

**Skript zur Vorlesung
Internationales Privates Wirtschaftsrecht
(Sommersemester 2018)**

von

Dr. Michael Beurskens,
LL.M. (Gewerblicher Rechtsschutz),
LL.M. (University of Chicago),
Attorney at Law (New York)

Professor an der Universität Passau

Inhaltsverzeichnis	
Inhaltsverzeichnis.....	ii
Abkürzungsverzeichnis.....	v
Literaturverzeichnis	vii
1. Kapitel Begriff und Bedeutung des Internationalen Privaten Wirtschaftsrechts.....	viii
I. Begriff	8
1. Internationales Recht.....	8
a) Internationales Privatrecht.....	9
b) Internationales Zivilverfahrensrecht.....	10
c) Einheitsrecht, insb. staatsvertragliche Pflichten	10
d) Europarecht: Primär- und Sekundärrecht	11
e) Internationale Handelsbräuche, Lex Mercatoria und Kautelarpraxis.....	12
f) Internationale Organisationen.....	13
2. Wirtschaftsrecht.....	15
3. Privates Recht.....	18
II. Internationales Privates Wirtschaftsrecht als Herausforderung.....	19
1. Globalisierung und Globalisierungskritik	19
2. Zusatzaufwand	20
3. Lösungsmöglichkeiten.....	21
a) Staatliche Maßnahmen.....	22
b) Maßnahmen der Marktteilnehmer selbst	23
III. Der Wettbewerb der Rechtsordnungen	24
1. Wettbewerb und Qualitätsmessung	24
a) Wettbewerbsparameter	25
b) Faktische Hindernisse	29
c) Der EU-Binnenmarkt als Lösung?	30
2. Interessengruppen	31
a) Staaten.....	32
b) Gläubiger	34
c) Investoren und Manager	35
d) Unternehmensgründer.....	36
3. Rechtsvereinheitlichung als Alternative?.....	37
2. Kapitel Chancen und Schwierigkeiten von Einheitsrecht und Modellgesetzen	41

Inhaltsverzeichnis

I. UN-Kaufrecht	41
1. Geschichte des UN-Kaufrechts	41
2. Zentrale Inhalte	45
a) Anwendungsbereich	46
b) Auslegung	47
c) Einzelfragen (Beispiele).....	47
3. Vorbildfunktion.....	50
II. Wertpapierrecht	51
1. Begriff und Bedeutung	51
2. Inhalt	52
a) Wechsel	52
b) Scheck.....	54
3. Wirkung.....	55
III. Transportrecht	56
1. Begriff und Bedeutung	56
2. Inhalt	57
3. Vorbildfunktion.....	58
IV. Modellgesetze.....	59
3. Kapitel Soft Law als Lösung?	61
I. Lex Mercatoria	61
II. Incoterms®	63
1. Begriff.....	63
2. Inhalt	63
3. Wirkungen	66
III. Codes of Conduct.....	66
1. Begriff.....	66
2. Inhalt	67
3. Wirkungen	68
IV. UNIDROIT-Principles.....	70
1. Begriff und Bedeutung	70
2. Inhalt	73
3. PECL und Gemeinsames Europäisches Kaufrecht	75
V. Sonstige	77
4. Kapitel Internationales Gesellschaftsrecht.....	80
5. Kapitel Internationales Immaterialgüterrecht.....	81

Inhaltsverzeichnis

6. Kapitel Internationales Wettbewerbs- und Kartellrecht.....	82
Schlagwortverzeichnis.....	83

Abkürzungsverzeichnis

AT	Allgemeiner Teil
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
Ges.	Gesetz, gesetzlich
HS	Halbsatz
i.d.R.	in der Regel
Rg.	Rechtsgeschäft, rechtsgeschäftlich
S.	Seite
s.	siehe
SchV	Schuldverhältnis
u.a.	unter anderem
z.B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung
Abs.	Absatz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

Abkürzungsverzeichnis

AcP Archiv für die civilistische Praxis

FS Festschrift

Aufl. Auflage

MüKoBGB Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

Literaturverzeichnis

Literaturverzeichnis

1. Kapitel Begriff und Bedeutung des Internationalen Privaten Wirtschaftsrechts

- 1 **Ziel** dieses Kapitels ist es, Ihnen den Gegenstand der Vorlesung nahezubringen (unter I), Ihnen die Bedeutung und Herausforderungen des Internationalen Privaten Wirtschaftsrechts nahezubringen (unter II) sowie schließlich den Wettbewerb der Rechtsordnungen näher zu illustrieren (unter III). Da es in dieser Vorlesung nicht um das Lösen von Fällen geht, **müssen Sie sich mit den Begriffen und Methoden vertraut machen.**

I. Begriff

- 2 **Gegenstand dieses Skripts** ist das „Private Internationale Wirtschaftsrecht“. Dieser Auffangbegriff bedarf der Präzisierung, um den Gegenstand näher zu umreißen. Aufgrund der Breite der Thematik sei aber bereits an dieser Stelle angedeutet, dass wir nicht alle denkbaren Inhalte behandeln können. Neben exemplarischen Darstellungen bestimmter Phänomene (Einheitsrecht durch Völkerrecht; Soft Law, insb. Incoterms® und UNIDROIT Principles; Harmonisierung durch die EU) werden wir schwerpunktmäßig Fragen aus dem Gesellschaftsrecht (Sitz- und Gründungstheorie, Auswirkungen der EUGH-Rechtsprechung), dem Immaterialgüterrecht (Anmeldeverfahren für internationale Schutzrechte, Schutzlandprinzip) sowie dem Wettbewerbsrecht i.w.S. (Kronzeugenschutz bei internationalen Verfahren; Herkunftslandprinzip) behandeln.

1. Internationales Recht

- 3 Zunächst geht es um „Internationales“ Recht. Dieser Begriff hat zwei grundsätzlich verschiedene Anknüpfungspunkte: Einerseits kann man vom **betroffenen Lebenssachverhalt** ausgehen – danach wären „international“ alle Fälle, in denen mindestens zwei Staaten betroffen sind. Andererseits kann man aber auch vom **regelsetzenden Gremium** ausgehen: Danach wäre „international“ jede Regelung, die ihren Ursprung entweder in einem völkerrechtlichen Vertrag oder in einer transnationalen Organisation hat. Gegenstand dieses Skripts ist die Internationalität in beiden Bedeutungen.

Beispiele: 1. Wenn V der deutsche V an den Chinesen K 100 Tonnen Kohle liefert, ist dieser Sachverhalt sicherlich „international“ im erstgenannten Sinne. Das anwendbare Kollisionsrecht wird aber im Regelfall nur nationales Recht sein (also ein chinesisches oder deutsches bzw. europäisches Gesetz). 2. Umgekehrt sind etwa das Scheckrecht oder das Urheberrecht

zu großen Teilen durch Staatsverträge für Deutschland verpflichtend vorgegeben. Auch für rein nationale Sachverhalte gelten insoweit „internationale“ Regelungen.

- 4 Der Umgang mit internationalen (grenzüberschreitenden) Sachverhalten wird durch eine **Vielzahl von Mechanismen** beherrscht, die im Folgenden kurz angerissen werden (näheres werden wir in den folgenden Kapiteln behandeln).

a) Internationales Privatrecht

- 5 Zentrale Bedeutung hat dabei selbstverständlich das „**Internationale Privatrecht**“. Dieses bestimmt, welche von mehreren in Betracht kommenden Rechtsordnungen (etwa das deutsche oder das japanische Recht) auf einen Fall Anwendung findet. Freilich ist diese Bezeichnung irreführend – anders als beim Völkervertragsrecht handelt es sich nicht zwingend um Regeln, welche die Staaten untereinander als wechselseitige Selbstbeschränkung bzw. -verpflichtung erlassen haben. In den meisten Staaten der Welt ist vielmehr das Kollisionsrecht durch normale, nationale Gesetze geregelt. Es handelt sich also beim „Internationalen Privatrecht“ eigentlich um „nationales“ Recht. Aus diesem Grund ist die Bezeichnung „Kollisionsrecht“ (oder englisch: „Conflicts of Law“) sicherlich deutlicher.
- 6 Die für Deutschland geltenden Regeln des Internationalen Privatrechts sind freilich inzwischen zu großen Teilen **durch die EU harmonisiert**. Die unmittelbar geltenden Regeln der Rom I¹- (nicht: „ROM“ wie DVD-ROM!) und Rom II²-Verordnung betreffen dabei auch zentrale Fragen des internationalen Wirtschaftsrechts. Dennoch gibt es auch hier weiterhin Lücken – sei es im Sachenrecht, sei es im Gesellschaftsrecht. Diese werden durch nationaler geschriebene und ungeschriebene Regelungen geschlossen.

Beispiele: 1. Nach Art. 4 Abs. 1 lit. e Rom I-VO unterliegen e) Franchiseverträge dem Recht des Staates, in dem der Franchisenehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat; nach Art. 4 Abs. 1 lit. f Rom II-VO gilt für Vertriebsverträge das Recht des Staates, in dem der Vertriebshändler seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. 2. Nach Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO ist auf au-

¹ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).

² Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II).

Begriff und Bedeutung des Internationalen Privaten Wirtschaftsrechts

ßervertragliche Schuldverhältnisse aus unlauterem Wettbewerbsverhalten das Recht des Staates anzuwenden, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Interessen der Verbraucher beeinträchtigt worden sind oder wahrscheinlich beeinträchtigt werden. 3. Die ungeschriebene Regel für die Frage der Rechtsfähigkeit und der Haftungsbeschränkung einer Gesellschaft in Deutschland ist die sog. „Sitztheorie“; nach welcher an den Hauptverwaltungssitz anzuknüpfen ist.

b) Internationales Zivilverfahrensrecht

- 7 Ergänzt wird das internationale Privatrecht durch das **Internationale Zivilverfahrensrecht**.³ Dieses betrifft einerseits die Frage, welches Gericht über einen Fall entscheiden darf und andererseits die Frage, ob ein Urteil aus einem anderen Staat in Deutschland vollstreckt werden darf. Hinzu kommen Einzelfragen wie die Zustellung gerichtlicher Dokumente im Ausland sowie ggf. eine Beweiserhebung auf fremdem Hoheitsgebiet. Innerhalb der EU greift hier die EuGVVO (oder Brüssel Ia-Verordnung), gegenüber bestimmten Staaten gibt es noch das weitgehend parallel laufende Lugano Übereinkommen; mit anderen immerhin noch bilaterale Verträge.

Beispiele: 1. Grundsätzlich sind die deutschen Regeln für die Anerkennung ausländischer Urteile sehr streng (§§ 328, 722 ZPO). Für die internationale Zuständigkeit werden die Regeln zur örtlichen Zuständigkeit („Gerichtsstand“, §§ 12 ff. ZPO) entsprechend herangezogen. 2. Demgegenüber bestimmt Art. 36 Abs. 1 EuGVVO, dass eine Anerkennung von Urteilen aus anderen Mitgliedstaaten erfolgt, „ohne dass es hierfür eines besonderen Verfahrens bedarf“; auch eine Vollstreckung ist möglich „ohne dass es einer Vollstreckbarerklärung bedarf“ (Art. 39 EuGVVO). Die internationale (und zT auch die örtliche) Zuständigkeit wird durch Art. 4-10 EuGVVO für das Verhältnis mehrerer Mitgliedstaaten zueinander zentral geregelt.

c) Einheitsrecht, insb. staatsvertragliche Pflichten

- 8 Das internationale Privatrecht wird für die Parteien regelmäßig nur als Scheinlösung erscheinen, da sie letztlich nur auf eine bestimmte nationale Rechts-

³ Vgl. insb. EU-Verordnung Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel Ia).

ordnung verweisen. Bei einem grenzüberschreitenden Sachverhalt wird hierdurch oftmals einer Partei ein Vorteil verschafft, die hierdurch das ihr bekannte Heimatrecht anwenden kann. Zudem neigen Staaten zu paternalistischen Regelungen, welche den freien Handel gefährden können, weil eine Partei hierdurch einen Nachteil erleidet. Oftmals besteht daher der Wunsch nach einer einheitlichen Ausgangslage, welche praktisch nur durch **Einheitsrecht** erreicht werden kann. Rein quantitativ ist eine solche Rechtsvereinheitlichung aber nur ganz ausnahmsweise gelungen.

- 9 Grundsätzlich finden völkerrechtliche Verträge **keine unmittelbare Anwendung auf das horizontale Verhältnis zwischen zwei privaten Rechtssubjekten**. Vielmehr bedarf es der Umsetzung durch die Staaten selbst. Zudem fehlt in aller Regel eine einheitliche Rechtsauslegungs- und Rechtsdurchsetzungsinstanz. Trotz der Verpflichtung (z.B.) Deutschlands zur Schaffung bestimmter Regeln geht es daher letztlich doch um nationale Rechtsvorschriften.

d) Europarecht: Primär- und Sekundärrecht

- 10 Eine starke und sehr weitreichende Rechtsvereinheitlichung wurde freilich im Rahmen der **Europäischen Union** erreicht. Insoweit ist zwischen dem Primärrecht (d.h. dem EUV, dem AEUV sowie der Grundrechtscharta) und dem Sekundärrecht zu unterscheiden:
- 11 – Auf Ebene des Primärrechts geht es weniger um allgemeine Programmsätze und Verfahrensvorschriften, sondern um die **Grundfreiheiten im Binnenmarkt**: Das Verbot beschränkender Regelungen für Warenverkehr, Dienstleistungen, Kapitalverkehr oder Niederlassungsfreiheit kann nicht nur die Auslegung nationaler Regelungen prägen, sondern im Einzelfall sogar zu ihrer Unanwendbarkeit führen. Unmittelbare Bedeutung haben insbesondere auch die Regelungen zum europäischen Wettbewerbsrecht (Art. 101, 102 AEUV), welche jedoch nicht Gegenstand dieses Skripts sind.

Beispiele: 1. Klassisches Beispiel für eine primärrechtliche Wirkung der Warenverkehrsfreiheit ist die Cassis de Dijon-Entscheidung, in welcher ein Verbot des Vertriebs französischen Cassis-Likörs in Deutschland wegen zu geringem Alkoholgehalts nach deutschem Recht eigentlich unzulässig war, diese Vertriebsbeschränkung jedoch aufgrund der Warenverkehrsfreiheit unwirksam war (und damit der Vertrieb möglich war). 2. Der klassische Parallelfall zur Niederlassungsfreiheit betrifft den (deutschen) Anwalt Gebhard, der in Italien als „Avvocato“ tätig sein wollte (was zur Schaffung der entsprechenden Zulassungsprüfung führte).

