне послове“. Ако је то исто, зашто се понавља и зашто уопште одступа од класичне тезе о изворима облигација у смислу чл. 1. Надаље, потребно је још једанпут проучити да ли је у дефиницији облигације потребан ст. 2 чл. 6. Детаљније и прецизније у погледу дефинисања облигације и редоследа извора облигације, као и о односу између чл. 1 и чл. 6, видети тач. П.3 овог мишљења.

Члан 4

Ова одредба је општег карактера и подједнако се односи на све законе. Питање је да ли такве одредбе треба да садржи Закон о облигационим односима, опширније видети тач. П.2 овог стручног мишљења, под насловом *Суседне области*. У случају да овај члан остане, потребно га је преуредити: уместо наслова, „Тумачење и примена права у празнинама овог закона“, можда би се могло рећи „Тумачење и попуњавање празнина“. У ст 1 треба избацити речи „се у примјени“. Надаље, овај цео текст је свео тумачење закона на граматичко тумачење и тумачење путем истраживања намере законодавца. Међутим, тумачење путем сврхе, дакле, циљно тумачење (телеолошко), данас је у теорији тумачења закона прихваћено као најважнији начин тумачења. У том смислу је и одредба Начела европског уговорног права (чл. 1:10) која предвиђа да та Начела треба тумачити у складу са њиховом сврхом. Стога, потребно је још једанпут задржати се на формулацији овог члана у смислу изнетих примедба. У ст. 2 истог члана, уместо речи „одговарајуће“ треба да стоји реч „сходно“ која делује примереније у оваквим формулацијама.

Члан 5

Ово је, такође, члан из суседне области. По својој правној природи, то је материја грађанског процесног права, опширније

licher vgl. Zif. II. 2. Sollte der Standpunkt obsiegen, dass der Artikel beibehalten werden soll, so gibt es keine Einwendungen hinsichtlich der Formulierung seines Inhalts.

Artikel 7, 8, 9

Diese Bestimmung ist dem Begriff der Naturalobligation gewidmet und zwar umfangreich und hat hauptsächlich den Aufzählungscharakter. Dabei hat man nicht ausreichend berücksichtigt, dass sich die gleiche Disposition einer Bestimmung in anderen Bestimmungen des Entwurfes befindet, so dass es zu unnötigen zwei- oder dreifachen Wiederholungen kommt, z.B. in Art 7 Abs. 2 steht unter Lit. a, dass die Naturalobligationen insbesondere verjährte Obligationen sind und dass die Rückgabe des Geleisteten nicht verlangt werden kann, wenn der Schuldner eine solche Obligation erfüllt hat (Art. 8). Das gleiche wird jedoch in Art. 279 Abs. 4 gesagt, wo es steht: „Es kann keine Herausgabe des bei der Erfüllung einer verjährten Verbindlichkeit Geleisteten verlangt werden“. Diese Bestimmungen sollten in Einklang gebracht werden.

Hier stellt sich indessen eine grundsätzliche Frage: Soll ein Gesetz über Obligationsverhältnisse eine grundsätzliche Bestimmung über Naturalobligationen enthalten oder soll es lediglich ihre Wirkung in konkreten Situationen vorsehen, wie z.B. bei der Materie über Verjährung, beim Erwerb ohne Rechtsgrund, bei Kompensationen und in anderen Fällen. Wenn man die Rechtsvergleichungslösungen analysiert, kommt man zum Schluss, dass manche bürgerliche Gesetzbücher allgemeine Bestimmungen über diese Frage enthalten (z.B. Deutschland, die Schweiz, Portugal), während andere lediglich einige konkreten Fälle regeln oder nur einige der Formen der Naturalobligationen erwähnen (z.B. österreichisches BGB, wo die Naturalobligation im Falle der Verjährung der Schulden, der Formmängel und bei der Wette vorgesehen ist. Das Gesetz über Obligationsverhältnisse (1978), welches die Grundlage des Entwurfes darstellt, hat keine allgemeinen Bestimmungen über Naturalobligationen. Die werden jedoch an mehreren Stellen erwähnt (z.B. bei der Verjährung – Art. 360, beim Erwerb ohne Rechtsgrund – Art. 213).

Ohne Rücksicht darauf, ob die Naturalobligation durch allgemeine Bestimmungen oder durch Regelung mancher konkreten Fälle geregelt wird, stellt sich jedoch eine wesentliche Frage: Soll den Naturalobligationen ein engerer Platz gegeben werden oder sollen die Naturalobligationen durch ein extensives Kriterium vorgesehen werden, das im wesentlichen auf die moralische Auffassung eines bestimmten Umfelds zurückgeführt wird. In dieser Frage hat die theoretische Begründung zu unterschiedlichen Auffassungen geführt. Als die wichtigsten sollen diejenigen erwähnt werden, die in einer Naturalobligation doch eine Obligation sehen (sog. Theorie über die unvollkommenen Zivilobligationen) und diejenige, welche die Naturalobligationen mit den moralischen Pflichten gleichstellt (sog. Theorie über moralische Pflichten). Von der Annahme der einen oder der anderen Theorie hängt die Breite des Kreises ab, in welchem die Naturalobligationen vorkommen können. Nach der ersten Theorie muss jede Naturalobligation auf einer Zivilobligation beruhen, die von früher existiert hat und die aus irgend einem Grund „degeneriert“ wurde, d.h. in eine Obligation ohne Rechtssanktion bzw.

видети тач. II.2. Уколико се стане на становиште да овај члан треба да остане, онда нема примедба на формулацију његове садржине.

Члан 7, 8, 9

Ова одредба посвећена је појму природне (натуралне) облигације, и то опширно, и углавном таксативно. При томе, није се довољно водило рачуна да се иста диспозиција неке одредбе налази у другим одредбама Нацрта, па долази до непотребног дуплирања или триплирања. Тако нпр. у чл. 7, став 2, под а. стоји да су природне облигације нарочито застареле облигације, и да се не може тражити враћање датог уколико је дужник испунио такву облигацију (чл. 8), а то исто се каже и у чл. 279, ст. 4: не може се захтевати поврат датог у испуњавању застарјеле обавезе. И даље, у чл. 464 стоји: ако дужник испуни застарјелу обавезу, нема право захтијевати да му се врати оно што је дао. Ове одредбе требало би ускладити.

Међутим, овде се поставља једно начелно питање: да ли Закон о облигационим односима треба да има начелну одредбу о натуралним облигацијама или само да предвиди њихово дејство у конкретним ситуацијама, као што су материја застарелости, стицања без основа, компензација и други случајеви. Ако се анализирају упоредноправна решења, долази се до закључка да неки грађански законици имају опште одредбе о овом питању (нпр. немачки, швајцарски, португалски) док други регулишу само неке конкретне случајеве или само помињу неке од облика натуралних облигација (нпр. аустријски Грађански законик који предвиђа натуралне облигације у случају застарелости дуга, недостатка форме и опкладе). Закон о облигационим односима (1978) који чини подлогу Нацрту, нема опште одредбе о натуралним облигацијама, али их помиње на више места (нпр. у материји застарелости – чл. 360, стицања без основа – чл. 213).

Али, без обзира да ли се натуралне облигације регулишу путем опште одредбе или одредбама за неке конкретне случајеве, поставља се битно питање: да ли натуралним облигацијама дати уже место или натуралне облигације треба предвидети једним екстензивним критеријумом који се у суштини своди на морално схватање одређене средине. Теоријско образложење тог питања довело је до различитих схватања. Као најважнија треба поменути она која у натуралној облигацији ипак виде облигацију (тзв. теорија о несавршеним цивилним облигацијама) и она која натуралне облигације изједначавају са моралним дужностима (тзв. теорија о моралним дужностима). Од усвајања једне или друге теорије зависи и ширина круга у коме се натуралне облигације могу јавити.

Према првој теорији, свака натурална облигација мора да се заснива на једној цивилној облигацији која је одраније постојала и

ohne gerichtlichen Schutz umgewandelt wurde. Das Beispiel für eine solche Obligation ist eine verjährte Obligation, diejenige also, die eine Zivilobligatio war und die durch Ablauf der durch Gesetz vorgeschriebenen Frist den gerichtlichen Schutz verloren hat und in die Domäne der Naturalobligationen umgesiedelt ist (Ehrenschild). So verstandene Naturalobligation hat einen engeren Anwendungsbereich: die Existenz einer Naturalobligation ist durch vorherige Existenz einer Zivilobligatio bedingt. Deshalb können sich alle moralischen Pflichten oder Verpflichtungen des Gewissens, die nicht auch zu rechtlichen Verpflichtungen geworden sind, nicht in dem Bereich der Naturalobligationen befinden. Im Gegensatz dazu sollen nach dem anderen Standpunkt die Naturalobligationen mit den moralischen Pflichten bzw. Verpflichtungen des Gewissens gleichgestellt werden. Diese Auffassung führt zu sehr großer Erweiterung der Anwendungsdomäne von Naturalobligationen. Diese Auffassung ist im portugiesischen bürgerlichen Gesetzbuch vorhanden, wo die Naturalobligationen einen sehr großen Platz gefunden haben. Dieses Gesetz versteht unter Naturalobligationen alle Verpflichtungen, die ihren Grund in den Sitten und Gebräuchen oder in der Gesellschaftsordnung haben und deren Erfüllung nicht im gerichtlichen Weg verlangt werden kann, ihre Geltendmachung ist jedoch im Einklang mit dem bestehenden Billigkeitsverständnis (Art. 403).

Wo befinden sich, vom Standpunkt der Theorie, die Lösungen im Entwurf (Art. 7, 8, 9) über Naturalobligationen? Der Entwurf hat sich für allgemeine Bestimmungen über Naturalobligationen entschieden und zwar durch das System der Enumerierung unter dem Titel: Naturalobligationen sind insbesondere.... Das heißt, dass der Entwurf, durch Kasuistik, jedoch *exempli causa* (das Wort *insbesondere* weist darauf hin) die Arten der Naturalobligationen, ihre Wirkung sowie ihre Umwandlung in eine Zivilobligatio bestimmt (der Entwurf gebraucht das Wort *zwingende Obligation*). Was die Frage betrifft, ob sich der Entwurf für das Verständnis der Naturalobligationen als unvollkommene Zivilobligationen (engerer Bereich) oder für das Verständnis der Naturalobligationen als moralische Pflichten (weiterer Bereich) entschieden hat, kann man sagen, dass er die Naturalobligation im engeren Sinne des Wortes annimmt, mit Ausnahme des Abs. 7 Zif. d, wo unter Naturalobligation auch Unterhaltsleistungen unter Verwandten, unter denen keine Unterhaltspflicht besteht, verstanden wird, Alles in allem ist das doch ein *casus mixtus* mit starker Betonung auf Kasuistik und Verständnis der Naturalobligationen als unvollkommene Zivilobligationen.

Schlußfolgerung: Sollte man bei der Auffassung bleiben, dass den Naturalobligation allgemeine Bestimmungen gewidmet werden sollen (was, wie wir gesehen haben, keinesfalls ein Imperativ ist), dann sollten die vorgeschlagenen Bestimmungen der Art. 7 und 8 entsprechende Änderungen erleiden müsste. Sie müsste nämlich mehr auf dem Standpunkt der Pflichten des Gewissens, der moralischen Bestimmungen und der Gebräuche stehen, wie das im oben genannten portugiesischen BGB der Fall ist. Die Inspiration kann man auch im Allgemeinen Eigentumsgesetz für Monte Negro (1888) finden, wo es steht: wer eine Pflicht erfüllt, die lediglich durch das Gewissen, die Ehre oder durch den guten Willen als erforderlich zu verstehen ist, in

која се услед неког разлога „дегенерисала“, тј. претворила у облигацију без правне санкције односно судске заштите. Пример такве облигације је застарела облигација, дакле она која је била цивилна, па је услед протекла законом предвиђеног времена изгубила судску заштиту и преселила се у домен натуралних облигација (дуг части). Овако схваћена натурална облигација има ужи домен примене: постојање натуралне облигације условљено је претходним постојањем цивилне облигације. Због тога, све моралне дужности или обавезе савести које нису постале и правне дужности, не могу се никуда наћи у пољу натуралних облигација.

Напротив, према другом становишту, натуралне облигације треба изједначити са моралним дужностима односно дужностима савести. Другим речима, натуралне облигације су синоним моралних дужности. Ово становиште доводи до врло великог проширења домена примене натуралних облигација. Такво становиште усвојено је у португалском Грађанском законнику који натуралним облигацијама пружа веома широко место. Под натуралним облигацијама овај законик подразумева све обавезе које имају основ у обичајима или друштвеном поретку и чије се испуњење не може тражити судским путем; али је њихово потраживање у складу са постојећим схватањем о правичности (чл. 403).

Где се, са компаративног и теоријског становишта, налазе решења Нацрта (чл. 7, 8, 9) о натуралним облигацијама? Пре свега, Нацрт се определио за опште одредбе о натуралним облигацијама и то системом енумерације под насловом: природне облигације су нарочито... То значи, да Нацрт, путем казуистике, али ипак *exempli causa* (реч нарочито на то упућује) одређује врсте натуралних облигација, њихово дејство, као и њихово претварање у *цивилну* (Нацрт употребљава реч *принудну*) облигацију. Што се тиче питања да ли се Нацрт определио за схватање натуралних облигација као несавршених цивилних (уже подручје) или за схватање натуралних облигација као моралних дужности (шире подручје), може се рећи да он прихвата натуралне облигације у ужем смислу речи, али са изузетком става из чл. 7, тач. д. где се као натурална облигација сматра и давање издржавања између сродника међу којима не постоји законска обавеза издржавања. Све у свему, то је ипак један *casus mixtus* са јаким нагласком казуистике и прихватања натуралних облигација као несавршених цивилних облигација.