Begriff und Bedeutung des Internationalen Privaten Wirtschaftsrechts

- 12 – Vor allem findet eine Rechtsvereinheitlichung aber auf der Ebene des **Sekundärrechts** statt: Bedeutung hat hier insbesondere die Verordnung (Art. 288 Abs. 2 AEUV), die „*in allen ihren Teilen verbindlich und unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gilt*“. Dabei handelt es sich um Regelungen, die keiner weiteren Umsetzung bedürfen und durch den EuGH zentral und einheitlich ausgelegt werden. Aber auch Richtlinien (Art. 288 Abs. 3 AEUV) haben eine Vereinheitlichungswirkung: Diese sind zwar nur „*hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich*“ und überlassen „*den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel*“. Soweit die Richtlinie aber eine Regelung enthält, sind sie durch die Mitgliedstaaten umzusetzen; eine fehlerhafte oder unvollständige Umsetzung kann ein Vertragsverletzungsverfahren durch die EU-Kommission (Art. 258, 259 AEUV) zur Folge haben.

Beispiele: 1. Die SE-Verordnung⁴ schafft eine besondere, grenzüberschreitende Rechtsform (die Europäische Aktiengesellschaft, Societas Europaea), deren Entstehung im Grundsatz besondere zwischenstaatliche Bezugspunkte voraussetzt. 2. Die UGP-Richtlinie⁵ verpflichtet die Mitgliedstaaten, bestimmte Praktiken von Unternehmen zum Schutz der Verbraucher zu verbieten.

e) Internationale Handelsbräuche, Lex Mercatoria und Kautelarpraxis

- 13 Schließlich können sich die Parteien **privatautonom** auf einen für sie geeigneten Rechtsrahmen einigen. Soweit es um dispositive Normen geht, gelingt dies bereits bei rein nationalen Sachverhalten. Hinzu kommt die im IPR grundsätzlich anerkannte Möglichkeit einer Rechtswahl, die freilich durch die essentiellen Regelungen einer Rechtsordnung (den „*ordre public*“, der durch sog. Eingriffsnormen zum Ausdruck kommt) begrenzt wird.

Beispiel: Einigen sich die Parteien auf die „UNIDROIT Principles“ handelt es sich dabei nach deutschem Recht um allgemeine Geschäftsbedingungen, die auch unter Kaufleuten insb. an § 307 BGB zu messen sind.

⁴ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE).

⁵ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken).

- 14 Noch weitgehender können die Parteien sich staatlichen Einflusses entziehen, wenn sie nicht nur die zugrundeliegenden Regelungen, sondern auch die Streitentscheidung privatisieren. Das Mittel der Wahl hierzu sind sog. **Schiedsverfahren** (§§ 1025 ff. ZPO). Dabei sind staatliche Gerichte in der Regel nur ergänzend (etwa im einstweiligen Rechtsschutz, § 1033 ZPO) und vor allem in der Vollstreckung involviert. Die ZPO gibt hier einen sehr weiten Spielraum; durch den Beitritt Deutschlands zur New York Convention von 1958 werden insb. ausländische Schiedssprüche sehr viel einfacher vollstreckt als Urteile ausländischer Gerichte.

f) Internationale Organisationen

- 15 Wie bereits angedeutet kann man aber die internationale Natur des „Internationalen Privaten Wirtschaftsrecht“ nicht nur an den Lebenssachverhalten, sondern auch an der Quelle der jeweiligen Regelungen festmachen. Denn neben dem nationalen Gesetzgeber können auch **internationale Organisationen** an der Ausgestaltung der nationalen Rechtsordnung beteiligt sein. Eine abschließende Aufzählung würde den Rahmen dieses Skripts bei weitem sprengen. Stattdessen werden im Folgenden einige der zentralen zwischenstaatlichen Einrichtungen und ihr Einfluss auf das (internationale) Wirtschaftsrecht dargestellt:
- 16 Paradigmatisches Beispiel für eine solche Organisation ist sicherlich die Europäische Union (mit derzeit noch 28 Mitgliedern inkl. Großbritannien), die unmittelbar verbindliche Regeln vorgibt. Neben dem dynamischen und intensiv gelebten Binnenmarkt der EU gibt es verschiedene regionale **Freihandelsabkommen** wie NAFTA (*North American Free Trade Association*), ASEAN (*Association of Southeast Asian Nations*) oder Mercosur (*Mercado Común del Sur*); auf dem Europäischen Kontinent gibt es neben dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) noch die European Free Trade Association (EFTA). Diesen fehlt es freilich an den umfassenden Rechtssetzungsbefugnissen der EU (im EWR gilt allerdings ein Teil der EU-Regeln als Ausgestaltung des Binnenmarkts).
- 17 Eine zentrale Organisation mit Bedeutung für das internationale Wirtschaftsrecht ist die Welthandelsorganisation (**World Trade Organisation – WTO**) mit Sitz in Genf (164 Mitglieder), welche neben dem Internationalen Währungsfonds (IWF) und der Weltbank aktiv das internationale Handels- und Wirtschaftsrecht fördert und koordiniert. Die WTO hat vor allem mittelbare Durchsetzungsmechanismen durch ihr Streitschlichtungsverfahren, in dessen Rahmen einzelne Staaten bei sie beeinträchtigenden Rechtsverletzungen zu Handelssanktionen ermächtigt werden dürfen. Die praktische Bedeutung

Begriff und Bedeutung des Internationalen Privaten Wirtschaftsrechts

zeigt sich daran, dass jährlich bis zu 50 Fälle in dieses Verfahren gebracht werden. WTO-Regeln haben nach (streitiger) Auffassung freilich nur Wirkung für und gegen die Mitgliedstaaten, so dass sich Bürger nicht unmittelbar auf diese berufen dürfen. Wichtige Abkommen der WTO sind etwa das Abkommen über „Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights“ (TRIPS) oder das „General Agreement on Tariffs and Trade“ (GATT). Dabei wird vor allem ein Diskriminierungsverbot geschaffen (Inländerbehandlung für Ausländer, Meistbegünstigungsprinzip, Gegenseitigkeitsprinzip).

- 18 Wenn man von „Internationalen Organisationen“ spricht, dürfen natürlich die Vereinten Nationen („United Nations“, UN) nicht unerwähnt bleiben. Dort existiert seit 1966 mit der „United Nations Commission on International Trade Law“ (**UNCITRAL**) ein Spezialausschuss in Wien (mit derzeit 60 Mitgliedern). UNCITRAL selbst hat keine Gesetzgebungs- und erst Recht keine Entscheidungs- oder Durchsetzungsbefugnisse. Berühmtestes Arbeitsergebnis von UNCITRAL ist das UN-Kaufrecht („Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, CISG) von 1980, welches in immerhin 80 Staaten in Kraft ist. Im Verfahrensrecht ist UNCITRAL nicht nur für ein Modellgesetz verantwortlich, sondern verwaltet auch das New Yorker Übereinkommen von 1958 (welches freilich schon vor Gründung von UNCITRAL bestand). UNCITRAL bietet auch eine eigene Schiedsordnung und hat u.a. Modelgesetze für elektronischen Handel oder elektronische Signaturen geschaffen.
- 19 Die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (englisch Organisation for Economic Co-operation and Development, **OECD**) hat derzeit 35 Mitgliedstaaten und sitzt in Paris. Zu ihren Aufgaben gehören nicht nur die Wirtschaftspolitik im Allgemeinen, sondern auch die verantwortliche Unternehmensführung und die Korruptionsbekämpfung. Gerade im zuletzt genannten Bereich hat die 1989 gegründete Financial Action Task Force gerade im deutschen Gesellschaftsrecht für Aufruhr gesorgt: Da angeblich die anonyme Inhaberaktie Terrorfinanzierung, Schwarzgelder und ähnliche Unannehmlichkeiten mit sich brachte, sah der deutsche Gesetzgeber sich veranlasst, neu gegründete Aktiengesellschaften weitgehend auf Namensaktien zu beschränken (§ 10 Abs. 1 S. 2 AktG), Hier zeigt sich, dass auch ohne Entwurfs- und Regelungsbefugnisse ein starker Einfluss auf das nationale Wirtschaftsrecht bestehen kann.
- 20 Die **Haager Konferenz für Internationales Privatrecht** (HCCH) gibt es bereits seit 1893 (derzeit 82 Mitglieder). Sie hat zahlreiche Vorschläge zur Rechtsvereinheitlichung (freilich nur am Rande auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts

geschaffen – vielmehr konzentrierte man sich früh auf das Internationale Privatrecht sowie Fragen des Familien- und Erbrechts. Dennoch gibt es einige Regelungen zum Verfahrensrecht.

- 21 Anders als die Haager Konferenz ist **UNIDROIT** (“Institut international pour l'unification du droit privé”) mit Sitz in Rom sehr aktiv in dem Entwurf von Vorschlägen im für Musterregelungen im Zivil- und Handelsrecht. Derzeit hat die Organisation 63 Mitgliedstaaten. Von UNIDROIT stamen etwa die Entwürfe für ein einheitliches Kaufrecht (den Vorgänger des UN-Kaufrechts, CISG). Ebenso gibt es Muster für Reiseverträge, Finanzierungsleasing oder Factoring. Bekannt geworden ist UNIDROIT aber vor allem für die Kodifikation der ‘Principles of International Commercial Contracts’ (UNIDROIT-Principles) als Grundsätze der “lex mercatoria”.
- 22 Zudem gibt es die “**International Chamber of Commerce**” (ICC) mit Sitz in Paris. Die Organisation hat rund 6 Millionen Mitglieder in über 100 Staaten, greift auf über 3.000 Fachleute zurück und ist in anderen Gremien und Staaten aktiv. Gegründet wurde die ICC bereits 1919. Bekannt ist die ICC vor allem für ihr Schiedsverfahren – der „International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce“ hat seit 1923 über 22.000 Fälle behandelt. Darüber hinaus entwickelt die ICC aber auch Verhaltenskodizes (für wünschenswertes Verhalten z.B. in der Werbung, entwickelt Mustergesetze bzw. Muster für Staatsverträge oder Musterverträge (insb. die sog. „IncoTerms®“).
- 23 Neben den allgemeinen Institutionen gibt es auch auf spezifische Rechtsgebiete konzentrierte Einrichtungen. So existiert etwa seit 1967 die „**Weltorganisation für geistiges Eigentum**“ (WIPO) in Genf mit 191 Mitgliedstaaten. Diese verwaltet wichtige Übereinkommen u.a. im Markenrecht, Urheberrecht, Patentrecht, etc. Auch das Europäische Patentamt (mit Sitz in München) hat nichts mit der Europäischen Union zu tun, sondern ist Teil der Europäischen Patentorganisation (EPO) mit derzeit 39 Mitgliedstaaten (zu der u.a. alle EU-Staaten gehören, aber z.B. auch die Türkei oder die Schweiz). Für die grenzüberschreitende Kommunikation gibt es etwa die Universal Postal Union (UPU) und die International Telecommunication Union (ITU).

2. Wirtschaftsrecht

- 24 Der Begriff „Wirtschaftsrecht“ ist ebenso **schillernd wie unbestimmt**. Es geht sicherlich um das Recht von „Unternehmen“ und zwar konkret um diese Regelungen, die sich entweder ausschließlich an Unternehmen richten und private Handlungen explizit ausnehmen (vgl. etwa § 3 UWG oder § 9 MarkenG) oder aber praktisch allein im unternehmerischen Verkehr vorkommen.

Beispiele: 1. Vertragsstrafen spielen vorwiegend in Verträgen im unternehmerischen Bereich eine Rolle, können aber auch gegenüber Verbrauchern vereinbart werden; traditionell wird man die Probleme von Vertragsstrafen dennoch im Wirtschaftsrecht verankern. 2. In ähnlicher Weise kann man zwar auch Verbrauchern Lizenzen einräumen (etwa im Softwarebereich) – praktische Bedeutung entfalten diese aber v.a. im geschäftlichen Verkehr.

- 25 Schon die **Umgrenzung des Adressatenkreises** des Wirtschaftsrechts bereitet Probleme: Konnte der Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts auf den Kaufmannsbegriff (§§ 1-7 HGB) verweisen, deckt dieser schon im geltenden deutschen Recht schon länger nicht mehr alle Fälle des Unternehmensrechts ab. Neben §§ 271a, 288 Abs. 2 BGB („Rechtsgeschäfte, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist“) ist etwa an die Erweiterungen der Anwendbarkeit von Teilen des HGB durch § 84 Abs. 4 HGB (Handelsvertreter), § 93 Abs. 3 HGB (Handelsmakler), § 383 Abs. 2 HGB (Kommissionsgeschäft), § 407 Abs. 3 S. 2 HGB (Frachtgeschäft), § 453 Abs. 3 S. 2 HGB (Speditionsgeschäft) oder § 467 Abs. 3 S. 2 HGB (Lagergeschäft) zu denken. Auch Handelsbräuche (§ 346 HGB) werden auch auf Kleingewerbetreibende angewandt. Andererseits dürfte nicht jeder Formkaufmann (§ 6 HGB) unbedingt dem Wirtschaftsrecht zugeordnet werden. Ebenso wenig kann auf den öffentlich-rechtlichen Gewerbebegriff abgestellt werden – denn auch Freiberufler unterfallen unstreitig dem Wirtschaftsrecht.
- 26 Letztlich geht es im Kern vor allem um den **Ausschluss hoheitlicher Tätigkeit** des Staates sowie **rein privater Aktivitäten von Endverbrauchern**. Dabei geht es weniger um die Gewinnerzielungsabsicht – auch jemand, der nur kostendeckend tätig ist, tritt in Konkurrenz zu anderen Anbietern und bedarf daher staatlicher Regulierung.
- 27 Allerdings könnte man praktisch auch das **gesamte Verbraucherschutzrecht** als Wirtschaftsrecht zu qualifizieren – denn die „Rechte“ der Verbraucher begründen stets korrespondierende „Pflichten“, die sich ausschließlich an Unternehmer richten. Ein zu strenger Verbraucherschutz kann eine Unternehmenstätigkeit in einem bestimmten Zielgebiet ebenso verhindern, wie ein ausdrückliches staatliches Verbot. Dennoch wird das Verbraucherschutzrecht traditionell primär als Schutz verstanden und deshalb nicht dem Wirtschaftsrecht zugewiesen.

Beispiele: 1. Fluggesellschaften in der EU für die pauschale Entschädigung

bei Ausfall oder Verspätung von Flügen nach Art. 7 Fluggastrechteverordnung⁶ Rückstellungen bilden, welche sich Gesellschaften aus dem Nicht-EU-Ausland sparen können. 2. Ebenso verursachen die Informationspflichten und die Möglichkeit einer Rückgabe durch Widerruf (ohne Grund) nach der Verbraucherrechterichtlinie⁷ Zusatzkosten für den Unternehmer – ein Verstoß würde zu einer Schadensersatzhaftung und etwaigen Maßnahmen nach dem UWG oder sogar seitens der Gewerbeaufsicht führen.