Закључак: Ако се остане при становишту да натуралним облигацијама треба посветити општу одредбу (што, како смо видели, није никакав императив), онда би предложена одредба чл. 7 и чл. 8 требало да претрпи одговарајуће измене. Наиме, она би морала више бити на становишту дужности савести, моралних одредница и обичаја, како то чини поменути португалски Грађан-

der falschen Überzeugung, dass er das erbringen muss, als ob das eine Schuld ist, die vor einem Gericht geltend gemacht werden kann, ist nicht berechtigt, das Geleistete zurückzuverlangen. (Art. 598)

Eine allgemeine Bestimmung kann im Entwurf im Sinne des Ausgeführten ihren Platz finden, jedoch ohne Auflistung wie das jetzt in Art. 7 des Entwurfes der Fall ist. Diese Bestimmung wäre eine allgemeine Bestimmung und die besonderen Fälle würden dann in konkreten Situationen vorgesehen werden, wie das schon in der Materie über Verjährung, über Erwerb ohne Rechtsgrund und in anderen Fällen der Fall ist. In dieser Hypothese wäre jedoch eine allgemeine Bestimmung nützlich für die Rechtsprechung, denn diese hätte aufgrund dessen die Möglichkeit, durch die Anwendung der öffentlichen Ordnung, der guten Sitten und der moralischen Auffassungen, die Berechtigung der Ansprüche auf Rückgabe des Geleisteten aufgrund einer Naturalobligation einzuschätzen. Schließlich ist der Art. 9, der die Umwandlung der Naturalobligation in eine zwingende Obligation aufgrund des Vertrages der Parteien regelt, nicht nötig, denn die Parteien aufgrund ihrer Autonomie alles vereinbaren können, was nicht verboten ist, (Art. 2 des Entwurfes), so dass sie somit auch die Naturalobligation in eine zwingende (Zivil-) Obligation durch einen Vertrag umwandeln können.

Artikel 11

Dieser Artikel behandelt den Grundsatz des Treu und Glauben, der in allen Obligationsverhältnissen im Vordergrund steht. Im Entwurf gibt es etliche Stellen, wo dieser Grundsatz konkretisiert wird und das ist, ohne Zweifel, die Bestimmung, die den Entwurf nicht nur zu einem rechtstechnischen Akt sondern auch zu einem Akt der Legitimität der Gerechtigkeit als zentraler Tugend des Menschen und aller seinen Zusammenschlussformen im Prozess des Waren- und Dienstleistungsverkehrs macht.

Daher wirken die Worte des Entwurfes: „Bei der Begründung der Obligationsverhältnisse und bei der Verwirklichung der Rechte und Pflichten aus diesen Verhältnissen haben die Parteien den Grundsatz des Treu und Glauben zu beachten“, – klar, moralisch fordernd und ermutigend vom Standpunkt des gemeinsamen Willens und des gesellschaftlichen Bedarfs.

Jedoch hinter dem Abs. 1 dieses Artikel könnte vielleicht ein Abs. 2 kommen mit dem Wortlaut:

„Die Parteien können diese Pflicht nicht ausschließen oder einschränken.“

Dadurch würde der Abs. 1 mehr an seiner Kraft und seinem Muss-Charakter gewinnen (in dem Sinne ist auch Art. 1:201 der Grundsätze des europäischen Vertragsrechts)

Artikel 12

Dieser Artikel ist dem Verbot des Missbrauchs der Rechte im Allgemeinen gewidmet und zwar durch Kumulation des subjektiven und objektiven Gesichtspunkts über diese Frage. Die Formulierungsart deutet mehr auf

ски законик. Инспирација се може наћи и у Општем имовинском закону за Црну Гору (1888), где стоји: ко изврши какву дужност коју само савјест, част или благодонаравље изискује, погрешно мислећи даје дужан то учинити као да је дуг који се судом наплатити може, није властан тражити да му се то што је дао поврати (чл. 598).

Дакле, једна општа одредба у Нацрту може да нађе места у смислу претходно изложеном, али без набрајања како се то сада чини у чл. 7 Нацрта. Та одредба би била општа, а посебни случајеви би били предвиђени у конкретним ситуацијама, како је то већ и учињено у материји застарелости, стицања без основа и др. Али, у тој хипотези, општа одредба би била од користи за судску праксу, јер би ова, на основу такве одредбе била у могућности да, применом јавног поретка, добрих обичаја и моралних схватања, проценије оправданост захтева за повраћај датог по основу натуралне облигације. И најзад, члан 9 Нацрта који говори о претварању природне у принудну облигацију на основу уговора странака, није потребан, јер странке на основу своје аутономије воље могу уговорити све што није забрањено (чл. 2 Нацрта), па самим тим могу уговором претворити природну облигацију у принудну (цивилну) облигацију.

Члан 11

Овај члан је посвећен начелу савесности и поштења које треба да председава у свим облигационим односима. У Нацрту постоје бројна места где се ово начело конкретизује, и то је, без сумње, одредба која Нацрт чини не само правнотехничким актом већ и актом легитимитета правде као стожерне врлине човека и свих облика његовог удруживања у процесу промета робе и вршења услуга.

Отуда, речи Нацрта: „У заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа стране су дужне да се придржавају начела савјесности и поштења“ – делују јасно, морално подстицајно и охрабрујуће са становишта заједничке воље и друштвене потребе.

Међутим, после првог става овог члана, можда би могао доћи и став 2 који би гласио: *странке не могу ову дужност искључити или ограничити*. Тиме би, чини се, став 1 овог члана још више добио на снази и својој императивности (у том смислу је и чл. 1:201 Начела европског уговорног права).

Члан 12

Овај члан је посвећен забрани злоупотребе права уопште, и то кумулацијом субјективног и објективног становишта о овом

die Materie eines anderen allgemeinen Gesetzes hin, so dass in diesem Sinne auch für diesen Artikel alles gilt, was bisher über die angrenzenden Bereiche gesagt wurde (Zif. II. 2). Diese Frage verdient jedoch die Aufmerksamkeit, wenn die allgemeine Theorie des Rechtsmissbrauchs auf die Materie der Obligationen angewendet wird. Angepasst an diese Verhältnisse kann sie dann gerechtfertigt sein. Dabei soll der subjektive Moment in der Hypothese des Rechtsmissbrauchs nicht hervorgehoben werden (Absicht zur Schädigung eines anderen), da die objektive These des Rechtsmissbrauchs bereits die subjektive These erfasst, denn wenn ein Recht entgegen dem Zweck ausgeübt wird, zu welchem es begründet oder gewährt wurde, dann befindet sich da auch die Absicht, einem anderen Schaden zuzufügen, da kein Recht seinem Zweck nach nicht wegen der Schädigung eines anderen begründet ist. Dieser Artikel könnte also mit den Worten umformuliert werden:

„Ausübung der Rechte aus Obligationsverhältnissen, die dem Zweck zuwiderläuft, zu welchem sie durch das Gesetz begründet oder gewährt sind, ist verboten.“

Abschließende Zusammenfassung mit dem Vorschlag der Allgemeinen Grundsätze, Art. 1–16

In Anbetracht des ausgeführten Gutachtens in diesem Teil des Entwurfes und von den oben erwähnten Positionen ausgehend (Zif. I, II und III) könnte man versuchen, diesen ganzen Teil des Entwurfes umzuformulieren, damit er straffer und vielleicht der Materie der Obligationen angemessener aussieht.

Obligationsverhältnisse

Artikel 1

Mit diesem Gesetz werden die Rechtsverhältnisse zwischen zwei bestimmte Parteien geregelt, aufgrund deren eine Seite (Gläubiger) berechtigt ist, von der anderen Seite (Schuldner) ein bestimmtes Geben, Tun oder Unterlassen von etwas, was sie sonst berechtigt wäre zu tun, zu verlangen, und die andere Seite ist verpflichtet, das zu erfüllen.

Entstehungsgründe

Artikel 2

Obligationsverhältnisse entstehen aufgrund eines Vertrages, der Verursachung des Schadens, des Erwerbs ohne Rechtsgrund, der einseitigen Erklärung und der anderen durch das Gesetz festgelegten Tatsachen.

Parteien in Obligationsverhältnissen

Artikel 3

(1) Parteien in Obligationsverhältnissen können natürliche und juristische Personen sein.

(2) Parteien in Obligationsverhältnissen sind gleichberechtigt

питању. Начин на који је формулисан више упућује на материју неког другог општег закона, па у том смислу, и за овај члан важи све оно што је већ речено за суседне области (тач. II.2). Међутим, ово питање заслужује пажњу ако се општа теорија злоупотребе права примени на материју облигација. Тада, прилагођена овим односима, може имати оправдања. При томе не треба истицати субјективни моменат у хипотези злоупотребе права (намера за оштећење другог), пошто објективна теза злоупотребе права обухвата и субјективну тезу, јер ако се право врши противно циљу због кога је оно установљено или признато, онда се ту налази и намера да се другом проузрокује штета, пошто ниједно право по свом циљу није установљено ради проузроковања штете другоме. Дакле, овај члан би могао бити преуређен речима: забрањено је вршење права из облигационих односа противно циљу због кога је оно законом установљено или признато.

Сводни закључак са предлогом
Основних начела
Чланови 1–16

С обзиром на изложено мишљење у овом делу Нацрта, а полазећи од претходно истакнутих ставова (тач. I, II и III), могао би се учинити покушај да цео овај део Нацрта изгледа концизнији и можда примеренији материји облигација:

Облигациони однос
Члан 1

Овим законом уређују се правни односи између две одређене стране на основу којих је једна страна (поверилац) овлашћена да захтева од друге стране (дужник) одређено давање, чињење или уздржавање од нечега што би иначе имала право да чини, а друга страна је дужна да то испуни.

Основи настанка
Члан 2

Облигациони односи настају из уговора, проузроковања штете, стицања без основа, пословодства без налога, једностране изјаве воље и других законом утврђених чињеница.

Стране у облигационим односима
Члан 3

(1) Стране у облигационим односима могу бити физичка и правна лица.

(2) Стране у облигационим односима су равноправне.

Treu und Glauben

Artikel 4

(1) Bei der Begründung der Obligationsverhältnisse und Verwirklichung der Rechte und Pflichten aus diesen Verhältnissen sind die Parteien verpflichtet, den Grundsatz des Treu und Glauben zu beachten (wie Art. 11 des Entwurfes).

(2) Diese Pflicht können die Parteien nicht ausschließen oder einschränken.

Autonomie des Willens

Artikel 5

(1) Den Parteien in Obligationsverhältnissen steht es frei, im Rahmen der zwingenden Vorschriften, der öffentlichen Ordnung und der guten Gebräuche ihre Verhältnisse nach ihrem Willen zu gestalten. (wie Abs. 1 Art. 2 d. Entw.)

(2) Die Parteien können ihre Obligationsverhältnisse anders gestalten als das durch dieses Gesetz bestimmt wird, soweit nicht aus der einzelnen Bestimmung dieses Gesetzes und ihres Sinnes etwas anderes hervorgeht. (wie Abs. 2 Art. 2 Entw.)

Gute Geschäftssitten

Artikel 6

(1) Die Parteien in Obligationsverhältnissen sind verpflichtet, im Einklang mit guten Geschäftssitten zu handeln. (wie Abs. 1 Art. 3 Entw.)

(2) Auf die Obligationsverhältnisse werden Usancen angewendet, soweit die Parteien in Obligationsverhältnissen ihre Anwendung vereinbart haben oder wenn aus den Umständen hervorgeht, dass sie ihre Anwendung wollten. (wie Abs. 2 Art. 3 d. Entw.)

Verbot des Rechtsmissbrauchs

Artikel 7

Ausübung der Rechte aus Obligationsverhältnissen, die dem Zweck zuwiderläuft, zu welchem sie durch das Gesetz begründet oder gewährt sind, ist verboten.

Schadenszufügung

Artikel 8

Jeder ist verpflichtet, die Handlungen zu unterlassen, durch welche einem anderen ein Schaden verursacht werden kann. (wie Art. 13 d. Entw.)

Erfüllungszwang

Artikel 9

(1) Die Parteien in Obligationsverhältnissen sind verpflichtet, ihrer Verbindlichkeit nachzukommen und haften für ihre Erfüllung. (wie Abs. 1 Art. 14 d. Entw.)

(2) Eine Verbindlichkeit kann nur in Übereinstimmung der Willen der Parteien in Obligationsverhältnissen oder aufgrund des Gesetzes gelöscht werden. (wie Abs. 2 Art. 14 d. Entw.)

Савесност и поштење

Члан 4

(1) У заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа стране су дужне да се придржавају начела савесности и поштења,

(2) Стране не могу ову дужност искључити или ограничити.

Аутономија воље

Члан 5

(1) Стране у облигационим односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи.

(2) Стране могу своје облигационе односе уредити другачије него што је овим законом одређено, ако из поједине одредбе овог закона или из њеног смисла не произлази што друго.

Добри пословни обичаји

Члан 6

(1) Стране у облигационим односима дужне су да поступају у складу с добрим пословним обичајима.

(2) На облигационе односе примењују се узансе ако су стране у облигационим односима уговориле њихову примену или ако из околности произилази да су њихову примену хтеле.