- 28** Zum Wirtschaftsrecht gehören aber auch etwa das **Arbeitsrecht** (Arbeitskräfte sind zentrale Wertbildungsfaktoren eines Unternehmens und dabei mindestens so wichtig wie Geldmittel, Grundstücke, Maschinen oder Immaterialgüterrechte). Deutlich ist dies insbesondere im Kollektivarbeitsrecht, etwa im Arbeitskampf oder bei Tarifverträgen. Erst Recht handelt es sich bei der unternehmerischen Mitbestimmung durch Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat um eine wirtschaftsrechtliche Regelung. Dennoch wird das Arbeitsrecht traditionell wie das Verbraucherschutzrecht eher als Schutzrecht und nicht als Regulierung der Unternehmenstätigkeit ausgelegt. Auch hier geht es primär um eine Perspektivfrage.
- 29** Traditionell werden zum Wirtschaftsrecht zumindest das **Gesellschaftsrecht** (also die Kompetenzverteilung, Haftung und Entscheidungsfindung in mehrgliedrigen Unternehmensträgern), das **Immaterialgüterrecht** (also der Schutz von Kennzeichen, Designs, Erfindungen und jedenfalls teilweise dem Urheberrecht) sowie das **Wettbewerbsrecht im weiteren Sinne** (also der Schutz des Wettbewerbs vor beschränkenden Absprachen und dem Missbrauch mächtiger bzw. herrschender Stellungen durch das Kartellrecht einerseits sowie der Schutz der Verbraucher und anderen Marktteilnehmer vor unredlichem Verhalten durch das Lauterkeitsrecht) gezählt. Allerdings gehören in jedem Fall auch das **Rechnungslegungsrecht** zu den behandelten Materien. Auch das **Kapitalmarktrecht**, also die Regelungen zum öffentlichen Handel mit Beteiligungen oder Schuldpapieren im weitesten Sinne, das **Bankrecht** oder das **Wertpapierrecht** fallen unter das Wirtschaftsrecht. Insoweit ist eine enumerative

⁶ Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91

⁷ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates.

Begriff und Bedeutung des Internationalen Privaten Wirtschaftsrechts

Aufzählung praktisch kaum möglich.

- 30 In anderen Gebieten hat sich das Wirtschaftsrecht als **unselbstständige Untertermaterie** herauskristallisiert. So wird man eine Unternehmensinsolvenz (insb. bei juristischen Personen) anders als eine Privatinsolvenz behandeln, einen Unternehmenskaufvertrag anders als den Kauf eines Fahrrads oder das Unternehmens- und Umwandlungssteuerrecht nicht allein aufgrund von Erfahrungen mit der eigenen Steuererklärung als unselbstständig Beschäftigter verstehen. Das Fehlen zahlreicher zwingender Regelungen (etwa im Zusammenhang mit § 491 ff. BGB oder §§ 474 ff. BGB) und die erleichterte Nutzung von AGB (§ 310 Abs. 1 S. 1 BGB) haben zu einer gesteigerten Bedeutung der Vertragsgestaltung geführt.
- 31 Eher formaler Natur ist die Unterscheidung zwischen **Außen- und Innenrecht der Unternehmen**, also zwischen „Unternehmensträgerrecht“ und „Unternehmenstransaktionsrecht“. Schon der Kapitalmarkt, auf dem Aktien und damit Mitentscheidungskompetenzen aktiv gehandelt werden, zeigt, dass diese Ebenen nicht völlig deckungsfrei sind: Die Haftung von Organmitgliedern und Gesellschaften für fehlerhafte Information des Marktes oder auch für Kartellabsprachen durchbrechen diese Unterscheidung.

3. Privates Recht

- 32 Die Unterscheidung zwischen „Zivilrecht“ und „öffentlichem Recht“ ist Ihnen schon seit dem ersten Semester geläufig (spätestens im Zusammenhang mit § 40 VwGO und § 13 GVG). Neben der kaum praktikablen „Interessentheorie“ (öffentlich rechtliche Norm, wenn ihr Zweck im öffentlichen Interesse liegt) und der „Subordinationstheorie“ (öffentlich rechtliche Norm, wenn ein Adressat einem anderen gegenüber einseitig weisungsbefugt ist) kann vor allem auf die „modifizierte Subjekttheorie“ zurückgegriffen werden (öffentlich rechtliche Norm, wenn ein Hoheitsträger gerade in dieser Funktion berechtigt und verpflichtet wird). Im Wirtschaftsrecht sind die Grenzen **freilich oft unscharf**.

Beispiel: 1. Beim Kartellrecht geht es primär um die Befugnis staatlicher Stellen (der Kartellbehörden, insb. der EU-Kommission und des Bundeskartellamts) bestimmtes als wettbewerbswidrig empfundenes Verhalten aufzudecken und durch die gebotenen Maßnahmen zu verhindern. Dennoch wird das Kartellrecht traditionell dem Privatrecht zugeschlagen. Demgegenüber wird die (zugegebenermaßen strengere) sektorspezifische Regulierung etwa im Telekommunikationssektor herkömmlich als

öffentlich-rechtlich qualifiziert. 2. Die Erteilung von Schutzrechten (Patente, Designs, Marken) geschieht durch Hoheitsakt durch eine staatliche Stelle (nämlich das DPMA bzw. das EPA bzw. das Amt für Geistiges Eigentum der EU). Dennoch wird es (wohl wegen der engen Verknüpfung mit dem Verletzungsverfahren zwischen dem Inhaber des Rechts und einem Dritten, welcher eine dem Inhaber vorbehaltene Handlung ausübt) herkömmlich dem privaten Wirtschaftsrecht zugeschlagen.

- 33 In der Berufspraxis muss man sich ohnehin **regelmäßig von dieser strikten Trennung in Fachsäulen lösen**. Sicherlich sollte ein Unternehmen Gestaltungen zur Vermeidung unnötiger Steuern vermeiden, aber auch Verhalten unterlassen, das ggf. zu Bußgeldern führt. Über einen etwaigen Regress gegenüber dem Vorstand wird praktisch jede Verletzung einer bußgeldbewehrten Pflicht durch die Gesellschaft in das Privatrecht hineingezogen. Bei einem Unternehmenskauf gilt es, im Rahmen der „due diligence“ rechtliche Risiken abzuschätzen. Ein zu enger Fokus würde hier eine sinnvolle Beratung unmöglich machen.

II. Internationales Privates Wirtschaftsrecht als Herausforderung

1. Globalisierung und Globalisierungskritik

- 34 Wer sich mit dem Recht der Internationalen Wirtschaft befasst, sieht sich zunächst mit der **allgemeinpolitischen Globalisierungskritik** konfrontiert: Durch den Wegfall nationaler Grenzen für unternehmerische Tätigkeit entfällt auch die Möglichkeit des Staates, die Interessen seiner Bürger oder sogar der Allgemeinheit zu schützen.

Beispiel: Die Globalisierungskritik richtet sich etwa gegen die Ausbeutung von Arbeitnehmern im Ausland (durch niedrigere Löhne, schwächeren Arbeitnehmerschutz), weniger Rücksicht auf Umweltbelange (geringere Schadstoffvorgaben) – aber auch sehr einseitig auf Verluste von Arbeitsplätzen in Deutschland.

- 35 Auch wenn aus unserer heutigen Sicht die Globalisierung selbstverständlich erscheint, ist sie keineswegs vor jedem Angriff geschützt. Tatsächlich ist die Globalisierung gerade in den letzten Monaten und Jahren durch die **politische Entwicklung** gefährdet. Neben der geschilderten Sozialkritik sinkt auch die generelle Bereitschaft vieler qualifizierter Arbeitskräfte, im Ausland tätig zu werden (ältere Menschen sind weniger mobil), das Vertrauen in unüberschaubare grenzüberschreitende Organisationen (Verunsicherung durch die

Begriff und Bedeutung des Internationalen Privaten Wirtschaftsrechts

Finanzkrise), der Wunsch nach einer einheitlichen, autoritären Überwachungsinstanz (fehlende Weltordnung als Bedrohung insb. bei Technologiekonzernen wie Google und Facebook) und politische Zweifel bzgl. der fehlenden demokratischen Legitimation in Drittstaaten, welche ein Investment ggf. gefährden können.

- 36 Insbesondere die Erhebung von **Strafzöllen** oder sogar das Schließen von Grenzen sind für die Globalisierung tödlich. Die gegenwärtige US-Regierung hat insoweit mit Zöllen auf Stahl- und Aluminiumimporte ein gefährliches Beispiel gesetzt, dem andere Staaten folgen. Dies gefährdet eine international arbeitsteilige Wirtschaft und ist insbesondere auch für das private Wirtschaftsrecht ein echtes Problem.

2. Zusatzaufwand

- 37 Auch über die geschilderte allgemeine Kritik und Tendenzen in der US-amerikanischen Außenpolitik hinaus gibt es durchaus Herausforderungen im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr. Denn Transaktionen über Rechtsordnungen hinweg verursachen **erheblichen Zusatzaufwand**:

- 38 – Zunächst gibt es **Beratungsaufwand** um die Kenntnis fremder Rechtsordnungen (jedenfalls der zwingend anwendenden Regelungen) zu erlangen und etwaige Erwartungen und Vorbehalte der Marktteilnehmer zu überwinden. So mögen etwa Kunden kürzere Verjährungsfristen oder geringere Produktsicherheitsanforderungen fürchten, was nur durch aufwändige Aufklärungsarbeit vermieden werden kann.

Beispiel: Dies zeigt sich insbesondere bei den Vorbehalten gegenüber ausländischen Rechtsformen, etwa der polnischen „sp.z.o.o.“, welche gegenüber den deutschen GmbHs oder AGs generell mit Vorbehalten behandelt wird.

- 39 – Aber auch unabhängig von der rechtlichen Information bereitet auch die **Kommunikation** als solche Schwierigkeiten und Zusatzaufwand. So müssen zusätzliche Reisen bezahlt werden, ggf. Dolmetscher und Vertreter vor Ort und Design und Werbung müssen auf die jeweilige Zielkultur angepasst werden.
- 40 – Eine **Nachbesserung vor Ort** ist schon im nationalen Versandhandel problematisch. Geht es aber um internationale Aktivitäten (bei denen ggf. Einreiseformalitäten erfüllt und Zölle gezahlt werden müssen) ist eine Reparatur oftmals völlig unverhältnismäßig.

- 41 – Spiegelbildlich ist aber auch der **Aufwand zur ordnungsgemäßen Erfüllung der vertraglichen Pflichten**, etwa der Transportaufwand zu berücksichtigen. Hierhin gehört aber auch der Aufwand für das ggf. notwendige Erstreiten von Urteil oder deren Durchsetzung im Wege der Zwangsvollstreckung. Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ist dies erheblich aufwändiger: Denn auch mit dem Gericht am Sitz des Vertragspartners muss kommuniziert werden, so dass ggf. Korrespondenzanwälte vor Ort zusätzlich bezahlt werden müssen.
- 42 – Schließlich steigt der **Prognoseaufwand**: Während man im Inland mit angemessenem Aufwand noch die Solvenz und Zuverlässigkeit seines Vertragspartners (über Creditreform oder Schufa) in Erfahrung bringen kann, ist dies bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ungleich schwieriger. Erst Recht problematisch ist das Einholen von Registerauskünften – die schon zum Nachweis der Vertretungsmacht eigentlich unverzichtbar sein sollten. Die Alternative einer Vorleistung wird sich regelmäßig aber bei neuen Geschäftskontakten nicht durchsetzen lassen.
- 43 Der geschilderte Zusatzaufwand muss bei der internen Kalkulation auf den Preis aufgeschlagen werden (sog. „**Risikoprämie**“). Damit kann ein Anbieter aus dem Ausland, welcher die gleichen Preise wie ein Konkurrent aus dem Inland verlangt, praktisch nicht ernsthaft mithalten, sondern muss stets einen niedrigeren Preis verlangen. Dies ist wiederum nur durch niedrigere Produktionskosten möglich (etwa durch Steuerersparnisse, geringere Lohnkosten, geringere Rohstoffpreise). Je größer aber die Unterschiede, desto unattraktiver wird der Auslandskontakt.

Beispiel: Obwohl die USA aus 50 Staaten mit weitgehend autonomen Vertrags- und Gesellschaftsrecht bestehen, sind diese so ähnlich strukturiert, dass ein Kauf in einem anderen Bundesstaat nur mit geringen Hürden verbunden ist. Demgegenüber gibt es in der EU zwar ein Verbot von Beschränkungen der Warenverkehrs- oder Dienstleistungsfreiheit, die faktischen Vorbehalte (durch die jeweiligen Traditionen, Sprachdivergenzen, etc.) werden oft aber einem Import entgegenstehen.

3. Lösungsmöglichkeiten

- 44 Die rechtlichen und tatsächlichen Grenzen können sowohl durch staatliche Maßnahmen als auch durch eigene Maßnahmen der Marktteilnehmer selbst vermindert und ggf. sogar aufgehoben werden. Eine abschließende Aufzählung ist dabei hier nicht möglich – es genügt, wenn Sie die grundsätzlichen Methoden nachvollziehen können.

a) Staatliche Maßnahmen

- 45** Ein **Staat** kann auf die Konkurrenz mit ausländischen Anbietern und fremden Rechtsordnungen auf verschiedene Weise reagieren:
- 46** – Die weitgehendste Regelung ist ein **Verbot von Aktivitäten von Marktteilnehmern ohne Inlandsbezug**. Hierdurch wird der unmittelbare hoheitliche Zugriff gewährleistet. Freilich ist dies im Zeitalter der digitalen Kommunikation kaum realisierbar; zudem wirken völkerrechtliche Verpflichtungen (aus Handelsabkommen etc.) einer solchen Zugangsbeschränkung zum nationalen Markt entgegen. Praktisch ist dieser Regulierungsansatz heute allenfalls für ganz bestimmte, streng regulierte Marktsegmente (etwa Medikamentehandel) praktikabel.
- 47** – Kaum weniger riskant ist die umfassende **Erstreckung aller nationaler Regelungen auch auf (teilweise) ausländische Sachverhalte**. Auch dieser Ansatz ist aber kaum zielführend. Ein Unternehmen, das weltweit tätig sein wollte, müsste danach fast 200 Rechtsordnungen beachten. Gleichzeitig wird in vielen Fällen praktisch kein relevantes Regulierungsinteresse bestehen.
- 48** – Damit bleibt die praktisch sinnvolle Lösung des **Nachgebens**: Ein Staat kann die Tätigkeit ausländischer Unternehmen erleichtern, indem er sich mit der ausschließlichen Anwendung der fremden Rechtsordnung zufrieden gibt.
- 49** – Freilich kann diese Reaktion genau zum umgekehrten Ergebnis führen – zu Wettbewerbsnachteilen für die Unternehmen, die dem nationalen Recht unterworfen sind („**Inländerdiskriminierung**“). Insoweit hat das ausländische Recht ggf. wiederum eine Wirkung auf das nationale Recht, das den fremden Vorgaben angepasst wird, um diesen Nachteil auszuräumen („spill-over-Effekt“). Damit gelten die ausländischen Regeln letztlich auch für Inländer.

Beispiele: 1. Ein typisches Bild für diesen „spill-over“-Effekt sind etwa die Laufzeit des Urheberrechts, die nach Vorbild der EU auch in den USA auf 70 Jahre nach dem Tod verlängert wurde. 2. Auch die Debatte um eine Herabsetzung des Mindestkapitals für die Gründung einer Kapitalgesellschaft nach dem Vorbild der britischen Limited, welche letztlich zur Schaffung der UG (haftungsbeschränkt) in § 5a GmbHG führte, ist ein Beispiel für einen „Spill-over“-Effekt.

- 50 – Dies droht aber ggf. zu einem „**Race to the bottom**“ zu führen, bei dem sich die billigsten, praktisch aber kunden-, umwelt-, arbeitnehmer- und marktfeindlichsten Regelungen durchzusetzen. Um diesen Effekt zu vermeiden, bietet sich schließlich eine zwischenstaatliche Kooperation auf politischer Ebene durch völkerrechtliche Verträge mit Mindeststandards oder sogar umfassender Rechtsvereinheitlichung an.

b) Maßnahmen der Marktteilnehmer selbst

- 51 Auch unabhängig von staatlichen Maßnahmen können die Marktteilnehmer den zwischenstaatlichen Handel erleichtern. Ihre Mittel sind freilich durch die Rechtsordnung praktisch eingeschränkt. Es geht dabei um **Vertragsgestaltung** (Kautelarjurisprudenz):
- 52 – Ein Weg liegt in der Nutzung **branchenweit standardisierter Musterformulierungen**. Dies ist etwa bei den von der ICC angebotenen sog. IncoTerms® der Fall. Auch die UNIDROIT Principles können als solche AGB Vertragsgegenstand werden. Hier gilt die Regel, dass durch die häufige Nutzung Streitfragen geklärt und hinreichend Rechtssicherheit geschaffen wird (insb. Lücken geschlossen werden können).
- 53 – Generell wird versucht, bei Verträgen die **Risiken möglichst umfassend eindeutig zuzuweisen**. So gilt es, die Beschaffenheit der Leistungen möglichst detailliert zu beschreiben (um einen Rückgriff auf die im internationalen Verkehr kaum erkennbare „übliche“ Beschaffenheit zu vermeiden). Weitergehend kann man Gewährleistungsrechte ausschließen oder durch Pauschalzahlungen (Vertragsstrafen) ersetzen, um eine Rückabwicklung oder aufwändige Schadensberechnungen zu vermeiden. Je einfacher die Prüfung der Voraussetzungen ist, desto eher kann ein (riskanter) Rechtsstreit vermieden werden.
- 54 – Die Konsequenz aus dieser Risikozuweisung ist, dass letztlich der **Rückgriff auf die nationalen Rechtsordnungen minimiert** werden sollte. Internationale Verträge sollen im Idealfall ihr „eigenes Gesetzbuch“ bilden. So kann man Begriffe auch anders als im nationalen Recht definieren. Um dem Vertragspartner den Überblick zu erleichtern, werden auch gesetzliche Regelungen „sicherheitsshalber“ in den Vertrag überführt. Ein vollständig geschlossenes Vertragswerk vermeidet Unsicherheiten und Lücken.
- 55 – Um das Risiko noch weiter zu vermindern, können die Vertragsparteien die Streitigkeit nicht nur staatlichen Gerichten entziehen, sondern auch

Begriff und Bedeutung des Internationalen Privaten Wirtschaftsrechts

das **nationale Recht insgesamt abwählen**, wenn sie sich einem Schiedsverfahren unterwerfen. Dort kann nämlich außer den Gesetzen eines Staates auch andere „Rechtsvorschriften“ wählen (§ 1051 Abs. 1 S. 1 ZPO). Dazu gehören etwa auch die UNIDROIT-Principles oder sogar die ungeschriebenen Grundsätze der Lex Mercatoria. Will man sich nicht einem solchen privaten Verfahren unterwerfen, kann man immerhin als anwendbare Rechtsordnung das Recht eines unabhängigen Staates und als Gerichtsstand dessen Gerichte benennen. Hierdurch wird ein „Heimvorteil“ einer Partei vermieden.

III. Der Wettbewerb der Rechtsordnungen

- 56 Wettbewerb ist ein bewährtes Verfahren um **Preis und Qualität für Produkte zu verbessern**. Es liegt daher nahe, dies auch zur Verbesserung der rechtlichen Rahmenbedingungen einzusetzen. Insoweit wird der „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ oft als ein Ideal gehandhabt. Im Folgenden werden die Grenzen dieser Herangehensweise und die denkbaren Alternativen untersucht.

1. Wettbewerb und Qualitätsmessung

- 57 Wenn man von Wettbewerb im ökonomischen Sinne spricht, denkt man traditionell an einen „**Preiswettbewerb**“: Der Endkunde wird das Produkt auswählen, welches die beste Qualität zum niedrigsten Preis bietet. Dadurch müssen die Marktteilnehmer, welche die vorhandene Produktmenge gewinnbringend veräußern wollen, entweder ihre Preise senken oder die Qualität gegenüber der Konkurrenz sichtbar verbessern.
- 58 Dahinter steht das Ihnen schon aus der Schule bekannte **Nachfragegesetz**: Bei steigenden Preisen sinkt die Menge, die man maximal erzielen kann; zu niedrigeren Preisen kann man größere Mengen veräußern. Da die Unternehmen ihren Gewinn maximieren wollen, werden sie versuchen, die Menge solange zu erhöhen, bis der erzielbare Preis so niedrig wird, dass zusätzliche Stücke wieder zu einem Verlust führen würden.
- 59 Noch weitergehend ist das in der Ökonomischen Analyse des Rechts zentrale „**Coase Theorem**“:⁸ Unterstellt man, dass Verhandlungen weder Zeit noch Geld kosten und alle Betroffenen rational agieren, wird in jeder Situation das für alle Beteiligten optimale Ergebnis erzielt – und zwar unabhängig

⁸ Nach Ronald Harry Coase, * 29. Dezember 1910, † 2. September 2013 (Nobelpreis 1991).

Der Wettbewerb der Rechtsordnungen

davon, wem die Rechtsordnung welche Befugnisse (Unterlassung, Schadensersatz) einräumt. Danach genügt es eigentlich, die Verhandlungskosten so weit wie möglich zu senken und die Informationsdichte zu erhöhen, um das Ergebnis zu optimieren.

- 60 Losgelöst von ökonomischen Erwägungen gilt generell, dass eine Vielzahl verschiedener Rechtsordnungen eine gewisse **Risikostreuung** bewirkt: Stellt sich eine Regelung als kostentreibende, nutzlose und wohlstandsgefährdende Gestaltung heraus, betrifft dies nur diejenigen, welche sich dieser Regelung unterworfen haben. Die Betroffenen mögen dann vielleicht persönlich scheitern, der gesamtgesellschaftliche Wohlstand wird aber nicht gefährdet, da es genug andere gibt, welche nicht auf diese Gestaltung angewiesen waren. Vielfalt sichert also in gewisser Weise eine Ausfalllösung.
- 61 Schließlich ermöglicht erst Wettbewerb überhaupt Variationen und gibt einen **Anreiz zur Anpassung**: Soweit es weltweit zwingendes Einheitsrecht gibt, haben weder die betroffenen Unternehmen noch der Staat einen Grund, sich Gedanken über eine Verbesserung zu machen. Denn es gelten für alle die gleichen Bedingungen, so dass niemand einen Vorteil durch Veränderung erzielen könnte. Selbst potentieller Wettbewerb übt aber Druck aus – die Teilnehmer sehen sich gezwungen, voranzuschreiten oder sich zumindest anzupassen, um langfristig mithalten zu können.
- 62 Während diese Grundsätze beim Markt für normale Handelswaren in der Regel problemlos anwendbar sind (das ist u.a. die Prämisse des Kartellrechts), bereitet dieser Ansatz bei dem „Markt für Rechtsordnungen“ durchaus Schwierigkeiten.

a) Wettbewerbsparameter

- 63 Während man sicherlich die Endkundenpreise als solche **vergleichen** kann, fällt jedoch der Vergleich der Qualität der angebotenen Produkte (hier: Rechtsordnungen) schwer: Man kann weder den „Preis“ noch die „Qualität“ einer Rechtsordnung hinreichend präzise bestimmen. Soweit es aber an einem Vergleichswert fehlt, ist Wettbewerb praktisch nicht möglich.
- 64 Sicherlich kann man den rechtlichen Rahmenbedingungen **Einfluss auf den Preis** attestieren: Neben den schlichten Rohstoffkosten und dem Aufwand für Personal sowie unmittelbaren Ausgaben (etwa für Steuern) muss auch der interne Verwaltungsaufwand auf den Preis umgelegt werden. Besteht ein verbraucherschützendes Widerrufsrecht, müssen Rücklagen für die zurück-

Begriff und Bedeutung des Internationalen Privaten Wirtschaftsrechts

gesendeten und ggf. nur mit erheblichem Nachlass oder gar nicht verkäuflichen Produkte gebildet werden. Diese müssen auf alle Kunden umgelegt werden. Verlangt das Gesetz mindestens einen dreiköpfigen Aufsichtsrat und lässt nicht ein einzelnes Organmitglied genügen, muss kompetentes Personal gefunden und vergütet werden – deren Honorar ist aber wiederum durch Mehreinnahmen einzuholen. Ähnliches gilt für besondere Abschlussprüfungsvoraussetzungen, Offenlegungspflichten, etc. Je komplexer eine Rechtsordnung ist, desto mehr Ausgaben müssen für Anwälte getätigt werden; je stärker die Verwaltungsdichte, desto eher muss mit Verzögerungen gegenüber ausländischen Konkurrenten und höheren Ausgaben gerechnet werden. Treffend ist insoweit ein Zitat von *Justus Wilhelm Oechelhaeuser sen.*⁹: „Das Land, welches die **sichersten, einfachsten und mannigfaltigsten Rechtsformen** für die Vereinigung von Kapital und Personen bietet, muss wirtschaftlichen Vorsprung gewinnen.“

- 65 Schwieriger als der Preis ist die **Qualität** einer Rechtsordnung zu ermitteln. Soweit man hier nicht auf völlig abstrakte Kennziffern (etwa Arbeitslosenzahlen, Bruttosozialprodukt, etc.) zurückgreifen will, muss man spezifische Zielvorgaben setzen. Aber bereits diese sind letztlich durch die nationale Politik geprägt und damit gerade keine Wettbewerbsparameter aus Sicht der Unternehmen.

Beispiel: So mag es für einen Staat (wie z.B. Delaware in den USA) attraktiv sein, möglichst viele Unternehmen (mit beschränkter Haftung) in den eigenen Registern zu erfassen, um hierdurch Register-, Betreuungs- und Beratungseinnahmen zu erzielen. Für andere Staaten mag der Schutz der Einwohner vor den Folgen der Haftungsbeschränkung und damit eine strengere staatliche Regelung des Zugangs zu derartigen Rechtsformen im Vordergrund stehen.

- 66 Die Schwierigkeit liegt aber vor allem darin, eine **direkte Korrelation zwischen den Preisänderungen und bestimmten gesetzlichen Regelungen** aufzubauen: Welche Regelungen erhöhen die Kosten insgesamt, welche senken sie und welche haben gar keine Auswirkungen? Publikationen, welche anhand von Tabellen die Auswirkungen konkreter Faktoren für den wirtschaftlichen Erfolg einer Rechtsordnung nachweisen wollen,¹⁰ sind mit größter Vorsicht zu genießen. Denn die Vorteile einer nur in einem Staat vorkommenden Regelung

⁹ * 26. 8.1820; † 25. 9.1902; gilt als Vater des GmbH-Rechts.

¹⁰ Exemplarisch: LaPorta/Lopez de Silanes/Shleifer/Vishny, Investor Protection and Corporate

können durch eine ebenfalls nur dort vorhandene nachteilige Regelung kompensiert sein. Der punktuelle Blick funktioniert daher nicht.

Beispiele: 1. So ist unklar, inwieweit die Anlagebereitschaft auf dem Kapitalmarkt oder die Kreditwürdigkeit gegenüber Banken mit höheren Gründungsanforderungen steigt. 2. Ebenso ist unklar, inwieweit die unternehmerische Mitbestimmung durch Beteiligung von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat die Gefahr eines Missbrauchs durch die Geschäftsleitung verringert.

- 67 Ohne ein Ziel und einen Maßstab zur Erfolgsmessung droht der Wettbewerb aber in völlige Konfusion auszuarten. Neben einem „**Race to the bottom**“ (bei dem sich der niedrigste Standard durchsetzt“ droht sogar eine gezielte Begünstigung einzelner Interessengruppen zum Nachteil anderer. Das erhoffte „Race to the top“ würde daher allenfalls zufällig eintreten.
- 68 In der Rechtsökonomie überwiegt die Überzeugung, dass ein freier Wettbewerb der Rechtsordnungen regelmäßig zu einer **weitgehenden, wenn nicht gar völligen Deregulierung** führen dürfte.¹¹ Es geht dann nicht um einen Wettbewerb der Gesetzgeber, sondern vielmehr um einen Wettbewerb der Unternehmer selbst – diese können den entstehenden Freiraum beliebig durchsetzen. Freilich eröffnet ein ungehinderter Wettbewerb ohne Rahmenbedingungen letztlich uneingeschränkten Machtmissbrauch durch marktmächtige Unternehmen. Daher ist dieses Ergebnis nicht wirklich wünschenswert.
- 69 Hinzu kommt ein **Informationsdefizit**: Der nationale Gesetzgeber wird durch bestimmte Lobbygruppen beeinflusst. Dabei bestehen erhebliche Informations- und Entscheidungskosten für die beteiligten Personen: Sie müssen die Alternativen und Folgen in Erfahrung bringen und auf dieser Grundlage eine Prognoseentscheidung treffen. Je nach den beteiligten Personenkreisen wird diese Prüfung mehr oder weniger gründlich erfolgen. Eine evolutionäre Weiterentwicklung fremder Rechtsordnungen setzt aber erst einmal voraus, dass diese überhaupt bekannt und vollständig nachvollzogen wird. Daran fehlt es aber im Regelfall – solange sich aber die vermeintlichen „Konkurrenten“ gegenseitig gar nicht ansehen, fehlt es schon am Wettbewerb.
- 70 Auch auf der Marktgegenseite, also **aus Perspektive der Unternehmen** als

Governance, 1999, abrufbar per SSRN: <https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/99092719.pdf?abstractid=183908&mirid=1>

¹¹ Charles M. Tiebout, A Pure Theory of Local Expenditures, 64 J. Pol. Econ. 416 (1956).