Забрана злоупотребе права

Члан 7

Забрањено је вршење права из облигационих односа противно циљу због кога је оно законом установљено или признато.

Проузроковање штете

Члан 8

Свако је дужан да се уздржи од поступка којим се може другом проузроковати штета.

Дужност испуњења обавезе

Члан 9

(1) Стране у облигационим односима дужне су да изврше своју обавезу и одговорне су за њено испуњење.

(2) Обавеза се може угасити само сагласношћу воља страна у облигационим односима или на основу закона.

Дужна пажња

Члан 10

(1) Стране у облигационим односима дужне су да у извршавању својих обавеза поступају са пажњом која се у правном промету

Sorgfaltspflicht

Artikel 10

(1) Die Parteien in Obligationsverhältnissen sind verpflichtet, bei der Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten mit der Sorgfalt zu handeln, die im Rechtsverkehr in entsprechender Art der Obligationsverhältnisse erforderlich ist (Sorgfalt des guten Wirtes bzw. Sorgfalt des guten Unternehmers) . (wie Abs. 1 Art. 15 d. Entw.)

(2) Die Parteien in Obligationsverhältnissen sind verpflichtet, bei der Erfüllung der Verbindlichkeiten aus ihren beruflichen Tätigkeiten mit der erhöhten Sorgfalt gemäß den Regeln des Faches und den Sitten zu handeln (Sorgfalt des guten Fachmanns) (wie Abs. 2 Art. 15 d. Entw.)

(3) Die Parteien in Obligationsverhältnissen sind verpflichtet, bei der Durchsetzung ihrer Rechte sich von den Handlungen zu enthalten, durch welche die Erfüllung der Verbindlichkeit der anderen Partei erschwert wäre. (wie Abs. 3 Art. 15 d. Entw.)

Gleiche Werte

Artikel 13

(1) Bei der Begründung und Erfüllung der zweiseitig verpflichtenden Verträge haben die Parteien den Grundsatz des gleichen Wertes der gegenseitigen Leistungen einzuhalten.

(2) Durch das Gesetz wird bestimmt, in welchen Fällen die Nichteinhaltung dieses Grundsatzes Rechtsfolgen mit sich zieht.

Entsprechende Anwendung

Artikel 14

(1) Die sich auf die Verträge beziehenden Bestimmungen dieses Gesetzes werden an alle Vertragsarten angewendet, es sei denn dass für die Unternehmensverträge ausdrücklich etwas anderes vorgesehen ist.

(2) Die sich auf die Verträge beziehenden Bestimmungen dieses Gesetzes werden auch auf andere Rechtsgeschäfte entsprechend angewendet.

Friedliche Konfliktlösung

Artikel 15

Die Parteien in Obligationsverhältnissen bemühen sich, Streitigkeiten durch Übereinstimmung, Vermittlung oder auf eine andere friedliche Art und Weise zu lösen.

* * *

Artikel 17–26

Dieser Teil des Entwurfs bezieht sich auf Statusfragen der Subjekte von Obligationsverhältnissen, wie z.B.: Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit, Volljährigkeit usw. Darüber wurde bereits eine Stellungnahme geäußert (Zif. II.2), so dass es nicht nötig ist, an dieser Stelle das gleiche zu wiederholen.

Artikel 27–37

Dieser Teil des Entwurfs mit der Überschrift *Entstehen von Schuldverhältnissen* (Kapitel 2) und weiter *Rechtsgeschäftliche Begründung von Schuldverhältnissen* (Abschnitt 1) umfasst die Materie der Geschäftsfähigkeit

захтева у одговарајућој врсти облигационих односа (пажња доброг домаћина, односно пажња доброг подузетника).

(2) Стране у облигационим односима дужне су да у извршавању обавеза из своје професионалне делатности поступају са повећаном пажњом према правилима струке и обичајима (пажња доброг стручњака).

(3) Стране у облигационим односима дужне су да се у остваривању свог права уздржавају од поступка којим би се отежало извршење обавезе друге стране.

Једнаке вредности

Члан 13

(1) У заснивању и испуњењу двострано обавезних уговора стране се придржавају начела једнаке вредности узајамних давања.

(2) Законом се одређује у којим случајевима нарушавање тога начела повлачи правне последице.

Сходна примена

Члан 14

(1) Одредбе овог закона које се односе на уговоре примењују се на све врсте уговора, осим ако за уговоре подузетништва није изричито друкчије одређено.

(2) Одредбе овог закона које се односе на уговоре сходно се примењују и на друге правне послове.

Решавање спорова на миран начин

Члан 15

Стране у облигационим односима настојаће да спорове решавају усаглашавањем, посредовањем или на други миран начин.

* * *

Чланови 17–26

Овај део Нацрта односи се на статусна питања субјеката облигационих односа, као што су: правна способност, способност поступања, пунољетство и сл. О томе је изнето мишљење (тач. II.2), па нема потребе да се на овом месту то исто понавља.

Чланови 27–37

Овај део Нацрта који носи наслов *Насијанак облигационих односа* (глава 2) и даље *Заснивање облигационих односа иуџтем иравноџ иосла* (одељак 1) обухвата материју пословне способности (дефиниција, пословна неспособност, ограничена пословна способност, специјална пословна способност, и сл.). Са изузетком неко-

(Begriffsbestimmung, Geschäftsunfähigkeit, beschränkte Geschäftsfähigkeit, spezielle Geschäftsfähigkeit usw.). Mit Ausnahme einiger Artikel (Art. 31, 32, 36, 37), die sich auf die Wirkungen der von einem Minderjährigen geschlossenen Verträge beziehen, haben alle weiteren Fragen in diesem Teil des Entwurfs den Statuscharakter, worüber bereits gesprochen wurde (Zif. II.2).

An dieser Stelle betonen wir noch einmal, dass der Vertrag als Obligationsquelle von der einseitigen Willenserklärung abzutrennen ist, und zwar im Sinne der in Art. 1 des Entwurfs festgelegten Reihenfolge der Quellen. Dann würde es nicht zur Verwicklung der Materie kommen, wie es in diesem Teil des Entwurfs der Fall ist, und das ist eine Folge des Verständnisses der rechtsgeschäftlichen Begründung von Schuldverhältnissen, was zur Vermischung der Statusfragen der Träger des Rechtsgeschäfts mit den Fragen des Vertrags und des einseitigen Rechtsgeschäfts als Arten von Rechtsgeschäften im Allgemeinen geführt hat.

Hier muß man also ganz klar sein: Unter der Überschrift *Entstehen von Schuldverhältnissen* sollte zuerst *Vertrag* und alles, was zum Vertrag gehört, geregelt werden, gemäß der Chronologie der Materie und nach der klassischen Systematik, und das sind die Fragen – Übereinstimmung der Willen, Gegenstand, Grundlage, Fähigkeit, Mängel des Willens, Vertragsform, Vertretung, Auslegung, Ungültigkeit von Verträgen (Nichtigkeit und Anfechtbarkeit), sowie einige besondere Wirkungen zweiseitiger Verträge, Vertrag zugunsten eines Dritten. Es versteht sich natürlich, dass im Rahmen dieser Einheiten noch zahlreiche mit den engeren Einheiten verbundenen Fragen bestehen. Nach den Verträgen kommen die anderen Obligationsquellen nach der Reihenfolge aus Art.1 des Entwurfs, unter denen sich auch die einseitige Erklärung als Obligationsquelle befindet.

Wir sind der Ansicht, dass diese Systematik mehr Klarheit und Genauigkeit einbringen würde, als wenn der Vertrag und die einseitige Willenserklärung unter die gemeinsame Überschrift *Rechtsgeschäfte* wie im Entwurf gestellt werden. Es ist möglich, wie bereits hervorgehoben wurde, das in einem Lehrbuch oder einer Monographie zu tun, jedoch ein Gesetz muss klar und der Quellenreihenfolge treu bleiben, die das Resultat sowohl der klassischen als auch der modernen Vision dieser Frage ist.

Artikel 38–74

Dieser Teil des Entwurfs setzt den Standpunkt über das Rechtsgeschäft als Obligationsquelle fort, so dass es auch in diesem Teil zu einer nicht sehr glücklichen Komposition verschiedener Elemente einzelner Quellen gekommen ist. Daher gilt auch für diesen Teil des Entwurfs alles, was bei dem Kommentar der Art. 27–37 sowie unter Zif. II.5 gesagt wurde.

Neben diesen allgemeinen Bemerkung hier noch einige konkrete:

Titel 2 vor Art. 38 lautet: Rechtsgeschäfte und Willenserklärungen. Die Frage ist: Was sind Rechtsgeschäfte anderes als Willenserklärungen.

Weiter wird die Definition des Rechtsgeschäfts gegeben: Ein Rechtsgeschäft entsteht durch eine oder mehrere Willenserklärungen, die auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge als gewollt gerichtet sind, und weiter: Ein einseitiges Rechtsgeschäft entsteht durch die Willenserklärung nur einer

лико чланова (чл. 31, чл. 32, чл. 36, чл. 37) који се односе на правна дејства уговора који закључи малолетник, сва остала питања у овом делу Нацрта су статусног карактера, о чему је већ било речи (тач. II.2).

На овом месту још једанпут наглашавамо да треба раздвојити уговор као извор облигације од једностране изјаве воље, а све у смислу редоследа извора утврђеног у чл. 1 Нацрта. Тада не би дошло до преплитања материје, као што је то случај у овом делу Нацрта, а то је последица схватања заснивања облигационих односа путем правног посла, што је довело до помешаности статусних питања носилаца правног посла са питањима уговора и једностраног правног посла као врстама правних послова уопште.

Дакле, овде треба бити сасвим јасан: под насловом *Насиџанак облигационих односа*, треба прво да иде *Уџовор* и све што је везано за уговор, према хронологији материје и према класичној систематици, а то су следећа питања: сагласност воља, предмет, основ, способност, мане воље, форма уговора, заступање, тумачења, неважност уговора (ништавост и рушљивост), нека посебна дејства двостраних уговора, уговор у корист трећег. Разуме се, све ово под назнаком да у оквиру ових целина постоје још бројна питања која су везана за уже целине. После уговора иду други извори облигација према редоследу из чл 1 Нацрта, међу којима се налази и једнострана изјава као извор облигације.

Сматрамо да би ова систематика унела више јасноће и прецизности, него када се уговор и једнострана изјава ставе под заједнички наслов *Правни џослови*, како то чини Нацрт. То је, како је већ истакнуто, могуће учинити у неком уџбенику или монографији, али закон овде мора бити јасан и доследан редоследу извора који је резултат и класичне и савремене визије овог питања.

Чланови 38–74

Овај део Нацрта наставља становиште о правном послу као извору облигација, па је и у овом делу дошло до, не много срећне композиције различитих елемената појединих извора. Отуда, и за овај део Нацрта важи све оно што је истакнуто код коментара чланова 27–37, као и под тац. II.5.

Међутим, поред ових општих примедба, ево и конкретних:

Наслов 2, изнад чл. 38 гласи: Правни послови и изјаве воље. Питање је: шта су правни послови него изјаве воље.

Надаље, у чл. 38 даје се дефиниција правног посла речима: правни посао настаје од једне или више изјава воље које су усмерене на постизање жељеног правног дејства; и даље: једностран правни посао настаје изјавом воље једне стране, а двострани правни

Partei, und ein mehrseitiges Rechtsgeschäft durch zwei oder mehr übereinstimmende Willenserklärungen. Es stellt sich die Frage, ob diese Definitionen notwendig sind – ausführlicher siehe Zif. II.3 unter der Überschrift Lehrbuchdefinitionen – ein tolerantes Maß.

Eigentlich kommen wir wieder auf die grundsätzliche Bemerkung zurück: Der Entwurf sollte die Überschrift *Vertrag* aufstellen, und alles sonstige, was an die einseitige Willenserklärung angrenzt, wird auf zwei Weisen geregelt: *erstens*, durch die Bestimmung in den Grundsätzen, wo gesagt wird, daß die auf Verträge bezüglichen Bestimmungen dieses Gesetzes entsprechende Anwendung auf andere Rechtsgeschäfte finden, und *zweitens*, durch die Einräumung einer besonderen Stellung für die einseitige Willenserklärung (Art. 304 ff.) als besondere Obligationsquelle nach der Reihenfolge in Art. 1 des Entwurfs.

In Art. 41, der sich dem Inhalt der Willenserklärung widmet, sind drei Absätze formuliert. Der Absatz 3 ist sprachlich kompliziert und sollte umgestaltet werden, damit er straffer wird. Wenn in Absatz 1 unter „dieser“ (*Betrifft nur die lokale Fassung, Anm.d.Üb.*) der Absender zu verstehen ist, dann sollte das auch gesagt werden, denn es kann sich auch auf den „anderen“ beziehen, der im Text unmittelbar vor dem Wort „dieser“ genannt wird. Letztendlich sollte Abs. 2 dieses Artikels, der sich auf die Interpretierung der Willenserklärung bezieht, mit Art. 93 des Entwurfs, der sich auf die Auslegung strittiger Bestimmungen bezieht, abgestimmt werden, wenn es überhaupt notwendig ist, den Art. 41 dabei zu behalten, nicht nur wegen der allgemeinen sondern auch wegen der konkreten Einwendungen.

In Art. 42 wird über das Irrtum gesprochen, und anschließend wird die Materie der formellen Verträge behandelt, dann die Materie der Wuchererträge, die Regeln der absoluten Nichtigkeit und weitere Fragen, um in Art. 68 auf Drohung und Täuschung in Art. 69 überzugehen. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Willensmängel (so auch der Zwang) nicht unter einer Überschrift umfasst wurde, wie es nicht nur üblich sondern auch praktisch vom Aspekt der leichteren Zurechtfindung im Gesetz ist.