Begriff und Bedeutung des Internationalen Privaten Wirtschaftsrechts

Nachfrager gibt es kein echtes „Buffet“ an möglichen Regelungen. Denn oftmals fehlt es auch hier an der Kenntnis der fremden Rechtsordnung. Der Anreiz, sich überhaupt über die Möglichkeiten fremder Regelungen zu informieren ist eher gering. Demgegenüber ist der damit verbundene Aufwand selbst bei wenigen betrachteten Regelungen gewaltig – der Rückgriff auf die üblichen Quellen (Onlinedatenbanken, lokale Anwälte, etc.) führt hier in aller Regel nicht weiter, da die jeweiligen Rechtssysteme nicht unerheblich voneinander abgeschottet sind.

- 71 Selbst die Prämisse, dass Wettbewerb zu effizienten Ergebnissen führt, gilt nicht uneingeschränkt: Vielmehr haben Staaten und Unternehmen durchaus einen Anreiz, von fremdem Aufwand zu profitieren (die Ökonomen sprechen insoweit von „**free riding**“, d.h. von „Schwarzfahren“). Führt etwa eine Rechtsordnung dazu, dass die Unternehmensleitung besser informiert ist, genügt es auch, deren Verhalten nachzuahmen, ohne selbst den entsprechenden Aufwand einzugehen.

Beispiel: Illustratives Beispiel hierfür mögen Marktforschungsbemühungen sein. Wenn Unternehmen A Marktforschung betreibt und so zu einem (nicht patentfähigen) Produkt gelangt, kann der Konkurrent B dieses Produkt einfach nachmachen. Es wäre unsinnig, wenn beide Unternehmen (also A und B) die gleichen Marktforschungsaufwendungen tätigen.

- 72 Dies führt aber zu einem sog. „**Gefangenendilemma**“: Niemand will derjenige sein, der den (für die Allgemeinheit günstigen Aufwand) tätigt und so die Konkurrenz indirekt fördert. Dies führt praktisch dazu, dass niemand diesen Aufwand tätigt – und das wünschenswerte Ergebnis unterbleibt. Der Staat muss also die Unternehmen zu ihrem Glück zwingen.

Beispiel: Unterstellt, es sei für die Wirtschaft sinnvoll, dass Unternehmen die Bedürfnisse ihrer Arbeitnehmer in der Unternehmensleitung berücksichtigen und dass dies am ehesten durch die unternehmerische Mitbestimmung im Aufsichtsrat erreicht werden kann. Dann genügt es praktisch, wenn ein Unternehmen diesen Aufwand tätigt.

- 73 Man kann die individuellen Gewinne in einer sog. **Bi-Matrix** darstellen (bei der in jeder Zelle der Matrix zwei Werte enthalten sind – links der Gewinn, den A macht [der sich zwischen der oberen und unteren Zeile entscheiden muss], rechts der Gewinn, den B macht [der sich zwischen der linken und der rechten Spalte entscheiden muss]):

Der Wettbewerb der Rechtsordnungen

	B führt Mitbestimmung ein	B führt keine Mitbestimmung ein
A führt Mitbestimmung ein	10 (für A), 10 (für B) = insg. 20	7 (für A), 12 (für B) = insg. 19
A führt keine Mitbestimmung ein	12 (für A) , 7 (für B) = insg. 19	8 (für A), 8 (für B) = insg. 16

74

Die Tabelle zeigt deutlich, dass das optimale Ergebnis eintreten würde, wenn beide Unternehmen Mitbestimmung einführen (oben links – Gewinn in der Summe 20). Führt nur eines der Unternehmen die Mitbestimmung ein, beträgt der Gewinn insgesamt 19; führt kein Unternehmen Mitbestimmung ein beträgt der Gewinn sogar nur 16. Das Problem tritt jedoch dadurch auf, dass A einen höheren Gewinn macht, wenn er nichts tut und darauf vertraut, dass B die Mitbestimmung einführt (dann macht er einen Gewinn von 12 statt „nur“ von 10); spiegelbildlich wird aber auch B davon profitieren, wenn nur A die Mitbestimmung einführt (dadurch erlangt er 12 statt „nur“ 10). Verstärkt wird dies dadurch, dass das einseitige Einführen der Mitbestimmung sogar zu einem Verlust führen würde: Statt 8 bekäme derjenige, der die Mitbestimmung einführt nur 7 (solange nicht der Konkurrent gleichzieht) Solange A und B sich nicht koordinieren oder durch staatliche Regelungen gezwungen werden, die Mitbestimmung einzuführen, wird keiner die Mitbestimmung einführen und so **das denkbar schlechteste Ergebnis (Summe von 16!) erreicht**.

b) Faktische Hindernisse

75

Ein freier Wettbewerb der Rechtsordnungen würde einen beliebigen Im- und Export der ausländischen Normen voraussetzen. Auf den ersten Blick eröffnet das internationale Privatrecht durch die grundsätzlich vorgesehene Rechtswahl genau dieses Erfordernis. Dies gilt aber bei genauerer Betrachtung keineswegs umfassend: Durch den ordre public-Vorbehalt (Art. 6 EGBGB; Art. 21 Rom I VO; Art. 26 Rom II VO) und den Vorbehalt von Eingriffsnormen (Art. 9 Rom I VO, Art. 16 Rom II VO; vgl. auch Art. 3a Abs. 2 EGBGB) bleibt dennoch Raum für nationale Interessen; unberührt bleiben zudem das Internationale Strafrecht bzw. öffentlich-rechtliche Vorgaben. Es handelt sich also in aller Regel nicht um einen freien Markt – **das zwingende Recht bildet eine Marktzutrittsschranke**.

- 76 Zudem schränken Staaten teilweise umfassend die Gestaltungsfreiheit der Parteien ein. Dabei geht es um **Interessen des Staats** (etwa die Schaffung von Arbeitsplätzen, Schutz der Umwelt) oder aber um **individuelle Interesse bestimmter Bürger**, welche der Staat durch bestimmte rechtliche Pflichten schützen will (Verbraucher, benachteiligte Bevölkerungsgruppen, etc.). Diese paternalistischen Tendenzen machen eine Rechtsordnung oft unattraktiv – die belastende Regelung „infiziert“ die vorteilhaften und macht sie unattraktiv.

Beispiel: Oftmals wird die unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat größerer Kapitalgesellschaften (wohl zu Unrecht) als eine solche paternalistische Regelung angesehen, welche die Überzeugungskraft des deutschen Rechts erheblich mindert: Wer sich der deutschen Rechtsordnung unterwirft, muss auch diese Beteiligung von Arbeitnehmern an der Überwachung und (mittelbar) Entscheidungsfindung im Unternehmen in Kauf nehmen.

- 77 Selbst wenn man die Partikularinteressen außer acht lässt und auch die Schranken der Rechtswahl ignoriert, stehen oft die potentiellen Nachfrager einem freien Wettbewerb im Weg: Die Wahl einer fremden Rechtsordnung wird weder von den Beratern empfohlen noch wird sie von den Marktteilnehmern selbst in Betracht gezogen. Auch etwaige Kreditgeber, Kunden und Investoren werden unbekanntes Rechtsformen eher **skeptisch begegnen**: Hier dominieren oftmals Vorurteile, die Informationskosten sind prohibitiv (d.h. sie schließen die Wahl der ausländischen Rechtsform aus).

Beispiel: Illustrativ hierfür sind Aufstieg und Fall der britischen Limited in Deutschland. Durch aggressive Internetwerbung im Anschluss an die *Überseering*-Entscheidung des EuGH 2002¹² wurden Gründer von dieser Rechtsform anfänglich begeistert. Auf dem Markt wurden diese Unternehmen jedoch kaum akzeptiert; auch Beratung bei Streitigkeiten war praktisch nicht zu erlangen. Aus diesem Grund brach die Nachfrage schon vor Schaffung der UG (haftungsbeschränkt) im Jahr 2008 rapide ein.

c) Der EU-Binnenmarkt als Lösung?

- 78 Das Europarecht versucht einen **Kompromiss** zwischen dem ungehemmten

¹² EuGH NJW 2002, 3614 – *Überseering*.

Der Wettbewerb der Rechtsordnungen

Wettbewerb einerseits und der Abschottung einzelner Staaten vor den Gefahren fremder Rechtsordnungen zu finden:

- 79 Einerseits wird durch die Grundfreiheiten des AEUV (Warenverkehrsfreiheit, Niederlassungsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit, Arbeitnehmerfreizügigkeit, Kapitalverkehrsfreiheit) von den Mitgliedstaaten der Abbau von Hindernissen verlangt und eine Benachteiligung verboten. Hierdurch wird eine unkontrollierte Diskriminierung verhindert. So muss Deutschland im Grundsatz eine polnische Gesellschaft als solche akzeptieren und darf keine zusätzlichen Anforderungen im Vergleich zum polnischen Recht zu stellen. Praktisch wird dadurch ein **Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten** etwa im Gesellschaftsrecht, aber auch im Hinblick auf Waren und Dienstleistungen als solche eröffnet.
- 80 Das Europarecht verbietet nicht nur unmittelbare Eingriffe durch Zölle oder besondere Anforderungen, sondern auch eine **Unterstützung der eigenen Unternehmen** durch Subventionen („Beihilfen“). Auch **privatrechtlichen Beschränkungen** werden durch die Art. 101, 102 AEUV (Kartellrecht bzw. Wettbewerbsrecht) weitgehend ausgeschlossen. Das Grundprinzip ist also ein durchlässiger Binnenmarkt, der auch einen weitgehend freien Wettbewerb der Rechtsordnungen impliziert.
- 81 Andererseits erfolgt aber eine Korrektur durch **einheitliche Wertungsmaßstäbe** – etwa die EU-Grundrechtscharta und das auch im Europarecht anerkannte Missbrauchsverbot. Beschränkungen sind (spätestens seit der Cassis de Dijon-Entscheidung) zulässig, soweit sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sind und die konkrete Maßnahme erforderlich und angemessen ist. Die Anwendung dieser Kriterien wird durch den EuGH kontrolliert, der gewährleistet, dass nur wichtige Interessen eine Beschränkung der Grundfreiheiten erlauben. Es gibt also praktisch eine Art „Lauterkeitsrecht“ als Rahmen für die Rechtsordnungen, welches den ungehinderten Wettbewerb beschränkt.

2. Interessengruppen

- 82 Rechtsordnungen entstehen nicht aus dem Nichts, sondern werden durch vielfältige Interessengruppen geprägt. Für das Wirtschaftsrecht gilt nichts anderes – auch dessen Erfolg oder Misserfolg wird **durch die beteiligten Personengruppen geprägt**. Im Folgenden sollen die betreffenden „Player“ und ihr Einfluss grob charakterisiert werden.

a) Staaten

- 83** Ein Staat verfolgt bei der Schaffung von Regelungen ein **kollektivierte Interesse**. Im Idealfall geht es dabei nicht um Individualinteressen der Mandats-träger, sondern um die kollektivierte Interessen der Bevölkerung, d.h. die Steigerung der Gesamtwohlfahrt (insb. Sicherung von Arbeitsplätzen, Steigerung des Steueraufkommens, Gesundheit, Erhaltung der Umwelt, etc.). Freilich zwingt dies nicht notwendig dazu, selbst tätig zu werden – man kann ebenso gut auch darauf vertrauen, dass ein anderer Staat schon brauchbare Regelungen bereitstellt oder der Markt zu effizienten Ergebnissen bei der privaten Regulierung führt.

Beispiel: Zentrales Beispiel hierfür ist das US-amerikanische Kapitalgesellschaftsrecht. Zwar hat jeder Staat ein eigenes Gesellschaftsrecht, dennoch wird praktisch nur das Gesellschaftsrecht der großen Staaten (Kalifornien, New York) und vor allem dasjenige des Staates Delaware aktiv gepflegt. Die Staaten (und die dort ansässigen Unternehmen) vertrauen darauf, dass Delaware adäquate Regeln bereitstellt und die Unternehmen diese wählen.

- 84** Ein zentraler **Grund nicht einfach auf fremde Regelungen zu vertrauen** ist sicherlich der Schutz rein nationaler Interessen, welche der fremde Staat nicht in gleicher Weise verfolgt (insb. soziale Belange). Eine eigene Rechtsordnung kann auch zu weiteren Arbeitsplätzen (etwa zur Rechts- und Unternehmensberatung oder in staatlichen Aufsichts- und Registerbehörden oder der Gerichtsbarkeit) führen – der Rückgriff auf ausländisches Recht stärkt stattdessen fremde Staaten. Noch unmittelbarer kann ein Staat betroffen sein, wenn er von dortigen Unternehmen Registergebühren erheben kann oder diese für ihre dortigen Aktivitäten Steuern in den Staatshaushalt leisten. Rein moralisch kann ein Staat schließlich auch „Nationalstolz“ sein – man will mit anderen Staaten mithalten und selbstständig sein, statt nur auf fremde Rechtsordnungen zu vertrauen

Beispiel: Anschaulich ist dies im Fall des US-Staates Delaware. Dieser bezieht 25% seiner Einnahmen aus Gesellschaften, die im dortigen Handelsregister erfasst sind. Delaware hat damit ein großes Interesse daran, ein gutes und modernes Gesellschaftsrecht anzubieten, um sich diese Vorteile zu erhalten. Daher ist etwa das dortige Gesellschaftsrecht nur mit einer Mehrheit von 2/3 des Parlaments zu ändern; für die Verfahren gibt es ein Gericht mit Sonderzuständigkeit, welches zudem sehr schnell arbeitet.

- 85 Gerade bei kleinen Staaten kann dies aber zu einer gewissen Verzerrung führen. Diese sind regelmäßig nur in geringem Umfang selbst von den Auswirkungen der Regulierung betroffen. Dann tritt möglicherweise das Interesse an den Registergebühren und Steuern in den Vordergrund. Es wird attraktiv, ausländische Unternehmen anzulocken, indem man ihnen ein möglichst attraktives Angebot, auch auf Kosten Dritter anbietet. Es kommt zu „Recht aus dem Ramschladen“ („**Bargain Bin Law**“).

Beispiel: In diesen Kontext gehören etwa Staaten, die vollständige Anonymität der Gesellschafter bei niedrigsten Anforderungen an die Gründung gewährleisten – und damit Geldwäsche und Terrorfinanzierung den Weg ebnen. In der Praxis handelt es sich überwiegend um kleine Staaten (insb. in Südamerika oder der Karibik) mit einer schwachen eigenen Wirtschaft und einer geringen Bevölkerungszahl, die von den Aktivitäten dieser Unternehmen selbst nicht betroffen sind. Im Extremfall gibt es in einigen Karibikstaaten sogar zwei unterschiedliche Gesellschaftsrechte, deren Anwendung davon abhängig ist, ob wirtschaftliche Aktivitäten im jeweiligen Staat ausgeübt werden.

- 86 Die Erstellung der Regeln verursacht **erheblichen Aufwand** (Information, Koordination) auf Ebene der betroffenen Lobby und der Gesetzgebungsorgane. Um diesem Aufwand zu entgehen, kommt in Betracht, eine erfolgreiche Rechtsordnung einfach zu kopieren.

Beispiel: Diese Situation trat insbesondere nach dem Ende der Sowjetunion auf, als die ehemaligen kommunistischen Sowjetrepubliken neue, marktwirtschaftliche Regeln einführen wollten. Hier setzte sich v.a. der Staat Delaware für eine Übernahme seiner Regeln aktiv ein (da hierdurch einerseits Amerikaner ein bekanntes Umfeld gewährt wurde und andererseits die osteuropäischen Unternehmen so einen Anreiz zur Wahl des „Originals“ erhielten).

- 87 Zudem kann ein Staat sein bisheriges System um jeden Preis behalten wollen – immerhin hat es sich ja bewährt und die eigenen Juristen sind ausgebildet. Jede Änderung erfordert Umstellungen in den bestehenden Unternehmen und eine Weiterbildung der Berater sowie der Richter, welche das neue Recht anwenden müssen. Es kommt so zu einem „**Lock-in Effekt**“, bei dem der Staat sich praktisch selbst handlungsunfähig macht, um den Aufwand zu vermeiden. Nach der erstmaligen Schaffung einer Rechtsordnung fehlen in der Regel die Anreize zur Änderung, da eine echte Effizienzsteigerung schwer zu quantifizieren ist.

Beispiel: Diese Debatte wird gerade in Deutschland bei größeren Reformen immer geführt; exemplarisch dazu sind etwa die Diskussionen anlässlich der Modernisierung des Schuldrechts 2001.

b) Gläubiger

- 88 Auf den ersten Blick scheinen die Gläubiger der betreffenden Unternehmen prägend für die Gesetzgebung zu sein: Denn jedes Unternehmen lebt gerade von seinem **Außenkontakt**, sei es die bloße Finanzierung (Banken), die Lieferung von Materialien oder die Bereitstellung von Arbeitskraft. Aber auch die Endkunden sind Gläubiger, insb. in Bezug auf Gewährleistungsansprüche. Der Schutz der Gläubiger vor Verlusten ist angesichts der eng verknüpften Wirtschaft unverzichtbar – fällt ein Glied in der Lieferkette aus, kann dies gewaltige Implikationen für die Gesamtwirtschaft haben.
- 89 Bei genauerer Betrachtung sind aber die Bedürfnisse der Gläubiger **in keiner Weise homogen**. Die Politikwissenschaft und die Volkswirtschaftslehre gehen davon aus, dass Interessengruppen grds. passiv bleiben. Es gilt, dass Gruppen umso lauter und einflussreicher werden, je kleiner und organisierter sie sind.¹³ Die „Gläubiger“ als solche sind inhomogen und desorganisiert.

Beispiel: Durch enge Organisation und überschaubare Mitglieder können etwa die Notare intensiv Einfluss auf die deutsche Gesetzgebung ausüben. Ebenso gelingt es der Presseindustrie, den rechtlichen Schutz ihrer Erzeugnisse, etwa durch ein Leistungsschutzrecht abzusichern. Ähnlich eng organisiert sind etwa die Banken. Demgegenüber fehlt den Verbrauchern eine gleichwertige Struktur – was etwa die Schaffung einer Sammelklage praktisch verhindert.

- 90 Die einzelnen Gläubiger haben oft auch **keine hinreichende Verhandlungsmacht** unmittelbar gegenüber dem Unternehmen, um ihre Interessen durchzusetzen. Vielfach wird schon der Aufwand, um die fremden Vertragsbedingungen zu überprüfen, für den einzelnen Gläubiger zu hoch sein. Letztlich kommt daher nur eine nachträgliche Kontrolle durch Gerichte (im Rahmen eines Rechtsstreits) in Betracht. Auch hier haben Gläubiger mit hohen Einzelinteressen (namentlich Banken und zentrale Zulieferer) eine Sonderstellung gegenüber dem bloßen Massengeschäft.

¹³ Mancur Olson Jr., The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups.

c) Investoren und Manager

- 91 Anleger sind für die unternehmerische Tätigkeit **unverzichtbar**: Sie bringen das nötige Eigenkapital auf, ohne wie Geldkreditgeber auf einer festen Verzinsung zu bestehen, welche das Risiko auf die Gründer verlagern und (in der Regel nicht vorhandene) Sicherheiten erfordert. Insoweit üben Anleger auf den ersten Blick einen entscheidenden Einfluss auf den rechtlichen Rahmen aus. Als Ausgleich für die Übernahme des Ausfallrisikos und den Verzicht auf eine feste Verzinsung verlangen die Anleger einen Anteil am Gewinn. Sie werden nur investieren, wenn sie einen Profit für wahrscheinlich halten.
- 92 In einer idealen Welt werden die **Anleger daher die Unternehmen zu Gestaltungen zwingen**, welche möglichst geringen Ressourcenaufwand mit sich bringen. Soweit Gestaltungsfreiheit besteht, werden die Unternehmen gezwungen, diese effizient auszuüben. Gewährt man daher Kapitalverkehrsfreiheit und erlaubt den eigenen Bürgern im Ausland zu investieren, werden sie Unternehmen mit günstigen Rahmenbedingungen wählen. Räumt ein Staat nicht genug Freiheiten ein, muss er diese schaffen oder riskieren, dass seine Bürger in ausländische Unternehmen investieren (und die eigenen Unternehmen nicht genug Geld haben, um Arbeitsplätze zu erhalten).
- 93 Das Problem liegt allerdings wiederum darin, dass die Manager eine kleine, hochkonzentrierte Gruppe darstellen. Die Anleger sind vielmehr **in ihrer Gesamtheit verstreut** und aus diesem Grunde schwach. Es liegt daher nahe, dass die Lobby der Manager auf maximale Vertragsfreiheit drängt, was wiederum in der Praxis zu Lasten der Mitsprache- und Vermögensrechte der Investoren läuft.¹⁴ Ein Vertrauen auf die Anleger als Motor des Wettbewerbs der Rechtsordnungen geht daher zu weit.
- 94 Jedenfalls **Großanlegern** ist die Übermachtstellung der Manager durchaus bewusst. Sie werden daher vom Management glaubwürdige Versprechen für deren zukünftiges Verhalten verlangen. Genau diese kann nur die Rechtsordnung gewährleisten. Damit ist die Eingrenzung der Handlungsfreiheit der Manager praktisch die Gegenleistung für die Investition der Anleger.
- 95 Sehr anschaulich zeigt dies der **Delaware-Effekt** in den USA: Der Staat Delaware hat eine der liberalsten Rechtsordnungen und ermöglicht dadurch den Unternehmen die flexibelsten Gestaltungen. In der Praxis werden aber nicht

¹⁴ Adolph A Berle/Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property* (1932).

Begriff und Bedeutung des Internationalen Privaten Wirtschaftsrechts

anlegerschützende Regelungen (Minderheitsquoten, Bezugsrecht, etc.) geschaffen, sondern im Gegenteil soweit wie möglich die Unabhängigkeit der Gesellschaftsorgane vor einem Einfluss der Aktionäre abgesichert. Stattdessen erfolgt die Absicherung hier allein über den Kapitalmarkt – unlukrative Unternehmen riskieren eine Übernahme und damit einen Austausch des Managments, was einen Missbrauch begrenzt. Hinzu treten strenge Loyalitätspflichten, so dass bei eigennützigem Handeln (im Sinne einer Untreue, § 266 StGB) strenge Rechtsfolgen, insb. eine unbeschränkte persönliche Haftung, greifen.

d) Unternehmensgründer

- 96 Schließlich wird der Wettbewerb auch durch die Unternehmensgründer geprägt: Diese wählen immerhin eine bestimmte Rechtsordnung, wenn sie ihr Unternehmen gründen. Problematisch sind insoweit aber die angelegten Kriterien:
- 97 – **Kleingewerbetreibende** haben oft (noch) keinen Blick für die laufenden Kosten (etwa Beratungsaufwand, Registergebühren, Dauer von Rechtsstreitigkeiten) und können auch die Folgen der Struktur für die spätere Tätigkeit nicht abschätzen. Gerade bei wenigen Gesellschaftern wird zunächst auch kein großer Wunsch nach Gestaltungsfreiheit im Innenverhältnis bestehen – denn man kann alles formlos und intern beilegen. Stattdessen wird oftmals den Gründungskosten eine viel zu hohe Bedeutung beigemessen. Ausgaben für den Notar, die Aufbringung des Stammkapitals oder sogar die Zahlungen an das Register werden vielfach als entscheidend erachtet. Übersehen wird dabei, dass diese Kosten bei länger existierenden Unternehmen praktisch in den Hintergrund treten – es handelt sich um einmalige Fixkosten, die langfristig über die laufenden Einnahmen amortisiert werden können.
- 98 – Demgegenüber wird der Gründer einer **börsennotierten Gesellschaft** bzw. derjenige, der ein Unternehmen entsprechend umwandelt oder die Papiere demnächst öffentlich anbieten will stärker durch die Nachfrageseite geprägt. Es geht dann um die „Börsenakzeptanz“ der Gesellschaft – man macht das, was der Markt akzeptiert bzw. gutheißt. Aber auch hier können die Gründer sich Sonderrechte wünschen. Um eine Überfremdung abzuwehren, mögen sich die Gründer besondere Vorrechte einräumen oder Vorkehrungen zum Übernahmeschutz treffen. Dies deckt sich nicht notwendig mit den Wünschen des Marktes und wird oftmals wiederum ineffiziente Ergebnisse fördern.

- 99 Traditionell führte die Entscheidung für eine bestimmte Rechtsordnung bei der Unternehmensgründung zu einer **dauerhaften Bindung**: Durch die Sitztheorie war eine Verlegung des Verwaltungssitzes ebenso wie ein Wechsel der Rechtsordnung praktisch nur durch Auflösung, Liquidation und Neugründung möglich. Erst durch neuere Entwicklungen im Europarecht kam dies wirklich als Option in Betracht: So ermöglichte die Societas Europaea (Europäische Aktiengesellschaft) mit einem etwas umständlichen Verfahren einen Wechsel der Rechtsordnung bei Verlegung des Sitzes; noch weiter ging die EuGH Rechtsprechung (Vale¹⁵, Polbud¹⁶), welche eine grenzüberschreitende Verschmelzung¹⁷ und einen grenzüberschreitenden Formwechsel für Kapitalgesellschaften ermöglichte. Damit können Fehler bei der ursprünglichen Rechtswahl auch nachträglich korrigiert werden.
- 100 Praktisch ist hier aber auch heute noch eine **hohe Pfadabhängigkeit** zu beobachten: Nur 4% der SE haben tatsächlich ihren Sitz in einen anderen Staat verlegt. In der Praxis werden hier oftmals steuerrechtliche Erwägungen angeführt – denn das Steuerinteresse des Wegzugstaates wird auch vom EuGH akzeptiert und nicht durch die Niederlassungsfreiheit beschränkt.¹⁸

3. Rechtsvereinheitlichung als Alternative?

- 101 Soweit man aufgrund der vorhergehenden Ausführungen annimmt, dass Wettbewerb an der Erfolgsmessung und dem fehlenden Anreiz für die Teilnehmer ausfällt oder jedenfalls zu ineffizienten Ergebnissen führt (der Ökonom spricht dann von einem „Marktversagen“) ist die typische Reaktion die Schaffung zwingenden Rechts – d.h. der Ersatz des Wettbewerbs durch fixierte Rahmenbedingungen. In Bezug auf Rechtsordnungen kann dies nur durch verbindliches **Einheitsrecht** erfolgen.
- 102 Auf den ersten Blick hat dies erhebliche Vorteile: Es wird eine **Gleichbehandlung aller Marktteilnehmer** (auf dem Markt für die jeweiligen Produkte und Dienstleistungen) erreicht, so dass sich der Wettbewerb auf Qualitätsverbesserungen und Verfahrensoptimierungen zur Preissenkung konzentrieren

¹⁵ EuGH NJW 2012, 2715.

¹⁶ EuGH NJW 2017, 3639.

¹⁷ Konkretisiert durch die Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten; nunmehr ihrerseits kodifiziert durch die Gesellschaftsrechtsrichtlinie (Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts.

¹⁸ Siehe nur EuGH NJW 1989, 2186 – Daily Mail

Begriff und Bedeutung des Internationalen Privaten Wirtschaftsrechts

kann. Auch für den Kunden ist die Lage einfacher, da Rechtsfragen keine Entscheidungsgrundlage mehr darstellen.

Beispiele: 1. Illustrativ hierfür ist die zwingende Vorgabe einer Verjährungsfrist von zwei Jahren bei der Mängelgewährleistung durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Würde man den Mitgliedstaaten einen Spielraum einräumen oder gar Vertragsfreiheit zulassen, müssten sich die Kunden bei einem Kauf im Ausland aufwändig informieren – was ausländische Anbieter erheblich benachteiligen würde. 2. Aber auch eine Vollspezifikation der Ware selbst kann wettbewerbsfördernd wirken – etwa Vorgaben für Bananengröße und Krümmung durch die EU. Hierdurch werden die möglichen Parameter, die man als Anbieter variieren kann, verringert.

- 103** Aus Sicht der Unternehmen werden die **Zugangskosten zu fremden Märkten** verringert: Erfüllt ihr Produkt die Anforderungen im Heimatstaat, können sie es auch Kunden im Ausland anbieten. Dies ist der wesentliche Gesichtspunkt hinter dem von der EU-Kommission etwa im Onlinebereich propagierten „Herkunftslandsprinzip“. Gleichzeitig werden die Auswirkungen regionaler Interessen und örtlich begrenzter Lobbyarbeit verringert: Durch die zunehmende Entfernung von den konkret Betroffenen wird eine „neutralere“ Rechtssetzung gefördert.
- 104** Die Senkung der Transaktionskosten (also dem Aufwand für Verhandlungen, etc.) bei grenzüberschreitenden Angeboten erweitert den Kreis der Anbieter und Nachfrager, **vergrößert also den geographischen Markt** und damit die Zahl der Wettbewerber. Hierdurch werden marktmächtige Stellungen vermindert und der Konkurrenzkampf intensiviert. Auch hier werden nach dem Coase-Theorem tendenziell Ergebnisse erzielt, welche die Gesamtwohlfahrt steigern.
- 105** Schließlich kann man vermuten, dass eine einheitliche staatenübergreifende Regelung erheblichen Aufwand mit sich bringt (da die nationalen Partikularinteressen überwunden werden müssen). Soweit hier ein Kompromiss erzielt wird, der alle Beteiligten zufriedenstellt, spricht viel dafür, dass die so gefundenen **Regelungen am ehesten dem Konsens in der Bevölkerung und damit der Gesamtwohlfahrt entsprechen**. Zwingend ist dies natürlich nicht – die Regeln können auch faule Kompromisse darstellen, die eigentlich sachfremde Fragen miteinander verknüpfen.
- 106** Genau diese Schwierigkeit der Kompromissfindung ist aber auch die größte

Der Wettbewerb der Rechtsordnungen

Schwäche des Einheitsrechts: Weil jede Änderung oder Neufassung der Regelungen erneut die Diskussion eröffnen würde, wird man diesen Konflikt tendenziell zu vermeiden suchen. Es droht daher eine **Versteinerung des status quo**. Dies wird verstärkt durch fehlende Erfahrungen mit Alternativen: Soweit ein einheitlicher Rahmen besteht, fehlt es an Ausweichmöglichkeiten, so dass andere Gestaltungen praktisch unbekannt sind. Solche unbekannt entwickelte werden die beteiligten Staaten jedoch scheuen.