Art. 44 mit der Überschrift *Ersatz des Vertrauensschadens* ist nicht klar genug und sollte straffer und verständlicher gemacht werden.

Die Art. 46–56 handeln von formellen Verträgen, wo auch die notarielle Form einbezogen wird, was in Ordnung ist, wenn dieses Institut durch besonderes Gesetz eingeführt ist. Die gesamte Materie der formellen Verträge sollte jedoch bei den Verträgen dargelegt werden, wo sie auch hingehört. Außerdem ist die Materie der formellen Verträge in diesem Teil ohne besondere Überschrift und Anfang oder Ende dargelegt, so daß sie einfach mit der umgebenden Materie verschmolzen ist, mit der sie fast keine Berührungspunkte aufweist.

Art. 58 sollte umgestaltet und straffer gefasst werden, ohne Verweise auf andere Artikel des Entwurfs.

Artikel 75–92

Dieser Teil des Entwurfs behandelt den Vertragsschluss, hauptsächlich die Fragen des Angebots und der Annahme des Angebots, wo keinerlei

посао усаглашеним изјавама воља двеју или више страна. Питање је да ли су ове дефиниције потребне – опширније видети тач. II.3 под насловом Уџбеничке дефиниције – толерантна мера.

У ствари, опет се враћамо на основну примедбу – Нацрт треба да постави наслов *Уговор*, а све остало што је суседно у односу на једнострану изјаву регулисано је на два начина: *прво*, одредбом у Основним начелима, где је речено да се одредбе овог закона које се односе на уговоре, сходно примењују и на друге правне послове и *друго*, давањем посебног места једностраној изјави (чл. 304 и даље) као посебном извору облигације, а према редоследу из чл. 1 Нацрта.

У члану 41 који је посвећен садржају изјаве воље, формулисана су три става. Трећи став је језички компликован и треба га преуредити да буде концизнији. У првом ставу, ако се под реч „овај“ подразумева пошиљалац, онда је то требало и рећи, јер ова заменица може се односити и на реч 192 другог“, која у формулацији текста стоји непосредно испред речи „овај“. Најзад, ст. 2 истог члана који се односи на интерпретацију дате изјаве, треба усагласити са чл. 93 Нацрта који се односи на тумачење спорних одредаба, ако је уопште потребно да остане чл. 41, не само због општих него и због конкретних примедба.

У чл. 42 говори се о заблуди, па после тога се излаже материја формалних уговора, а затим материја зеленашких уговора и правила апсолутне ништавости и друга питања, да би се у чл. 68 говорило о претњи, а о превари у чл. 69. Не види се разлог зашто све мане воље (па и принуда) нису обједињене под једним насловом, што је не само уобичајено већ и практично са становишта лакшег сналажења у закону.

Члан 44 који носи наслов *Накнада штетне настале због њовјерења*, није довољно јасан, и треба га учинити концизним и разумљивим.

Чланови 46–56 посвећени су формалним уговорима где је укључена и нотарска форма, што је у реду ако је ова установа уведена посебним законом. Међутим, цела материја формалних уговора треба да буде изложена код уговора где јој је и место. С друге стране, материја формалних уговора изложена је у овом делу без означања наслова почетка и краја, тако да се она просто стопила са другом материјом са којом нема скоро никаквих додирних тачака.

Члан 58 треба преуредити и учинити га сажетијим, без упућивања на друге чланове Нацрта.

Чланови 75–92

Овај део Нацрта посвећен је закључењу уговора, углавном питању понуде и прихвата понуде, где се не стављају никакве

Einwendungen zu äußern sind, mit Ausnahme derjenigen, die sich auf die Systematik der Materie bezieht, wovon bereits mehrfach die Rede war. Es ist nämlich logisch, dass der Teil über Vertragsschluss (Angebot und Annahme) unter der Überschrift *Vertrag* steht, nicht nur wegen irgendeiner abstrakten Reinheit, sondern auch wegen praktischer Bedürfnisse.

Was die Bestimmungen über Angebot und Annahme des Angebots angeht, ist hervorzuheben, dass diese Bestimmungen den allgemeinen Kenntnissen der Wissenschaft und Praxis in diesem Bereich entsprechen (Grundsätze des Europäischen Vertragsrechts, Gesetz über Obligationsverhältnisse). Hier sind lediglich zwei neue Bestimmungen im Entwurf, und zwar Art. 82, der sich auf die *Übersendung unbestellter Leistungen* bezieht, und Art. 92, der *Elektronische Bestellungen* betrifft. Hinsichtlich des Art. 82 gibt es keine Einwendungen, jedoch das Lob wird auch von einer rein sprachlichen Bemerkung begleitet (*Betrifft nur die lokale Fassung, Anm.d.Üb.*): In Abs. 1 soll nicht „obligationsrechtliches Verhältnis“ stehen, sondern nur „Obligationsverhältnis“, denn dieser Begriff tritt im gesamten Entwurf auf. In Absatz 2 soll hinter den Worten „...der Sache verlangen“ ein Komma stehen und kein Punkt, nur aus dem Grund des Bestrebens, dass jeder Absatz einen Gedanken darstellen soll, der nicht durch einen Punkt unterbrochen wird. Hinsichtlich des Art. 92 scheint es, dass er etwas straffer gefasst werden sollte, insbesondere stellen die Absätze 6 und 7 die Frage der Sanktion der Unzulässigkeit der Verträge für den Fall der Abweichung von den in Abs. 2 dieses Artikels vorgesehenen Voraussetzungen. Des Weiteren stellt sich die Frage, weshalb sich die elektronischen Bestellungen nur auf Unternehmer beziehen, was natürlich möglich ist, wenn die Einschätzung so lautet oder eine besondere Vorschrift über den elektronischen Geschäftsverkehr es so vorsieht.

Artikel 93–104

Dieser Teil des Entwurfs behandelt die Fragen der Auslegung von strittigen Vertragsbestimmungen (Art. 93–95), des Gegenstandes der vertraglichen Verpflichtung (Art. 96–104), der Bedingungen und deren Wirkung (Art. 105–112), der Draufgabe und des Reugeldes (Art. 112–116), der Fristberechnung (Art. 118–124).

Die Bestimmungen über die Auslegung von Verträgen (Art. 93–95) sind gut aufgestellt mit Hinblick auf das Verhältnis des subjektiven und objektiven Ansatzes der Vertragsauslegung. Diese Bestimmungen sind jedoch summarisch und decken doch nicht die gesamte Materie der Auslegung. Daher ist es erforderlich, die entsprechenden Lösungen noch einmal zu erörtern, insbesondere in den Grundsätzen des Europäischen Vertragsrechts, sowie in der Skizze, die als Grundlage für die Erarbeitung des Gesetzes über Obligationsverhältnisse diene.

In diesem Sinne hier eine Anregung, wie die Bestimmungen über die Auslegung aussehen würden:

Die Überschrift des Art. 93 würde *Auslegung von Verträgen* (also ohne die Worte „und Inhalt“ wie im Entwurf steht) lauten. Absatz 1 dieses Artikels sollte lauten: Klare Bestimmungen des Vertrages unterliegen der Auslegung nicht, sie sind so anzuwenden, wie sie lauten. In Absatz 2 sind die Worte „den durch dieses Gesetz festgelegten Grundsätzen des Obliga-

примедбе, изузев оне која се односи на систематику материје, о чему је већ више пута било речи. Наиме, логично је да део о закључењу уговора (понуда и прихват) буде испод наслова *Уговор*, не само ради неке апстрактне чистоте, већ и ради практичних потреба.

Што се тиче одредаба о понуди и прихватању понуде, треба истаћи да су те одредбе у сагласности са општим знањем науке и праксе у овом домену (Начела европског уговорног права, Закон о облигационим односима). Ту су само две нове одредбе у Нацрту, и то чл 82 који се односи на испоруку ненаручених чинидби, и чл. 92 који се односи на *наруцбе елекџронским љушем*. У погледу чл. 82 нема никаквих примедба, али похвала треба да буде пропраћена чисто језичком опаском: у ст. 1 не треба да стоји „облигационо-правни“ већ само „облигациони“ пошто тај термин фигурира у целом Нацрту. У другом ставу, после речи „враћање ствари“ треба да стоји зарез, а не тачка, само са разлога настојања да сваки став треба да представља једну мисао која није прекинута тачком. Што се тиче чл. 92, чини се да би га требало учинити концизнијим, а посебно тач. 6 и 7 које постављају питање санкције недопуштености уговора уколико је одступљено од услова предвиђених у тач. истог члана. Надаље, поставља се питање зашто се наруцбе електронским путем односе само на подузетнике, што је, разуме се, могуће ако је тако процењено или ако то предвиђа неки посебан пропис о електронском пословању.

Чланови 93–104

Овај део Нацрта посвећен је питањима тумачења спорних одредаба уговора (чл. 93–95), предмета уговорне обавезе (чл. 96–104), условима и њиховом дејству (чл. 105–112), капари и одустаници (чл. 112–116), израчунавању рока (чл. 118–124).

Одредбе о тумачењу уговора (чл. 93–95) добро су постављене с обзиром на однос субјективног и објективног приступа тумачењу уговора. Међутим, те одредбе су сумарне, и ипак не покривају целу материју тумачења. Стога, потребно је још једанпут сагледати одговарајућа решења, посебно у Начелима европског уговорног права, као и у Скици која је била подлога за израду Закона о облигационим односима.

У том смислу, ево сугестије како би изгледале одредбе о тумачењу:

Наслов члана 93 гласио би *Тумачење уговора* (дакле без речи „и садржај“ како то стоји у Нацрту). Први став овога члана треба да гласи: Јасне одредбе уговора не подлежу тумачењу, њих треба применити онако како гласе. У другом ставу треба брисати реци „начелима облигационог права утврђеним овим законом“ и, уместо

tionsrechts“ (principles of the law on obligations defined in this law) zu streichen und stattdessen mit den Worten fortsetzen: „dem Zweck, den die Vertragsparteien bei Vertragsschluss beabsichtigt haben“.

Dann soll ein neuer Artikel hinzugefügt werden, der lautet: *Die gemeinsame Absicht der Vertragsparteien wird nach dem festgestellt, was eine Partei tatsächlich erklärt hat, und wie dies von der anderen Partei nach dem Standard des regelmäßigen Geschehens im Rechtsverkehr verstanden werden sollte.*

Der zweite Absatz dieses Artikels muss sich mit der Frage beschäftigen, was geschieht, wenn die gemeinsame Absicht der Parteien nicht festgestellt werden kann. Dieser Absatz könnte lauten: *Wenn es nicht möglich ist, den gemeinsamen Willen der Vertragsparteien festzustellen, ist der Vertrag so auszulegen, wie er von vernünftigen Personen der gleichen Eigenschaft in den gleichen Umständen verstanden würde.* Eine solche Lösung wird auch durch die Grundsätze des Europäischen Vertragsrechts (Art. 5:101) und die Skizze von Prof. Konstantinovic (Art. 78) vorgehen, die dieselbe Lösung wie die Grundsätze beinhaltet, obwohl die Skizze schon 1969 entworfen wurde, also mehr als 30 Jahre vor den Grundsätzen.

Schließlich ist noch ein weiterer neuer Artikel zu formulieren, der sich auf die relevanten Umstände bei der Auslegung beziehen würde, und das sind: Umstände, in denen der Vertrag geschlossen wurde einschließlich vorheriger Verhandlungen; Verhalten der Vertragsparteien, auch nach dem Vertragsschluss; Natur und Zweck des Vertrages; Auslegung, die von den Parteien bereits auf ähnliche Bestimmungen und auf zwischen ihnen begründete Praxis angewandt wurde; Bedeutung, die den Bestimmungen und Ausdrücken in dem entsprechenden Fachbereich üblicherweise zugewiesen wird; bei der Auslegung einer Vertragsklausel ist die Gesamtheit des Vertrages zu berücksichtigen; Treu und Glauben (Art. 5:102 der Grundsätze). Anschließend würden die Art. 94 und 95 des Entwurfes kommen, zu denen keinerlei Einwendungen geäußert werden.

Art. 96 widmet sich dem Gegenstand der vertraglichen Verpflichtung. Er ist jedoch nicht durch besondere Überschrift abgetrennt, so dass er jetzt zur Materie Auslegung und Inhalt des Vertrages gehört (Titel 4, Kapitel 2).

Der nächste Art. 97 trägt die Überschrift *Nichtigkeit des Vertrages*, es sollte jedoch stehen: *Nichtigkeit des Vertrages aufgrund des Gegenstandes.*

Art. 99 spricht von unzulässigem Vertragsinhalt, es sollte jedoch um den unzulässigen Vertragsgegenstand gehen.

Hieraus geht die Frage hervor, was ist Inhalt und was Gegenstand des Vertrages bzw. der Obligation. Obwohl diese Frage theoretisch strittig ist, wird heute dennoch der Standpunkt akzeptiert, nach dem der Inhalt des Vertrages von Rechten und Pflichten (Prästation) gebildet wird, während Gegenstand all dasjenige ist, worauf sich der Vertrag bezieht, d.h. Geben (Herausgabe der Sache), Tun oder Unterlassen.