Beispiele: 1. Ein anschauliches Beispiel für diesen Effekt ist etwa die Festsetzung des Mindestgrundkapitals für Aktiengesellschaft in der EU. Artikel 6 Abs. 1 der Kapitalrichtlinie von 1976¹⁹ sah ein Mindestkapital von 25.000 ECU (=25.000 €) vor. Art. 6 Abs.3 der Richtlinie sah vor, dass die Werte auf Vorschlag der Kommission alle fünf Jahre „*unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen und monetären Entwicklung in der Gemeinschaft sowie der Tendenzen, die Wahl der in Artikel 1 Absatz 1 bezeichneten Gesellschaftsformen großen und mittleren Unternehmen vorzubehalten*“ angepasst werden sollten. Dennoch sieht auch Art. 45 Abs. 1 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie²⁰ als heute gültige Nachfolgeregelung exakt den selben Betrag – obgleich der Betrag heute selbst bei einer niedrig geschätzten Inflationsrate von 2% pro Jahr eigentlich mindestens doppelt so hoch sein müsste. 2. Mit der Richtlinie 96/6/EG²¹ wurde 1996 ein „*sui generis* Schutz“ von Datenbanken ohne kreative Auswahl oder Anordnung (etwa Telefonbücher) geschaffen. Nach Art. 16 Abs. 3 der Datenbankrichtlinie ist diese alle drei Jahre zu evaluieren. Tatsächlich durchgeführt wurde bislang nur eine solche Überprüfung (im Jahr 2005).²² Die Auswirkungen der Richtlinie wurden dabei sehr negativ bewertet – es wurden nicht signifikant mehr Datenbanken geschaffen, die Regelungen schufen Rechtsunsicherheit und gefährdeten den Wettbewerb. Dennoch meinte die Kommission, dass man diese Regeln besser beibehalten solle („*On the other hand, even if a piece of legislation has no proven positive effects on the growth of a particular industry, withdrawal is not always*

¹⁹ Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten.

²⁰ Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts

²¹ Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken.

²² http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_en.pdf.

the best option. Removing the “sui generis” right and thereby allowing Member States to revert to prior forms of legal protection for all forms of “non-original” databases that do not meet the threshold of “originality”, might be more costly than keeping it in place.”)

- 107 Selbst wenn es zu keiner Versteinerung kommt, stellen sich die schon im nationalen Recht auftretenden **Probleme ungünstiger Formulierung** der Regelung im internationalen Zusammenhang in besonderer Weise. Eine zu weitgehende Norm mag erwünschte Verhaltensweise effektiv unterbinden; eine zu eng formulierte Regelung erfasst wichtige Fälle nicht. Die Reaktionsgeschwindigkeit des Gesetzgebers ist aber in dieser Konstellation eher langsamer. Auch die Gerichte sind als Korrekturmechanismus nur bedingt geeignet: Würde man diesen einen zu weitgehenden Spielraum (insb. zur Analogie und teleologischen Reduktion) eröffnen, würden durch diese Hintertür doch wieder divergente Regelungen entstehen. Das Ziel der Rechtsvereinheitlichung wäre verfehlt. Eine einheitliche Auslegungsinstanz fehlt.

2. Kapitel Chancen und Schwierigkeiten von Einheitsrecht und Modellgesetzen

- 108 Ziel dieses Kapitels ist es, Ihnen ein Gefühl für die Herausforderungen bei der Entwicklung und Anwendung von zwischenstaatlich vereinheitlichten Rechtsnormen zu geben. Zu diesem Zweck werden wir uns exemplarisch mit drei verschiedenen Beispielen auseinandersetzen: Zunächst richten wir unseren Blick auf das scheinbar erfolgreichste Vorhaben, das UN-Kaufrecht (CISG) und betrachten dabei dessen Regelungen und praktische Bedeutung (unter I). Im Anschluss werfen wir einen Blick auf die harmonisierten Regelungen im Scheck- und Wechselrecht, die Gründe für die insoweit erfolgte Angleichung und das dahinterstehende praktische Bedürfnis (unter II). Schließlich schauen wir uns einige Übereinkommen zum Transportrecht und ihre Rückwirkungen auf das deutsche Recht an (unter III). Abschließend werfen wir noch einen kurzen Blick auf Modellgesetze (unter IV).

I. UN-Kaufrecht

1. Geschichte des UN-Kaufrechts

- 109 Traditionell stellt der Im- und Export beweglicher körperlicher Gegenstände (Waren) eine der **zentralen Tätigkeiten internationaler unternehmerischer Aktivität** dar. Dementsprechend kam schon früh der Wunsch nach einheitlichen rechtlichen Rahmenbedingungen auf, um grenzüberschreitende Aktivitäten zu erleichtern und so nationalen Unternehmen den Verkauf in das Ausland durch einheitliche rechtliche Vorgaben zu erleichtern bzw. den Import durch einen bekannten Rahmen zu erleichtern. Schon 1928 erklärte Ernst Rabel dem Präsidenten der frisch gegründeten UNIDROIT (Vittorio Scialoja), dass die Vereinheitlichung des Rechts der grenzüberschreitenden Warenkäufe künftig ein vorrangiges Ziel sein solle.²³ Tatsächlich wurden dann auch in den Jahren 1929-1935 wichtige Vorarbeiten geleistet und schließlich ein Entwurf vorgelegt.
- 110 Die **Gründe für eine Harmonisierung** gerade im internationalen Handelskauf sind evident: Soweit eine Partei ihre Rechtsordnung durchsetzen kann, hat diese einen Wissensvorsprung und kann leicht auf (der anderen Partei unbekannt) Spezialregelungen vertrauen. Bei einer einheitlichen Regelung haben demgegenüber beide Parteien den gleichen Ausgangspunkt und keiner einen

²³ Rabel, *RabelsZ* 9 (1935), 1–79.

Chancen und Schwierigkeiten von Einheitsrecht und Modellgesetzen

Vorteil. Durch die Nutzung einheitlicher Regelungen tritt zudem derselbe Effekt wie bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein: Es gilt ein einheitlicher, nicht immer wieder neu auszuhandelnder Rahmen und es kann Verhandlungsaufwand gespart werden (es werden also die Transaktionskosten reduziert). Schließlich hat der nationale Gesetzgeber beim internationalen Handelskauf anders als namentlich bei Verbraucherverträgen ein deutlich geringeres Risiko zu tragen: Es geht um erfahrene Marktteilnehmer, die sich regelmäßig rechtlich beraten lassen und auch keine Hemmungen haben, für sie ungünstige Regelungen durch AGB abzubedingen. Soweit ein vereinheitlichtes Kaufrecht also ungünstige, umständliche oder ineffiziente Regelungen enthalten würde, würde sich der Geschäftsverkehr schnell durch eigene Lösungen darüber hinwegsetzen. Bei zwingendem Verbraucherrecht bestünde diese Möglichkeit hingegen nicht.

- 111 Einen ersten Versuch zur tatsächlichen Umsetzung dieser Pläne wagte die **Haager Konferenz für Internationales Privatrecht (HCCH)** im Jahr 1964 mit einem „Übereinkommen zur Einführung eines Einheitlichen Gesetzes über den *Abschluß* von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen“ (EAG) sowie einem „Haager Übereinkommen zur Einführung eines Einheitlichen Gesetzes über den internationalen Kaufbeweglicher Sachen“ (EKG) jeweils vom 1. Juli 1964. Deutschland war einer der Unterzeichnerstaaten dieses Abkommens und erließ in Umsetzung dieser Vorgaben am 17. Juli 1973 ein „Einheitliches Gesetz über den Abschluß von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen“ sowie ein „Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen“.
- 112 Das Einheitskaufrecht war letztlich **kein großer Erfolg**: Selbst zu seinen Bestzeiten hatte es nur 19 Mitgliedstaaten, die allesamt in Westeuropa lagen. Die USA als zentraler Handelspartner hatten das Übereinkommen nie angenommen; ebensowenig die Staaten des früheren Ostblocks (insb. die Sowjetunion) oder auch Entwicklungsstaaten in Asien, Afrika oder Südamerika. Auch Staaten wie Frankreich und die skandinavischen Staaten traten dem Übereinkommen nicht bei. Damit betraf das Übereinkommen ein kleineres Gebiet als die heutige Europäische Union. Freilich wird man bei einer Recherche durchaus zahlreiche Urteile deutscher Gerichte auf Grundlage der Haager Kaufgesetze finden – insoweit hatten die Normen durchaus Bedeutung.
- 113 Aufgrund der eher schleppenden Ratifikation und der ausdrücklichen Widerstände insbesondere der Ostblockstaaten („2. Welt“) und der Entwicklungsländer („3. Welt“), welche ihre Interessen in den Übereinkommen nicht angemessen gewahrt sahen, entschied sich **UNCITRAL** einen neuen Versuch zu

starten. Man begann mit einer Konsultation 1968, in der man die UN-Mitgliedstaaten zu Stellungnahmen zu den Haager Gesetzen aufforderte. Auf dieser Grundlage erarbeitete man einen neuen Entwurf für die Rechtsfolgen (insb. das Gewährleistungsrecht), der 1976 vorgestellt wurde. Parallel entstand ein Entwurf zum Vertragsschluss. Nach Überarbeitung wurden beide Entwürfe 1978 in New York zu einem einheitlichen Text verbunden. Nachdem dieser Entwurf den Regierungen aller Mitgliedstaaten zugeleitet wurde, wurde er 1980 in Wien verhandelt. Von den 62 anwesenden Staaten stimmten schließlich 42 für die so erarbeitete Fassung; 1986 wurden die zehn Beitrittsurkunden erreicht, so dass das Übereinkommen zum 1. Januar 1988 in Kraft treten konnte. In Deutschland wurden das CISG und das zugehörige Zustimmungsgesetz vom Bundesrat durch die Beschlüsse vom 23. September 1988 und 12. Mai 1989 gebilligt sowie vom Bundestag am 20. April 1989 angenommen. Die Ausfertigung durch den Bundespräsidenten erfolgte am 5. Juli 1989; in Kraft getreten ist das CISG in Deutschland am 1. Januar 1991.

- 114** Das UN-Kaufrecht **ersetzt das Einheitskaufrecht (Art. 99 CISG)** – weshalb die Mitgliedstaaten die Haager Übereinkommen kündigen mussten. Dementsprechend findet auch in Deutschland das Haager Einheitskaufrecht keine Anwendung mehr (Art. 5 Abs. 1 des Gesetzes zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf sowie zur Änderung des Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 19. Mai 1956 über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (CMR)). Überraschenderweise ist das Haager Einheitskaufrecht aber noch in Großbritannien in Kraft, die dem UN-Kaufrecht nie beigetreten sind.
- 115** Mit **derzeit 89 Unterzeichnerstaaten** (zuletzt Aserbaidshan im Jahr 2017 und Costa Rica, Fiji sowie Kamerun im Jahr 2018; 2019 wird das CISG in Palästina in Kraft treten) gilt das UN-Kaufrecht als das Vorbild für internationale Rechtsvereinheitlichung. 19 der 20 größten Handelspartner Deutschlands sind Mitgliedstaaten, fast 90% des Welthandels könnten auf Grundlage des UN-Kaufrechts erfolgen. Innerhalb der EU sind derzeit freilich (neben Großbritannien) Irland, Malta und Portugal weder den Haager Kaufrechtsübereinkommen noch dem UN-Kaufrecht beigetreten.
- 116** Die **Vertragspraxis der Unternehmen** setzt aber aller Euphorie einen Dämpfer auf. Noch immer ist es üblich, im Rahmen einer Rechtswahl formularhaft das UN-Kaufrecht auszuschließen („Es gilt deutsches Recht unter Ausschluss des

Chancen und Schwierigkeiten von Einheitsrecht und Modellgesetzen

UN-Kaufrechts“), um so zu den §§ 433 ff. BGB und §§ 373 ff. HGB zu gelangen. Die Klausel findet sich sogar in Verträgen, auf welche das UN-Kaufrecht ohnehin keine Anwendung finden würde, etwa bei Softwaredownloads oder sonstigen digitalen Inhalten. Auch bei Anwälten und Richtern erfreut sich das UN-Kaufrecht keiner großen Beliebtheit. Einerseits fehlt es oft an den entsprechenden Kenntnissen (während man das deutsche Kaufrecht schon im 2. Semester gelernt hat, fehlen außer im Schwerpunktbereich bzw. dem Vis-Moot-Court jegliche Erfahrungen mit dem CISG). Treffend drückte dies ein spanischer Anwalt aus, der empört erklärte *„Cómo que se debe aplicar un Convenio de Viena, y el Derecho suizo!? Aquí estamos en España!!“*²⁴

- 117** Traditionell war der **Hauptkritikpunkt aus Sicht der deutschen Anwaltschaft** vor allem die großen Unterschiede zwischen dem UN-Kaufrecht und dem Schuldrecht des BGB. Im Rahmen der Modernisierung des Schuldrechts 2001 hat man sich freilich jedenfalls teilweise im Leistungsstörungenrecht am UN-Kaufrecht orientiert. Die Unterschiede sind daher heute deutlich geringer als im 20. Jahrhundert. Dennoch unterwerfen sich Unternehmen, welche gezielt das UN-Kaufrecht wählen einer unbekannteren Rechtsordnung, was wiederum eine gewisse Rechtsunsicherheit zur Folge hat.
- 118** Zur Verbesserung der Akzeptanz des UN-Kaufrechts in der Vertragspraxis trägt vor allem der jährlich stattfindende **Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot in Wien** bei, der 2018 zum 25. Mal stattfand. Mit 362 teilnehmenden Bildungseinrichtungen aus 82 Staaten handelt es sich um eine gewaltige Veranstaltung, bei der jedes Jahr ein komplexer Fall aus dem UN-Kaufrecht im Rahmen eines simulierten Schiedsverfahrens behandelt wird. Zum 15. Mal fand 2018 der Vis East in Hong Kong statt, bei dem der gleiche Sachverhalt vor einem geringfügig kleineren Kreis verhandelt wird.
- 119** Wie alle zwischenstaatlichen Übereinkommen stellen sich freilich in der praktischen Anwendung. Dies beginnt schon mit der **Auslegung** – verbindliche Sprachfassungen des CISG sind in englisch, arabisch, chinesisch, französisch, russisch und spanisch. Die deutsche Fassung ist also nur eine unverbindliche Übersetzung. Die zuvor genannten verbindlichen Fassungen sind hingegen gleichrangig – das bedeutet, bei mehrdeutigen Übersetzungen ist (wie z.B.