Wenn diese Lösung auf die konkrete Materie angewendet wird, dann muss der den Gegenstand der vertraglichen Verpflichtung (Art. 96 ff.) behandelnde Teil des Entwurfs klarer und bestimmter sein, und nicht dass diese beiden Kategorien eine Art von Überschneidung bilden, und das ohne

њих, наставити следећим речима: сврси коју су уговорне стране имале у виду приликом закључења уговора.

Затим, треба додати нови члан који би гласио: Заједничка намера уговорних страна утврђује се према ономе што је једна страна стварно изјавила и како је требало да друга страна ово разуме, према стандарду редовног збивања у правном промету.

Надаље, други став овог члана мора бити посвећен питању шта бива ако се не може установити заједничка намера странака. Тај став би могао да гласи: Кад није могуће утврдити заједничку намеру уговорних страна, уговор треба тумачити онако како би га схватила разумна лица истог својства у истим околностима. Овакво решење предвиђају и Начела европског уговорног права (чл. 5:101) и Скица професора Константиновића (чл. 78) која има исто решење као и Начела, мада је Скица сачињена још 1969. године, дакле, више од 30 година пре Начела.

Најзад, треба формулисати још један нови члан који би се односио на релевантне околности приликом тумачења, а то су: околности у којима је уговор закључен, укључујући и претходне преговоре; понашање уговорних страна, чак и након закључења уговора; природа и сврха уговора; тумачење које су уговорне стране већ примениле на сличне одредбе и праксу коју су међусобно успоставиле; значење које се обично придаје одредбама и изразима у одговарајућој струци; приликом тумачења неке клаузуле уговора водити рачуна о целини уговора; савесност и поштење (чл. 5:102 Начела). После овога, дошле би одредбе чл. 94 и чл. 95 Нацрта, на које се не стављају никакве примедбе.

Члан 96 посвећен је предмету уговорне обавезе. Међутим, он није раздвојен насловом, тако да сада спада под материју *Тумачења и садржаја уговора* (наслов 4, глава 2).

Следећи члан носи наслов *Нишијавосиј уговора*, а треба да стоји *Нишијавосиј уговора због предмета*.

Члан 99 говори о недопуштеном садржају уговора, а треба да говори о недопуштеном предмету уговора.

Из свега овога произлази питање шта је садржина, а шта предмет уговора односно облигације. Иако је то питање теоријски спорно, ипак се данас прихвата становиште по коме садржину уговора чине права и обавезе (престација), док је предмет све оно на шта се уговор односи, тј. давање (предаја ствари), чињење или уздржавање.

Ако се ово решење примени на конкретну материју, онда део Нацрта који говори о предмету уговорне обавезе (чл. 96 и сл.) мора бити јаснији и одређенији, а не да ове две категорије чине неку врсту преплитања, и то без неке потребе или се бар та потреба не

besonderen Grund, jedenfalls kann dieser Grund nicht aus dem Text des Entwurfs festgestellt werden. In diesem Sinne, als wollte man das Wort *Gegenstand* vermeiden, steht im folgenden Art. 100 die Überschrift *Bestimmbarkeitserfordernis*, was wiederum eine Folge der oben genannten Auffassung über das Verhältnis von Gegenstand und Inhalt des Vertrages ist. Im gleichen Ton sind auch die folgenden Art. 101–103 gestaltet.

Frage: Nach der üblichen und traditionellen Reihenfolge kommt nach dem Gegenstand der vertraglichen Verpflichtung die Materie des *Grundes der vertraglichen Verpflichtung* (*causa*), die aus dem Entwurf weggelassen wurde. Es ist erforderlich, die Gründe dafür zu erörtern, wenn man weiß, dass jede vertragliche Verpflichtung mit sich nicht nur die Frage bringt, wozu sich der Schuldner verpflichtet (*quid debetur*), sondern auch die Frage, warum er sich verpflichtet (*cur debetur*). Die Antwort auf die erste Frage gibt der Gegenstand des Vertrages, und die Antwort auf die zweite Frage gibt der Begriff des Grundes oder der *Causa*. Obwohl in der Theorie der Begriff der *Causa* lange Zeit strittig war (zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts), wird die *Causa* heute als allgemeine Voraussetzung für den Abschluss eines jeden Vertrages genommen.

Aber ohne Rücksicht auf die theoretischen Diskussionen ist eines sicher: Die *Causa* hat sehr wichtige praktische Effekte im Bereich des Vertragsrechts, bei der Frage der Zulässigkeit der *Causa*, der Nichtigkeit des Vertrages wegen der *Causa*, und schließlich die Frage der rechtlichen Wirkung des Motivs (Veranlassung) – insbesondere wenn es verboten ist – auf das Schicksal eines Vertrages. Das alles sind Gründe, die für die Akzeptanz des Grundes (*Causa*) als Voraussetzung des Entstehens und der Wirksamkeit des Vertrages sprechen.

Artikel 105–111

Dieser Teil des Entwurfes behandelt die Bedingung als Modifikation des Rechtsgeschäftes. Hier sind die allgemeinen Eigenschaften der Bedingung und ihrer Wirkung unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Arten der Bedingung wiedergegeben. Aber auch in dieser Materie spricht der Entwurf von Rechtsgeschäft, und nicht von Vertrag, worüber bereits mehrmals die Rede war (grundsätzlich in Ziff. II.5). Jedenfalls sollte man Art. 110 sowie Art. 106 nochmals unter Betrachtung nehmen.

Art. 112–162

Der Entwurf spricht in diesem Teil (Art. 112–157) über die unmittelbare und mittelbare Vertretung und anschließend über die Zustimmung zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts (Art. 158–161). Wenn es um die Vertretung geht, ist vorerst die Überdimensioniertheit dieses Teiles im Verhältnis zu den anderen Teilen des Entwurfs anzumerken. Dieser Frage wurden nämlich 33 Artikel gewidmet, was nicht wenig ist, insbesondere weil im zweiten Teil dieses Entwurfs, der die einzelnen Verträge behandelt, einige Arten benannter Verträge im Bereich der Stellvertretung geregelt werden. Dieser Teil sollte also straffer und übersichtlicher gestaltet werden, und insbesondere sind diese Artikel noch einmal unter die Lupe ihrer ursprünglichen Quellen zu nehmen, aus denen sie übernommen wurden (Grundsätze des Europäischen Vertragsrechts und Gesetz über die Obligationsverhältnisse). Das alles ist, wie es scheint, nicht hinreichend als ein einheitliches Ganzes in Einklang gebracht; so wurde z.B. aus den Grundsätzen der Begriff der *wesentlichen*

може утврдити из текста Нацрта. У том смислу, као да се хтела избећи реч предмет, па је у следећем члану (100). у наслову речено *Поїреба одредивосїи*, што је опет последица већ истакнутог мишљења о односу предмета и садржине уговора. Истим тоном прожети су и следећи чланови, 101–103.

Питање: По устаљеном и традиционалном редоследу, после предмета уговорне обавезе, долази материја *основа уговорне обавезе* (каузе), која је у Нацрту изостављена. Потребно је видети разлоге зашто је тако учињено, када се зна да свака уговорна обавеза носи са собом, не само питање на шта се дужник обавезује (*quid debetur*) него и питање зашто се обавезује (*cur debetur*). Одговор на прво питање даје предмет уговора, а одговор на друго питање даје појам основа или каузе. Иако је у теорији дуго времена био споран појам каузе (друга половина 19. века), данас се кауза узима као општи услов за закључење сваког уговора.

Али, без обзира на теоријске расправе, једно је сигурно: кауза има веома важне практичне ефекте у домену уговорног права, код питања дозвољености каузе, ништавости уговора због каузе, и најзад, питање правног дејства мотива (побуда), нарочито када је он забрањен, на судбину једног уговора. Све су то разлози који говоре у прилог прихватању основа (каузе) као услова настанка и пуноважности уговора.

Чланови 105–111

Овај део Нацрта посвећен је услову као модификацији правног посла. Ту су репродукована општа својства услова и његовог дејства с обзиром на различите врсте услова. Али, и у овој материји Нацрт говори о правном послу, а не о уговору, о чему је већ више пута било речи (начелно у тач. II.5). У сваком случају, требало би ставити под још једну оптику чл. 110, као и чл. 106.

Чланови 112–162

Нацрт у овом делу (чл. 112–157) говори о заступању непосредном и посредном, а затим о дозволи и одобрењу за закључење правног посла (чл. 158–161). Када је реч о заступању, прво треба приметити предимензионираност овог дела у односу на друге делове Нацрта. Наиме, овом питању је посвећено 33 члана, што није мало, тим пре што се у другом делу Нацрта, који је посвећен појединачним уговорима, регулишу неколико врста именованих уговора из области заступања. Дакле, цео овај део треба учинити концизнијим и прегледнијим, а посебно треба ове чланове још једанпут пропустити кроз лупу њихових изворника одакле су и преузети (Начела европског уговорног права и Закон о облигационим односима). Све то, чини се, није довољно усаглашено у јединствену целину; на пример, олако је из Начела преузет појам *бийне*

Pflichtverletzung übernommen, und zwar in der Materie der Stellvertretung und nicht bei der Frage des Rücktritts vom Vertrag wegen Nichterfüllung, wo eigentlich seine ursprüngliche Stelle ist. (Art. 8:103 der Grundsätze).

Art. 126 sieht vor, dass die Bestimmungen dieses Kapitels nur anzuwenden sind, soweit durch besondere Vorschriften nicht etwas anderes bestimmt ist. Dies ist zu präzisieren, denn es kann nicht durch eine Durchführungsvorschrift die gesetzliche Norm als höherer Rechtsakt derogiert werden. An Stelle der Worte „besondere Vorschriften“ sind also die Worte „gesetzliche Vorschriften“ einzusetzen. Der gesamte Art. 126 würde dann lauten: Die Bestimmungen dieses Kapitels finden Anwendung, soweit durch gesetzliche Vorschriften nicht etwas anderes bestimmt ist.

Was die Einwilligung und Genehmigung (Art. 158–161) betrifft, ist wieder auf die unnötige Komposition des Vertrages und des einseitigen Rechtsgeschäftes aus den bereits mehrmals erwähnten Gründen hinzuweisen. Art. 162 Abs. 2 erfordert größere Präzision.

Artikel 163–189

In diesem Teil des Entwurfes werden die Fragen des Rücktritts vom Vertrag wegen Nichterfüllung (Art. 166–178) und des Rücktritts oder der Änderung des Vertrages wegen veränderter Umstände geregelt (Art. 183–185), sowie die von keiner Seite zu vertretende Unmöglichkeit der Erfüllung (Art. 187–189). Das sind äußerst wichtige Fragen für die Praxis. Wenn es um den Rücktritt vom Vertrag wegen Nichterfüllung geht, kann festgestellt werden, dass es sich um Bestimmungen handelt, die größtenteils aus dem Gesetz über die Obligationsverhältnisse übernommen wurden, und die sowohl dem praktischen Leben als auch den Lösungen der Rechtsvergleichung in diesem Bereich entsprechen.

Eine Anmerkung: Vor Art. 166 sollte die Überschrift *Rücktritt vom Vertrag wegen Nichterfüllung* stehen, damit die Materie abgetrennt und auf deren Bedeutung hingewiesen wird.

In Art. 176 ist von der Unteilbarkeit des Rücktrittsrechtes in der Hypothese des Vorhandenseins mehrerer Personen auf der Schuldner- oder Gläubigerseite (der Entwurf sagt *Beteiligte*, die Terminologie ist wieder nicht angeglichen). Diese Lösung ist noch einmal zu prüfen, denn die Regeln sind nicht gleich bei solidarischen Obligationen und bei Obligationen mit geteilten schuldnerischen Verhältnissen.

Art. 177 sollte ebenso noch einmal betrachtet werden, denn der Rücktritt vom Vertrag und eventuelle Gegenforderungen des Schuldners aus einem anderen Rechtsverhältnis stellen zwei getrennte rechtliche Situationen dar, die in den Zusammenhang der Kompensation kommen können, aber das ist eine Frage der gesetzlichen, gerichtlichen oder vertraglichen Kompensation, und keine Voraussetzung für den Rücktritt vom Vertrag.

Die Artikel 179–182, die sich auf den Widerruf bei Verbraucherverträgen beziehen, erfordern weitere Aufmerksamkeit, insbesondere vom As-

повреде обавезе, и то у материји заступања а не код питања раскида уговора због неиспуњења где му је матично место (чл. 8:103 Начела).

Члан 126 предвиђа да се одредбе овог поглавља примењују само уколико посебним прописима није друкчије регулисано. Ово је потребно прецизирати, јер се не може подзаконским прописом дерогирати законска норма као виши правни акт. Дакле, уместо речи „посебним прописима“ треба ставити речи „законским прописима“. Тада би цео чл. 126 гласио: одредбе овог поглавља примењују се уколико законским прописима није другачије регулисано.

Што се тиче дозволе и одобрења (чл. 158–161), опет се указује на непотребну композицију уговора и једностраног правног посла, са разлога који су већ више пута истакнути, члан 162, ст 2 захтева већу прецизност.

Чланови 163–189

У овом делу Нацрт регулише питања раскида уговора због неиспуњења (чл. 166–178) и раскида или измене уговора због промењених околности (чл. 183–185), као и немогућност испуњења за коју не одговара ниједна страна (чл. 187–189). То су изузетно важна питања за праксу. Када је реч о раскиду уговора због неиспуњења, онда се може констатовати да су то одредбе које су углавном преузете из Закона о облигационим односима а које одговарају како практичном животу, тако и решењима компаративног права у овом домену.

Једна напомена: изнад чл. 166 треба да стоји наслов *Раскид уговора због неиспуњења*, да би се материја одвојила и да би се указало на њен значај.

У члану 176 говори се о недељивости права на раскид у хипотези постојања више лица на дужничкој или поверилачкој страни (Нацрт каже: *учесника*; никако да се уједначи терминологија). То решење ваља још једанпут преиспитати, јер нису иста правила ако су у питању солидарне облигације или облигације са подељеним дуговинским односима (неко их назива заједничке, за разлику од солидарних).

Такође би и чл. 177 требало још једанпут размотрити, јер раскид уговора и евентуална противтражбина дужника из неког другог правног односа, представљају две одвојене правне ситуације које могу доћи у контекст компензације, али то је питање устава законске, судске или уговорне компензације, а није услов за раскид уговора.

Чланови 179–182 који се односе на опозив код потрошачких уговора, захтевају даљу пажњу, посебно са аспекта постојања по-

pekt des Vorhandenseins besonderer Vorschriften in diesem Bereich (ist der Widerruf das gleich wie Rücktritt u.ä.).

Was den Rücktritt oder die Änderung des Vertrages wegen veränderter Umstände betrifft (Art. 183–186), muss man sagen, dass der Entwurf hier moderne Lösungen übernommen hat, die vollständig den Bedürfnissen der gerichtlichen und geschäftlichen Praxis entsprechen.

Vielleicht könnte man überlegen, dass in Art. 183 Abs. 1 anstelle der Formulierung „nach der allgemeinen Auffassung unbillig wäre“, was vom Standpunkt der gerichtlichen Anwendung dieser Vorschrift ziemlich unbestimmt ist, die Worte „wenn die Erfüllung der Verpflichtung für eine Partei übermäßig erschwert wird oder eine solche Erfüllung der Verpflichtung ihr einen übermäßigen Verlust zufügen würde“. Jedenfalls erfordern die Bestimmungen über Rücktritt oder Änderung des Vertrages wegen veränderter Umstände keine größeren Nacharbeiten.

Was die Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Erfüllung betrifft (Art. 187–189), gehören sie auch zu den Bestimmungen, zu denen keine Einwände geäußert werden können. Nur eine Anmerkung: Vor Art. 187 sollte die Überschrift *Unmöglichkeit der Erfüllung* stehen, um dieses Institut von den anderen in diesem Teil des Entwurfs abzutrennen.

Artikel 190–208

In diesem Teil des Entwurfs geht es um Verträge nach Beitritt (Formularverträge) bzw. Allgemeine Bedingungen dieser Verträge (Art. 190–197) sowie um die Vertragsübernahme (Art. 198–202) und Verträge zugunsten Dritter (Art. 203–208).

Was die Allgemeinen Bedingungen der Formularverträge betrifft, ist anzumerken, dass vor allem die Überschrift *Allgemeine Vertragsbedingungen* nicht gut ist, es sollte eigentlich *Allgemeine Bedingungen von Formularverträgen* oder noch besser *Allgemeine Bedingungen von Verträgen nach Beitritt* stehen. Wenn man nämlich *Allgemeine Vertragsbedingungen* sagt, dann ist das einerseits nicht richtig – denn die allgemeinen Bedingungen eines Vertrages sind die Übereinstimmung der Willen, die Vertragsfähigkeit, der Gegenstand und der Grund des Vertrages, und oft auch die Form des Vertrages –, und zum anderen kann es zu einem Durcheinander der Begriffe führen. Deshalb sollte in dieser äußerst bedeutenden Materie der Entwurf klar und deutlich sein, jedoch nicht nur in der Überschrift, sondern auch im Inhalt dieser Verträge.

Deshalb sollte man vielleicht in Art. 190 Abs. 1 Platz für die Worte finden: Verträge nach Beitritt (Formularverträge) sind Verträge, bei denen eine Partei im Voraus die Elemente des Vertrages durch ein allgemeines und ständiges Angebot bestimmt, und die andere Partei dem derart unterbreiteten Angebot nur beitritt.

Artikel 191 trägt die Überschrift *Einbeziehung der Allgemeinen Vertragsbedingungen in den Vertrag*, was keine besonders glückliche Formulierung ist, und deshalb sollte sie nochmals geprüft werden.

себних прописа у овој области (да ли је опозив исто што и раскид и сл.).

Што се тиче раскида или измене уговора због промењених околности (чл. 183–186), треба рећи да је Нацрт овде усвојио савремена решења која у потпуности одговарају потребама судске и пословне праксе.

Можда би се могло размишљати да се у чл. 183. ст. 1, уместо формулације „по општем мишљењу било неправично“, што је доста неодређено са становишта судске примене овог прописа, ставе речи: „када испуњење обавезе за једну страну постане претерано отежано или би јој такво испуњење обавезе нанело претерано велики губитак“. У сваком случају, одредбе о раскиду или измени уговора због промењених околности не захтевају већу дограду.

Што се тиче одредаба о немогућности испуњења (чл. 187–189), оне такође спадају у ред одредаба којима се не могу упутити примедбе. Само једна опаска: изнад чл. 187 треба да стоји наслов *Немогућности испуњења*, како би се ова установа одвојила у односу на друге из овог дела Нацрта.

Чланови 190–208

У овом делу Нацрта говори се о уговорима по приступу (формуларним уговорима) односно о општим условима ових уговора (чл. 190–197), као и преузимању уговора (чл. 198–202) и о уговорима у корист трећих лица (чл. 203–208).

Када је реч о општим условима формуларних уговора, треба приметити, пре свега, да није добар наслов који гласи *Општи услови уговора*, а треба да стоји *Општи услови формуларних уговора* или још боље *Општи услови уговора по приступу*. Јер, ако се каже *Општи услови уговора*, онда то пре свега није тачно, пошто су општи услови уговора сагласност воља, способност уговарања, предмет и основ уговора, а често и форма уговора а с друге стране, то може довести до збрке појмова. Зато, у овој изузетно значајној материји, Нацрт треба да буде концизан и јасан, али не само у називу већ и у садржини ових уговора.

Зато, можда би у ст. 1 чл. 190 требало да нађу места и речи: уговори по приступу (формуларни уговори) такви су уговори код којих једна страна унапред одређује елементе уговора преко једне опште и сталне понуде, а друга страна само приступа тако учињеној понуди.

Надаље, члан 191 носи наслов *Укључивање општих услова уговора у уговор*, што није најсрећнија формулација, па би је требало још једанпут преиспитати.

Jedoch weit ernsthafter ist die Einwendung zu Art. 194, wo die Verbote in Allgemeinen Bedingungen aufgezählt werden. Dies ist eine Liste *numeris clausus* mit 22 Punkten, die wahrscheinlich längste Beschreibung einer rechtlichen Situation im gesamten Entwurf. Das ist nicht empfehlenswert, nicht nur weil keine Norm alle möglichen Situationen aufzählend bestimmen kann, sondern weil sie auch den Text zu sehr in die Länge dehnt und macht in zu einer unübersichtlichen Liste, in der es nicht leicht ist, sich zurechtzufinden. Deshalb ist es erforderlich, durch eine Norm – eine sog. Generalklausel – diese Situationen zu umfassen, und dabei vielleicht nur *exempli causa* die Typischen nennen.

In diesem Sinne sollte die Formulierung des Art. 143 des Gesetzes über Obligationsverhältnisse benutzen, nach der: Nichtig sind Bestimmungen der Allgemeinen Bedingungen, die dem Ziel des geschlossenen Vertrages oder den guten Geschäftsgebräuchen widersprechen, auch wenn die Allgemeinen Bedingungen, die sie beinhalten, von dem zuständigen Organ genehmigt sind. Und weiter, das Gericht kann die Anwendung einzelner Bestimmungen der Allgemeinen Bedingungen ablehnen, die der anderen Partei das Widerspruchsrecht nehmen, oder aufgrund derer sie Rechte aus dem Vertrag oder Fristen verliert, oder die in sonstiger Weise unbillig oder übermäßig streng zu ihr sind.

Bei Art. 198 nur eine kleine Bemerkung: In der Überschrift steht *Übernahme des Vertrages*, und im weiteren Text *Abtretung des Vertrages*.

Bei den Verträgen zugunsten Dritter (Art. 203–208) bezieht sich die Bemerkung auf Art. 208, der präziser formuliert werden sollte.

Frage: Am Ende dieses Teils ist anzumerken, dass der Entwurf das Institut der übermäßigen Schädigung (*laesio enormis*) nicht erwähnt. Es ist richtig, dass einige Gesetzbücher dieses Institut nicht vorsehen, weil sie Wucherverträge vorgesehen haben. Wenn jedoch die Tatsache berücksichtigt wird, dass sich die Anwendungsgebiete dieser beiden Institute nicht überschneiden, ist der Standpunkt über deren parallele Existenz völlig berechtigt.

Artikel 209–277

Dieser Teil des Entwurfs umfasst das breite Gebiet der Verursachung außervertraglichen Schadens und dessen Ersatzes. Die erste Bestimmung in diesem Teil sollte eine Bestimmung über die Haftungsgrundlage (Art. 210) sein, und deshalb ist eine Inversion vorzunehmen: Zuerst kommt Art. 210, und dann Art. 209, der den Begriff des Schadens behandelt. Weiter, Art. 211 gehört nicht an diese Stelle, da er sich auf Schadensersatz bezieht. Außerdem sollte dieser Artikel präzisiert und sprachlich klarer ausgedrückt werden.

Vor Art. 214 sollte die Überschrift stehen: *Haftung aufgrund des Verschuldens*. In Art. 214 wird das Verschulden in Absicht und Fahrlässigkeit abgestuft. Es fehlen jedoch der allgemeine Begriff des Verschuldens, was für die Rechtsprechung nützlich wäre, und andererseits auch die Erklärung, warum der Entwurf die Rechtswidrigkeit als Haftungsvoraussetzung nicht vorsieht. Wenn also das Verschulden als breiter Rahmen formuliert wird, der letztendlich im Sinne eines Standards als eine Art Parameter bei der Einschätzung des Verschuldens einer Person auch objektiviert wird, dann ist Rechtswidrigkeit als Haftungsvoraussetzung nicht notwendig.

Међутим, далеко озбиљнија је примедба на чл. 194 где су таксативно набројане забране у општим условима. То је листа *numerus clausus*, са 22 тачке, у ствари, вероватно најдужи опис једне правне ситуације у целом Нацрту. То није препоручљиво, не само што ниједна норма не може таксативно да одреди све могуће ситуације, него она развлачи текст и чини га непрегледним списком у коме се није лако снаћи. Зато је потребно једном нормом тзв. генералном клаузулом обухватити све те ситуације, а при томе, могуће је само *exempli causa* поменути најтипичније.

У том смислу, треба искористити и формулацију чл. 143 Закона о облигационим односима, према којој: ништаве су одредбе општих услова које су противне самом циљу закљученог уговора или добрим пословним обичајима, чак и ако су општи услови који их садрже одобрени од надлежног органа. И даље, суд може одбити примену појединих одредаба општих услова које лишавају другу страну права да стави приговоре, или оних на основу којих она губи права из уговора или губи рокове, или које су иначе неправичне или претерано строге према њој.

Код одредбе чл. 198 само једна мала опаска: у наслову стоји *Преузимање уговора*, а у даљем тексту стоји *Усјућање уговора*.

Код уговора у корист трећих лица (чл. 203–208), опаска се односи на чл. 208, који би требало прецизније формулисати.

Питање: На крају овог дела треба приметити да Нацрт не помиње установу прекомерног оштећења (*laesio enormis*). Тачно је да неки Законници не предвиђају ову установу, због тога што предвиђају зеленашке уговоре. Међутим, ако се узме у обзир чињеница да се поља примене ове две установе не поклапају, онда је сасвим оправдано гледиште о њиховом паралелном постојању.

Чланови 209–277

Овај део Нацрта обухвата широку област проузроковања вануговорне штете и њене накнаде. Прва одредба у овом делу требало би да буде одредба о основима одговорности (чл. 210) и зато треба извршити инверзију: прво долази чл. 210 па онда чл. 209 који је посвећен појму штете. Надаље, члану 211 није место овде, пошто се он односи на накнаду штете. Иначе, тај члан треба прецизирати и језички боље изразити.

Изнад чл. 214 треба да стоји наслов: *Одговорности по основу кривице*. У члану 214 извршено је степеновање кривице на намеру и непажњу. Међутим, недостаје општи појам кривице, што би било корисно за судску праксу, а с друге стране, представљало би и објашњење зашто Нацрт не предвиђа противправност као услов одговорности. Ако се, дакле, кривица формулише у широком оквиру који се у крајњој линији и објективизује у смислу стандарда као неке врсте параметра за процену кривице једног лица, онда противправност није потребна као услов одговорности.

So könnte der Entwurf von der Skizze (Art. 127) Gebrauch machen und die Formulierung berücksichtigen: Bei der Einschätzung, ob die Person, die den Schaden verursacht hat, schuld ist oder nicht, d.h. ob sie sich so verhalten hat, wie sie sollte, hat das Gericht den ordentlichen Verlauf der Dinge und das, was von einem vernünftigen und aufmerksamen Menschen unter den gegebenen Umständen begründeterweise zu erwarten wäre, zu berücksichtigen. Schuld ist also derjenige, der sich so verhalten hat, wie er sich unter den gegebenen Umständen nicht hatte verhalten sollen, und dabei die Deliktsfähigkeit besessen hat. Aufgrund dieser Formulierungen könnte man zu einer akzeptablen Definition des Verschuldens kommen, die in dem Entwurf ihren Platz finden sollte.

In der Überschrift des Art. 215 sollte stehen *Schadenshaftung nicht haftender Personen*. Artikel 225 könnte vielleicht sprachlich etwas besser formuliert sein, und dieser Artikel sollte auch die Frage des Regresses lösen.

Was die Haftung des Herstellers für mangelhafte Produkte betrifft (Art. 235–242), ist zu sagen, dass diese Haftung detailliert geregelt ist, was auch notwendig ist im Hinblick auf die Aktualität und den Umfang solcher Schäden in den modernen Bedingungen der technischen Entwicklung. Der Entwurf sollte hier jedoch energischer den Standpunkt vertreten, dass es sich hier um objektive Haftung handelt, und dass der Hersteller der mangelhaften Sache nur im Falle der höheren Gewalt, des Verschuldens des Geschädigten und des Verschuldens eines Dritten (Art. 213) von der Haftung befreit werden kann. In diesem Falle sollten vielleicht nicht alle Situationen aufgezählt werden, die den Hersteller exkulpieren (Art. 235). Bei Art. 243, in dem es um die Haftung für Werbung geht, sollte die Aufzählungsliste vielleicht durch eine allgemeinere Formel ersetzt werden.

Artikel 278–336

In diesem Teil bearbeitet der Entwurf den Erwerb ohne rechtlichen Grund – *conditio sine causa* (Art. 278–294), Geschäftsführung ohne Auftrag – *negotiorum gestio* (Art. 296–303), einseitige Rechtsgeschäfte (Art. 304–336).

Was die Bestimmungen über den Erwerb ohne Grund betrifft, ist anzumerken, dass der Begriff dieser Obligationsquelle auf lapidare Weise formuliert ist, vielleicht sind jedoch die charakteristischen Merkmale dieses Instituts nicht hinreichend hervorgehoben. Diese Merkmale sind: Vergrößerung des Vermögens einer Person auf Rechnung des Vermögens einer anderen Person, und zwar ohne rechtlichen Grund. Vielleicht könnten diese Worte ihren Platz in der Definition in Art. 278 finden.

Art. 279 Abs. 4 sieht vor, dass keine Herausgabe in der Erfüllung einer verjährten Verpflichtung gefordert werden kann. Das ist völlig richtig, nur das gleich wird in Art. 464 und auch in Art. 7 Abs. 1 und 2 Zif. a. gesagt.

Art. 281 sollte sprachlich besser formuliert werden, denn er spricht über den Erwerb ohne Grund wegen nicht zustande gekommenem Grunde (*condictio ob causam futuram*).

Тако, користећи се Скицом (чл. 127), могао би и Нацрт да узме у обзир формулацију: при просуђивању да ли је лице које је штету проузроковало криво или не, тј. да ли се понашало како је требало, суд води рачуна о редовном току ствари и о томе шта се од разумног и пажљивог човека могло основано очекивати у датим околностима. Дакле, крив је онај ко се понашао онако како није требало да се понаша при датим околностима, а при томе је поседовао деликтну способност. На основу ових формулација могло би се доћи до једне прихватљиве дефиниције кривице која би требало да нађе место у Нацрту.

Надаље, у наслову чл. 215 треба да стоји *Одговорности шийе-ије неогговорних лица*. Члан 225 можда би језички могао бити боље формулисан, а тај члан би требало да реши и питање регреса.

Што се тиче одговорности произвођача за неисправне производе (чл. 235–242), треба рећи да је та одговорност детаљно регулисана, што је и потребно с обзиром на актуелност и обимност таквих штета у савременим условима техничког развоја. Међутим, Нацрт би овде требало енергичније да заступа становиште да је ту реч о објективној одговорности, и да се произвођач ствари са недостатком може ослободити одговорности само у случају више силе, кривице оштећеника и кривице трећег лица (чл. 213). У том случају, можда не би требало набрајати све ситуације које екскулпирају произвођача (чл. 235). Надаље, код чл. 243 који говори о одговорности за рекламу, можда би листу набрајања требало изразити неком општијом формулом.

Чланови 278–336

У овом делу Нацрт обрађује стицање без основа – *conditione sine causa* (чл. 278–294), пословодство без налога – *negotiorum gestio* (чл. 296–303), једностране правне послове (чл. 304–336).

Што се тиче одредаба којима се регулише стицање без основа, треба приметити да је појам овог извора облигација формулисан на лапидаран начин, али можда нису довољно истакнута карактеристична обележја ове установе. Та обележја су: увећање имовине једног лица на рачун имовине другог лица, а све то без правног основа. Можда би ове речи могле да нађу места у дефиницији чл. 278.

Надаље, у чл. 279, ст. 4 предвиђено је да се не може захтевати поврат у испуњавању застареле обавезе. То је сасвим тачно, али то исто се каже и у чл. 464, и у чл. 7 ст 1 и ст. 2 под а.

Члан 281 можда би језички требало боље формулисати, јер он говори о стицању без основа с обзиром на основ који се није остварио (*condictio ob causam futuram*).

In Art. 283 sollte das Wort „aufgedrängt“ vielleicht durch ein anderes Wort ersetzt werden. Die Art. 285–293 sollten noch einmal betrachtet werden im Sinne der sprachlichen Formulierung und der rechtlichen Präzision.

Artikel 337–572

Der Entwurf regelt in diesem Teil die allgemeinen Wirkungen der Verpflichtungen und den Schadensersatz im Falle der Beendigung der Verpflichtung. In diesem Rahmen ist auch die Vertragsstrafe (Art. 337–356), die Anfechtung der Rechtshandlungen des Schuldners – Paulianische Klage und Zurückbehaltungsrecht – *ius retentionis* (Art. 357–366), die Beendigung der Verpflichtungen (Art. 367–490), verschiedene Arten der Verpflichtungen (Art. 491–550) und schließlich der Gläubiger- und Schuldnerwechsel (Art. 551–572) geregelt.

Art. 339 könnte sprachlich besser formuliert werden. Es ist auch Art. 225 zu berücksichtigen, wo es um die Haftung für Dritte geht.

In Art. 340 sollte man in der Überschrift ein passenderes Wort für „Herausgabe“ finden (*betrifft nur lokale Fassung, Anm.d.Üb.*).

In Art. 363 anstelle des Wortes „Besitz“ das Wort „Halten“ einfügen.

Nach Art. 366 sollte ein neuer Abschnitt eingefügt werden, der den Gläubigerrechten in einigen besonderen Fällen gewidmet wäre (Art. 290–294 des Gesetzes über Obligationsverhältnisse), welche folgende Fragen umfassen: Wenn die Verpflichtung aus der Leistung von nach Gattung bestimmten Sachen besteht (generische Sachen); wenn die Verpflichtung aus einem Tun besteht; wenn die Verpflichtung aus einem Unterlassen besteht; das Recht, Ersatz anstatt des Zugesprochenen zu verlangen; gerichtliche Strafen. Wie zu sehen ist, sind das bedeutende Fragen in diesem Teil, so dass es keinen Grund gibt, sie aus dem Entwurf auszulassen.

In Art. 372, der von der gesetzlichen Subrogation handelt, sollte Absatz 2 weggelassen oder eventuell klarer formuliert werden.

Art. 378, der sich der Frage der Erfüllung der Obligation gegenüber einem Geschäftsunfähigen oder einem beschränkt Geschäftsfähigen widmet, regelt diese Frage ausschließlich in der Hypothese des gesetzlichen Vertreters und seiner Annahme der Erfüllung. Es stellt sich jedoch die Frage, was geschieht wenn der Gläubiger die Verpflichtung erfüllt hat, d.h. er hat dem Geschäftsunfähigen eine Sache übergeben und sie befindet sich in seinem Besitz, oder er hat ein Tun vorgenommen, das für den Geschäftsunfähigen nützlich war, ohne jegliche Lasten für den Geschäftsunfähigen. Diese Situation wird durch Art. 378 nicht vorgesehen, so dass es vielleicht nützlich wäre, auch diese Situation zu regeln (in diesem Sinne Art. 306 des Gesetzes über Obligationsverhältnisse).

Artikel 403 ist dem Schuldnerverzug gewidmet. Die ersten zwei Absätze reichen völlig aus für die Formulierung dieser Materie. Denn, wenn man in Abs. 1 sagt: Der Schuldner kommt in Verzug, wenn er seine Verpflichtung nicht in der für die Erfüllung gegebenen Frist erfüllt, und in Abs. 2 das präzisiert wird, was sollte dann auch Abs. 3 bedeuten, welcher

Надаље, у чл. 283 реч „наметнуто“ би можда требало заменити неком другом речи. Чланове 285–293 требало би још једанпут погледати у смислу језичке формулације и правне прецизности.

Чланови 337–572

У овом делу Нацрт регулише општа дејства обавеза и накнаду штете у случају повреде обавеза. У том склопу је и уговорна казна (чл. 337–356), побијање дужникових правних радњи – паулијанска тужба и право задржавања – *ius retentionis* (чл. 357–366), а онда престанак обавеза (чл. 367–490), различите врсте обавеза (чл. 491–550) и најзад, промена повериоца и дужника (чл. 551–572).

Члан 339 би могао бити боље језички формулисати. Потребно је имати у виду и чл. 225 где се такође говори о одговорности за трећа лица.

У члану 340 у наслову, уместо „изручења“ наћи адекватну реч.

У члану 363 уместо речи „посједу“ треба ставити реч „придржању“.

После члана 366 требало би увести нови одељак који би био посвећен повериочевим правима у неким посебним случајевима (чл. 290–294 Закона о облигационим односима) који обухватају питања: кад се обавеза састоји у давању ствари одређених по роду (генеричне ствари); кад се обавеза састоји у чињењу; кад се обавеза састоји у нечињењу; право на захтев накнаде уместо досуђеног; судски пенали. Као што се види, то су значајна питања у овом делу, па нема разлога да у Нацрту буду изостављена.

У члану 372 који је посвећен законској суброгацији, треба изоставити ст. 2 или га евентуално јасније формулисати.

Члан 378 који је посвећен питању испуњења облигације пословно неспособном или ограничено способном лицу, регулише то питање искључиво у хипотези законског заступника и његовог прихватања испуњења. Међутим, поставља се питање шта бива у случају да је поверилац испунио обавезу, тј. предао ствар пословно неспособном лицу и она се налази у његовој државини, или је извршио неко чињење које је било корисно за пословно неспособног без икаквог терета за пословно неспособно лице? Ту ситуацију не предвиђа чл. 378, па би можда било корисно и њу регулисати (у том смислу чл. 306. Закона о облигационим односима).

Члан 403 посвећење доцњи дужника. Прва два става су потпуно довољна за формулисање ове материје. Јер, ако се у ст. 1 каже: дужник долази у доцњу кад не испуни обавезу у року одређеном за испуњење, а у ст. 2 се то прецизира, шта би онда значило и ст. 3 који каже да дужник долази у доцњу ако дефинитивно и

besagt, dass der Schuldner in Verzug kommt, wenn er die Leistung endgültig und ernsthaft verweigert. Vor allem, was bedeutet „endgültig und ernsthaft“, wenn das in Abs. 1 und 2 vorgesehen ist. Andererseits ist in Anbetracht des bereits Gesagten die detaillierte Ausführung in Abs. 4 nicht nötig. In diesem Sinne stellt sich aus denselben Gründen die Frage der Rechtfertigung des Art. 404.

Artikel 406 behandelt den Gläubigerverzug. Wenn bei dem Schuldnerverzug die Überschrift lautet „Wann kommt der Schuldner in Verzug“ (Anm. d. Übers. – in lokaler Sprache), *dann sollte bei dem Gläubigerverzug die Artikelüberschrift lauten „Wann kommt der Gläubiger in Verzug“*. In Art. 406 soll noch hinzugefügt werden: *„...oder wenn er sie durch sein Verhalten verhindert*.

Artikel 407–417 sollten noch einmal minutiös erörtert werden.

Artikel 427 sollte noch einmal vom Standpunkt der Definition der Kompensation (Aufrechnung) als Sammelbegriff für alle Kompensationsarten (gesetzliche, vertragliche, gerichtliche) angeschaut werden.

Artikel 432 erfordert weitere Diskussion, insbesondere vom Standpunkt der Erhebung der Einrede der anderen Seite in der Hypothese einzelner Kompensationsarten.

Artikel 440 bedarf ebenfalls weiterer Diskussion. Das gleiche gilt auch für die Art. 453 und 453 a.

Kapitel 5 hat den Titel „Verschiedene Arten von Verpflichtungen in Obligationsverhältnissen (wahrscheinlich könnte man die Worte „in Obligationsverhältnissen“ auslassen). Unter diesem Titel werden die Kosten, Befreiungen, Wegnahmen (Abschnitt 1), Rechnungslegung, Bestandsverzeichnis (Abschnitt 2), Stellung der Sicherheiten (Abschnitt 3) ausgeführt. Es stellt sich die Frage, ob diese Materie hierher gehört. Vielleicht sollte man diese Bestimmungen noch einmal diskutieren.

Was die verschiedenen Arten von Verpflichtungen wie Geldverpflichtungen, alternative und fakultative, solidarische Verpflichtungen (passive und aktive Solidarität) betrifft, wurden da klassische Regeln reproduziert, wo man keine Einwendungen haben kann, wobei Art. 534 vielleicht noch einmal angeschaut werden sollte, insbesondere vom Standpunkt der Lösungen in der Rechtsvergleichung. Das gleiche gilt für Art. 554.

III. ALLGEMEINE SCHLUSSFOLGERUNG

Insgesamt betrachtet stellt der Entwurf eine vorzügliche Grundlage für die weitere Arbeit an seiner Vervollkommnung damit er die hohe Qualität der berühmten Kodifikationen des Obligationsrechts in der modernen Welt erreichen kann. Er hat die Gelegenheit und erweckt eine gerechtfertigte Hoffnung, dass es auch sein wird. Denn die großen Kodifikationen des Rechts im Bereich der Obligationen hören nie auf zu leben. Sie können mit der Zeit, durch Anwendung der staatlichen Macht, außer Kraft gesetzt werden, aber nie außer Kraft des wissenschaftlichen Universums. Und deshalb stellt der große Dichter fest, dass die Gesetze wie eine ewige Krankheit vererbt und

озбиљно одбија испуњење обавеза? Пре свега, шта значи „дефинитивно и озбиљно“, када је то све предвиђено у ст. 1 и ст. 2? Према томе, и детаљисање у ст. 4 није потребно.. У том смислу, поставља се питање оправданости и чл. 404.

Члан 406 посвећен је поверилачкој доцњи. Ако је код дужничке доцње наслов гласио „Кад дужник долази у доцњу“, онда би и код поверилачке доцње требало да стоји наслов: „Кад поверилац долази у доцњу“. У члану 406 треба додати: „или га својим понашањем спречи.“

Чланове 408–417 требало би још једанпут преиспитати уз минуциозну пажњу.

Члан 427 требало би још једном погледати са гледишта дефинисања компензације као збирног појма за све врсте компензације (законска, уговорна, судска).

Члан 432 захтева даљу дискусију, посебно са становишта истицања приговора друге стране у хипотези појединих врста компензације.

Члан 440 такође захтева даљу дискусију; исто важи и за чл. 453 и 453а.

Глава 5 носи наслов *Различите врсте обавеза у облигационим односима* (вероватно би могле изостати речи „у облигационим односима“). Под тим насловом излажу се трошкови, ослобађања, одстрањивање (одељак 1), полагање рачуна, попис стања (одељак 2), давање обезбеђења (одељак 3). Поставља се питање да ли је овој материји овде место. Можда би и ове одредбе могле још једанпут да буду предмет дискусије.

Што се тиче разних врста обавеза, као што су новчане обавезе, алтернативне и факултативне, солидарне обавезе (пасивна и активна солидарност), ту су репродукована класична правила где се не могу ставити никакве примедбе, с тим што би чл. 534 можда могло још једанпут погледати, а посебно са становишта решења у упоредном праву. То исто важи и за чл. 554.

IV. ОПШТИ ЗАКЉУЧАК

Свеукупно посматрано, Нацрт представља одличну основу за даљи рад на његовом усавршавању како би достигао високе квалитете познатих кодификација облигационог права у савременом свету. На њему лежи и прилика и основана нада да ће тако и бити. Јер, велике кодификације права на пољу облигација никада не престају да живе. Временом, употребом државне власти, оне могу бити стављене ван правне снаге, али ван снаге научног универзума – никада. И зато, велики песник утврђује да се закони као болест

von einer auf die andere Generation übertragen und vom Ort zum Ort leise verbreitet werden. Dieser Entwurf stellt sicherlich eine neue „Generation“ dar, welche das Reichum der Rechtsgemeinschaft erweitern soll. An uns allen lastet diese heilige Pflicht, es Wirklichkeit werden zu lassen.

Der Autor dieses Gutachtens empfindet große Achtung seinen Kollegen gegenüber, den Schöpfern des Entwurfes, und ist überzeugt, dass hier vorgetragene Einwendungen, obwohl sie die Frucht des guten Willens sind, eine relative Bedeutung haben. Lediglich die Kraft der besseren Argumente kann entscheiden, welche konkrete Lösung angenommen werden wird. Dieses Merkmal der gemeinsamen Arbeit an diesem Entwurf wird seine Legitimität vor der juristischen und der breiteren Öffentlichkeit sowie vor der Wissenschaft als organisiertem und wahrheitsstrebendem Zweifel darstellen, im Gegensatz zu jeder Art des Dogmas, das die Pracht des Rechts, die Kultur des Verstandes und die Breite der Gerechtigkeit verschließt.

Slobodan Perović*

GUTACHTERLICHE STELLUNGNAHME ZUM ENTWURF DES OBLIGATIONENGESETZES DER FÖDERATION BOSNIEN-HERZEGOWINA & REPUBLIK SRPSKA, BUCH I., ALLGEMEINER TEIL, MIT STAND VOM 28.1.2003.

Professor Slobodan Perović wurde mit der Aufgabe betraut, eine gutachterliche Stellungnahme zum Entwurf des Gesetzes über Arbeitsverhältnisse der Republik Srpska und der Föderation Bosnien-Herzegowina mit Stand vom 28. Januar 2003 abzugeben. Der besagte Entwurf wurde in Form von vorläufigen Arbeitsunterlagen zur Ausarbeitung des Obligationengesetzes veröffentlicht, welche zuvor von einer seitens des Justizministeriums der Republik Srpska, einerseits, und der Föderation Bosnien-Herzegowinas, andererseits, eingerichteten Arbeitsgruppe in Zusammenarbeit mit der deutschen Gesellschaft für technische Zusammenarbeit erarbeitet worden waren. Die Arbeitsunterlagen hatten einen Text von Dr. Helmut Rüßmann, Professor der Rechtswissenschaft aus Saarbrücken, zur Grundlage. Das Gutachten umfasst zunächst einleitende Anmerkungen, in welchen Vergleiche angestellt werden zwischen dem Entwurf und dem Obligationengesetz aus dem Jahre 1978, welches, mit unwesentlichen Änderungen, in sämtlichen jugoslawischen Ex-Republiken immer noch in Kraft ist, mit der berühmten Skizze zum Obligationengesetzbuch und dem Vertragsrecht des Belgrader Professors Mihailo Konstantinovic (1969), mit den Prinzipien des europäischen Rechts (erstellt durch die Ole Lando-Kommission (1998) und mit

* Dr. Slobodan Perović, Mitglied der Akademien der Wissenschaften und Künste von Montenegro und Slowenien, ordentlicher Universitätsprofessor.

вечита наслеђују, од колена до колена потежу, од места ка месту тихо се протежу. Засигурно, овај Нацрт представља једно ново колена које треба да увелича богатство правне заједнице. На свима нама је света дужност да тако и буде.

Аутор овог стручног мишљења има дужно поштовање према својим Колегама, творцима Нацрта, и убеђење да овде изнете примедбе, иако су плод добре воље, имају релативно значење. Само снага бољег аргумента може одлучити које ће конкретно решење бити усвојено. То обележје заједничког рада на овом нацрту представљаће његов легитимитет пред правничком и широм јавношћу и пред науком као организованом и истинољубивом сумњом, насупрот свакој врсти догме која затвара раскош права, културу разума и ширину правде.

Slobodan Perović*

AN EXPERT'S OPINION ON THE DRAFT LAW ON
OBLIGATIONS OF THE REPUBLIC OF SRPSKA/FEDERATION
OF BOSNIA AND HERZEGOVINA, VOLUME 1, GENERAL
PART, SITUATION ON JAN. 28, 2003.

Summary

Professor Perović was entrusted with the task of giving his expert opinion on the Draft Law on Obligations of the Republic of Srpska/Federation of Bosnia and Herzegovina. The Draft was published as a preliminary document in preparation for the new Law on Obligations. A working group from the justice ministries of the Republic of Srpska and the Federation of Bosnia and Herzegovina prepared it in cooperation with the German GTZ organisation, based on the text written by Dr. Helmut Riessman from the Faculty of Law in Saarbrücken. The expert opinion consists of introductory remarks, in which the Draft has been compared with the 1978 Code of Obligations, which, with minor amendments, is still in effect in the former Yugoslav republics, with the famous 1969 Outline for the Code of Obligations and Contracts by our late Professor Mihailo Konstantinović, with the Principles of European Contract Law (The Professor Ole Lando Commission, 1998), the United Nations Conventions that refer to obligations, and with the achievements of legal theory in the domain of obligations. It also pays close attention to the needs of the everyday life and the tradition, language and usages of the people for whom the Law is to be made.

* Dr. Slobodan Perović, University Professor, Academician.

zahlreichen Konventionen der Organisation der Vereinten Nationen und deren Organen, die sich auf Obligationen beziehen, wobei diese Vergleiche häufig zu Lasten des Entwurfes gingen.

Schlüsselbegriffe: *Gesetzesentwurf. – Obligation. – allgemeiner Teil des Obligationenrechts. – Vertrag. – Schadensverursachung.*

Furthermore, it offers critical observations concerning the Draft, referring in particular to contracts.

The first remark refers to the prolixity of the General Part of the Draft, which contains a great many questions that do not strictly fall within the domain of the Law on Obligations. Similarly, Professor Perović criticised the extensive use of textbook definitions and numerous extra-legal criteria in the Draft. He remarked on the ponderous style and unwieldy language, especially when comparing it to the elegant and clear-cut style and language used by Professor Konstantinović, the father of the 1978 Code of Obligations. This was particularly evident in the sharp contrast between the sections of the Draft containing extracts from the existing Law on Obligations, and the new, inserted sections, with their totally different style and language. The expert recommended an entirely different systematisation that would comprise the following sections: Obligation, Sources, Parties in Obligation, Good Faith and Fair Dealing, Autonomy of Will, The Prohibition of the Abuse of Rights, Torts, The Duty to Fulfill Obligations, Due Diligence, The Principle of Equality, and Mediation.

As for specific comments, he analyses the formation of contracts, the interpretation of contracts, representation and agencies, permission and approval for the conclusion of contracts, termination of contracts for default, revision of contracts due to changed circumstances, and contracts of adhesion. He made the same observations in the domain of torts, particularly with regard to types of responsibility and cases of liability. Finally, he reviewed liquidated damages, termination of obligations, different kinds of obligations and changes in the role of creditor and debtor.

Key words: *Law on Obligations. – Draft Law on Obligations. – Republic of Srpska. – Federation of Bosnia and Herzegovina. – Contracts.*

Slobodan Perović*

OPINION D'EXPERT SUR L'AVANT-PROJET DE LA LOI SUR
LES RAPPORTS D'OBLIGATION DE LA REPUBLIQUE
SERBE/FEDERATION BOSNIE ET HERZEGOVINE, VOLUME I –
PARTIE GENERALE, ETAT DU TEXTE AU 28 JANVIER 2003

Résumé

Le professeur Perovic a été chargé d'émettre une opinion d'expert sur l'avant-projet de la loi sur les rapports d'obligations de la République serbe

* Slobodan Perovic, membre de l'Académie des Sciences et des Arts de Slovénie et du Monténégro.

et de la Fédération Bosnie et Herzégovine en état du texte au 28 janvier 2003. L'avant-projet a été publié comme document de travail pour l'élaboration de la loi sur les rapports d'obligations préparé par un groupe de travail chargé par les Ministères de la justice de la République serbe d'une part et de la Fédération de Bosnie et Herzégovine d'autre part en coopération avec l'organisation allemande GTZ. Il est à noter que c'est le professeur Helmut Rüssmann de Sarrebruck qui a préparé le premier texte de l'avant-projet pour ce groupe de travail.

L'opinion d'expert comporte d'abord l'examen de certaines questions de principes concernant l'élaboration d'une loi sur les obligations et ensuite contient des observations critiques fondées sur une argumentation scientifique et systématique. Et dans ce cadre, il a comparé l'Avant-projet à la loi sur les rapports d'obligations (1978) qui a été en vigueur dans l'ex Yougoslavie, à l'Esquisse pour un Code des obligations et des contrats du Professeur Mihailo Konstantinovitch (1969) aux Principes du droit contractuel européen (la commission du professeur Ole Lando de 1998 et aux nombreuses conventions des Nations Unies et de ses organes se rapportant à la matière des Obligations, et ce, souvent aux dépends de l'Avant-projet.

Dans la première partie, l'auteur a examiné les questions concernant l'ampleur souhaitable d'une loi sur les obligations (étant donné que l'avant-projet contenait 1.441 articles), le problème des domaines avoisinants ou certaines matières ne touchant pas aux obligations sont traitées, l'usage démesuré des définitions à la manière des traités de droit civil, l'abondance des critères extra judiciaires, le principe de la réglementation uniforme de tous les sujets de droit dans les rapports d'obligation, la classification des sources d'obligations et la question du style et de la langue utilisée.

L'auteur a notamment proposé une systématisation différente des principes fondamentaux dans l'introduction de l'avant-projet ainsi comme suit: la notion d'obligation, les sources, les parties dans l'obligation, la bonne foi, l'autonomie de la volonté, les bonnes moeurs, l'interdiction de l'abus de droit, les délits, l'exécution de l'obligation, la diligence due dans l'obligation, le principe de l'équivalence, la solution des litiges à l'amiable. En ce qui concerne les observations critiques sur certains articles elles se rapportent surtout aux clauses consacrées à la formation du contrat, l'interprétation du contrat, sa modification, la représentation et la procuration, la rescision du contrat pour l'inexécution du contrat, la théorie de l'imprévision, les contrats d'adhésion ainsi que les observations critiques concernant la responsabilité civile ainsi que la réparation du préjudice. L'opinion d'expert s'achève par les remarques sur l'enrichissement sans cause, les effets des obligations et des modalités de transmission de la créance et de la dette.

Mots clés: *Avant-projet. – Loi sur les Obligations.– Obligations. – Contrat. – Responsabilité civile.*