²⁴ Zit. nach Piltz, NJW 2017, 2449 Fn. 38 – „Was heißt hier, es gilt ein Vertrag von Wien und Schweizer Recht!? Wir sind hier in Spanien!!“.

auch bei der Anwendung von Europarecht) eine Synopse der Fassungen heranzuziehen und der wahre Wille des Gesetzgebers zu ermitteln. Die Verhandlungen zum UN-Kaufrecht sind demgegenüber ausschließlich auf englisch erfolgt, so dass diese Fassung im Zweifel die authentischste ist.

- 120** Anders als im Europarecht gibt es für das UN-Kaufrecht **keine einheitliche Auslegungsinstantz**. Das hat allerdings zur Folge, dass jeder Richter und jeder Anwalt an das CISG mit seinen jeweiligen nationalen Vorkenntnissen herangehen wird. Ein deutscher Jurist mag bewusst oder unbewusst Wertungen von BGB und HGB heranziehen, ein US-Amerikaner hingegen das UCC oder die Grundsätze des Common Law. Der Umfang an Normen ist nicht groß genug, um eine autarke systematische Auslegung vorzunehmen.
- 121** Um eine einheitliche Auslegung zu fördern setzt man vor allem auf **Entscheidungssammlungen**. So kann man etwa in der Datenbank CISG Online²⁵ gezielt nach Urteilen suchen oder aber in der von UNCITRAL erstellten Entscheidungssammlung CLOUT („Case Law on UNCITRAL Texts“)²⁶ die Auslegung der Regelungen durch verschiedene nationale Gerichte und Schiedsgerichte in konsolidierter Form nachlesen. UNCITRAL stellt insoweit sogar einen eigenen „Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods“²⁷ bereit, welcher die einschlägigen Entscheidungen geordnet nach Artikeln knapp zusammenfasst. Aus deutscher Sicht gibt es zudem zahlreiche Kommentierungen – insbesondere wird das CISG in jedem größeren BGB- und HGB-Kommentar behandelt, zudem gibt es mehrere Spezialkommentierungen.

2. Zentrale Inhalte

- 122** Das UN-Kaufrecht besteht aus **100 Artikeln in vier Teilen**. Dabei sind Teil II („Abschluss des Vertrages“, Art. 14-24 – entsprechend den Regeln des BGB AT) und Teil III („Warenkauf“, Art. 25-65 – entsprechend den Regeln des Schuldrecht AT und des Kaufrechts) von zentraler Bedeutung, während Teil I („Anwendungsbereich und allgemeine Bestimmungen“, Art. 1-13) die Abgrenzung zu den nationalen Rechtsordnungen und allgemeinen Auslegungs- und Anwendungsregeln behandelt und Teil IV („Schlussbestimmungen“, Art.

²⁵ <http://www.cisg-online.ch/>

²⁶ http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html

²⁷ http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf

Chancen und Schwierigkeiten von Einheitsrecht und Modellgesetzen

89-100) Vorbehalte der Mitgliedstaaten ermöglicht.

a) Anwendungsbereich

- 123** Der Anwendungsbereich wird durch **Art. 1 CISG und Art. 2 CISG** geregelt. Danach gibt es im Wesentlichen zwei Wege zum UN-Kaufrecht: Es gilt automatisch, wenn die Niederlassung des Käufers und die Niederlassung des Verkäufers in verschiedenen Staaten liegen, die beide das UN-Kaufrecht ratifiziert haben (Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG, sog. „autonome Anwendung“ – die Vertragsstaaten können dies nach Art. 92, 93 CISG ausschließen) oder aus irgendwelchen Gründen das IPR auf einen Staat verweist, der CISG-Vertragsstaat ist (Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG, sog. „indirekte Anwendung“ – allerdings können die Vertragsstaaten dies nach Art. 95 CISG ausschließen).
- 124** Der **Begriff des Kaufvertrags** muss autonom (d.h. losgelöst vom BGB) definiert werden. Er umfasst nach Art. 3 CISG insbesondere auch die Herstellung neuer Sachen, wenn der Käufer nicht ausnahmsweise einen „wesentlichen Teil der für die Herstellung oder Erzeugung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung zu stellen hat“; auf Verträge, bei denen der „überwiegende Teil“ in einer Dienstleistung liegt findet das CISG hingegen keine Anwendung. Unter „**Waren**“ versteht man alle beweglichen Gegenstände.
- 125** Art. 2 CISG enthält eine **abschließende Liste von Ausnahmen**. Neben „elektrischer Energie“ und Schiffen finden sich dort u.a. Wertpapiere und der Erwerb kraft Versteigerung oder Zwangsvollstreckung.
- 126** Anders als im deutschen HGB wird explizit (Art. 1 Abs. 3 CISG) **nicht auf den Kaufmannsbegriff** abgestellt. Besonderer Bedeutung kommt daher der Regelung des Art. 2 lit. a CISG zu. Dieser schließt das UN-Kaufrecht für den Kauf „von Waren für den persönlichen Gebrauch oder den Gebrauch in der Familie oder im Haushalt“ aus. Allerdings wird der gutgläubige Verkäufer geschützt – das UN-Kaufrecht gilt auch, wenn der Verkäufer „vor oder bei Vertragsabschluss weder wußte noch wissen mußte, daß die Ware für einen solchen Gebrauch gekauft wurde“. Dies ist genau umgekehrt zum europarechtlichen Verbraucherschutz, wo eine Person als Verbraucher gilt, solange nicht die Unternehmereigenschaft gezielt vorgespiegelt wurde.
- 127** Große praktische Bedeutung hat allerdings Art. 6 CISG. Die Regelung sieht vor, dass die Parteien des Vertrages die Anwendung des CISG **insgesamt ausschließen können** und die Regelungen grundsätzlich dispositiv sind. Damit rechtfertigt sich der in der Praxis fast universelle Ausschluss des UN-Kauf-

rechts. Allerdings muss dieser Ausschluss wenn nicht ausdrücklich doch zumindest konkludent erfolgen. Dies bedeutet, dass ein erkennbarer Wille zur Nichtanwendung vorliegen muss. Im Zweifel enthält die Wahl einer Rechtsordnung daher auch das CISG – wer also „deutsches Recht“ für anwendbar erklärt, meint damit nicht etwa nur das BGB und das HGB, sondern auch das als deutsches Recht geltende (und grds. vorrangige) UN-Kaufrecht.

- 128** Da die Anwendung des UN-Kaufrechts an den Ort der Niederlassung anknüpft, der bei Vertragsschluss manchmal nicht bekannt ist, enthält Art. 1 Abs. 2 CISG eine **Schutzvorschrift**: Soweit die Niederlassung in verschiedenen Staaten „sich nicht aus dem Vertrag, aus früheren Geschäftsbeziehungen oder aus Verhandlungen oder Auskünften ergibt, die vor oder bei Vertragsabschluss zwischen den Parteien geführt oder von ihnen erteilt worden sind“, wird der Vertrag nicht unter das CISG gestellt.

b) Auslegung

- 129** Art. 7 Abs. 1 CISG stellt klar, dass bei der Auslegung der einzelnen Regelungen der „**internationale Charakter**“ des Übereinkommens berücksichtigt werden soll. Zudem soll der Rechtsanwender die einheitliche Anwendung und die Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel fördern.
- 130** Art. 7 Abs. 2 CISG öffnet das Übereinkommen über die expliziten Regelungen hinaus zu einer Analogie und vor allem für die **Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze**. Erst wenn keine „allgemeinen Grundsätze, die diesem Übereinkommen zugrunde liegen“ aufgefunden werden können, darf auf das Recht des Staates zurückgegriffen werden, das nach den Regeln des internationalen Privatrechts anzuwenden ist.

Beispiele: Zu diesen allgemeinen, aber unregulierten Grundsätzen gehören etwa Treu und Glauben – aber auch die Parteiautonomie, der Grundsatz der Formfreiheit oder die Schadensminderungspflicht beider Parteien.

c) Einzelfragen (Beispiele)

- 131** Eine umfassende Darstellung des UN-Kaufrechts würde den Umfang dieses Skripts bei weitem sprengen. Stattdessen sollen nur **exemplarisch einige Regelungen** herausgegriffen werden.
- 132** Art. 8 CISG regelt die Auslegung von Erklärungen – entspricht also in gewisser Weise §§ 133, 157 BGB. Auch dort ist primär auf den Willen des Erklärenden

Chancen und Schwierigkeiten von Einheitsrecht und Modellgesetzen

abzustellen – aber nur soweit der Empfänger den Willen kannte oder erkennen musste. Hilfsweise (wenn der Wille nicht erkennbar war) ist stattdessen darauf abzustellen „wie eine vernünftige Person der gleichen Art wie die andere Partei sie unter den gleichen Umständen aufgefaßt hätte“. Schließlich wird noch klargestellt, dass bei der Auslegung auf „alle erheblichen Umstände“ abzustellen ist – einschließlich Verhandlungen zwischen den Parteien, die zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheiten, die Gebräuche und sogar auf das spätere Verhalten der Parteien.

- 133** Die **Einbeziehung von AGB** ist nicht gesondert geregelt. Der BGH²⁸ verlangt insoweit neben dem erkennbaren Einbeziehungswillen des Verwenders (Art. 8 Abs. 1 CISG) und dem fehlenden Widerspruch des Empfängers auch, dass die AGB aktiv übersandt werden oder zumindest vor Vertragsschluss zugänglich gemacht wurden. Zudem muss dies in der Verhandlungssprache erfolgen. Damit sind die Anforderungen höher als beim Vertragsschluss unter deutschen Kaufleuten, wo die bloße Bezugnahme genügt und der Empfänger aktiv auf einer Zugänglichmachung bestehen muss.
- 134** Art. 9 CISG entspricht § 346 HGB. Dabei stellt Art. 9 Abs. 1 CISG explizit auf die **konkreten Üblichkeiten** zwischen den konkreten Parteien ab, während Art. 9 Abs. 2 CISG auf branchenweite Bräuche verweist. Letztere sollen nur gelten, wenn die Parteien den Brauch kannten oder kennen mussten und diese in der jeweiligen Branche „weithin bekannt sind und von ihnen regelmäßig beachtet werden“. Offen bleibt dabei etwa die Frage, ob es ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben gibt und welche Anforderungen daran zu stellen sind.
- 135** Ergänzt werden diese allgemeinen Auslegungsregeln durch einige **Vermutungsregeln**, etwa Art. 55 CISG (der einen angemessenen Kaufpreis vermutet, was wir im deutschen Recht im Kaufrecht gerade nicht kennen, sondern insb. bei Dienst- und Werkvertrag, §§ 612, 632 BGB). Weniger spannend ist die Regelung von Art. 56 CISG, wonach stets auf das Nettogewicht (und nicht das Bruttogewicht) abzustellen ist.
- 136** Ein bemerkenswerter Unterschied zum BGB findet sich in Art. 16 Abs. 1 CISG – während ein Antrag nach § 145, 1. Halbsatz BGB grundsätzlich bindend ist, ist ein **Antrag nach dem UN-Kaufrecht grundsätzlich freibleibend**. Freilich kann man einen Antrag auch verbindlich machen, etwa durch Bestimmung einer Annahmefrist oder bei schutzwürdigem Vertrauen.

²⁸ BGH NJW 2002, 370, 371.

- 137 Auf bekannterem Boden bewegt sich Art. 19 CISG bzgl. der **Annahme**: Nach Absatz 1 ist (wie bei § 150 BGB) eine abändernde Annahme als Gegenantrag zu verstehen. Der Unterschied findet sich in Art. 19 Abs. 2 CISG – danach muss derjenige, der die abändernde Annahmeerklärung erhält, unverzüglich reagieren, soweit die Abweichung „unwesentlich“ ist; ansonsten gilt der geänderte Vertrag als geschlossen.
- 138 Vom deutschen Recht abweichend ist auch der **Umfang von Schadensersatzansprüchen** geregelt. Statt der Totalreparation inkl. des entgangenen Gewinns nach §§ 249, 250, 252 BGB begrenzt Art. 74 S. 2 CISG den Schadensersatz grundsätzlich auf den Betrag, „den die vertragsbrüchige Partei bei Vertragsabschluß als mögliche Folge der Vertragsverletzung vorausgesehen hat oder unter Berücksichtigung der Umstände, die sie kannte oder kennen mußte, hätte voraussehen müssen“. Freilich kennt auch das deutsche Recht eine ähnliche Einschränkung im Rahmen der Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2 S. 1 BGB), indem dem Geschädigten eine Mitteilungspflicht bzgl. eines ungewöhnlich hohen Schadens auferlegt wird.
- 139 Umständlich, aber im Ergebnis doch dem deutschen Recht nicht unähnlich ist das **Vertretenmüssen** in Art. 79 CISG geregelt. Absatz 1 umfasst dabei die Entschuldigung der Partei selbst – erforderlich ist ein außerhalb ihres Einflußbereichs liegender Hinderungsgrund, bei dem vernünftigerweise nicht erwartet werden kann, dass dieser bei Vertragsabschluß in Betracht gezogen wurde und der ebenso wie seine Folgen weder zu vermeiden noch zu überwinden ist. Absatz 2 betrifft die Einschaltung Dritter (Erfüllungsgehilfen iSv § 278 BGB). Hier wird eine doppelte Entschuldigung verlangt: Die Erfüllung muss sowohl dem Schuldner selbst als auch seinem Gehilfen unzumutbar sein.
- 140 Eine deutliche Abweichung gibt es auch im Rahmen der **Nacherfüllung**: Während im deutschen Recht der Käufer vorrangig entweder Nachbesserung oder Nachlieferung verlangen muss, bevor er andere Rechte geltend machen, schränkt Art. 48 Abs. 2 CISG den Nachlieferungsanspruch ein: Wie in Deutschland der Rücktritt (§ 323 Abs. 5 BGB) wird diese Pflicht an eine wesentliche Vertragsverletzung und zudem an eine enge Rügefrist geknüpft. Demgegenüber ist die Nachbesserung grundsätzlich ein zulässiger Rechtsbehelf, der aber ebenfalls durch die Grenze der Unzumutbarkeit begrenzt wird.
- 141 Eine ganze Reihe von Fragen **schließt das CISG bewusst aus**. So stellt Art. 4 lit. a CISG klar, dass die Gültigkeit des Vertrags oder einzelner Klauseln dem nationalen Recht unterfällt (gemeint sind etwa §§ 306, 307 BGB; §§ 119 ff. BGB; §§ 134, 138 BGB; §§ 104 ff.; §§ 1, 21 BGB). Auch das Sachenrecht wird be-

Chancen und Schwierigkeiten von Einheitsrecht und Modellgesetzen

wusst ausgeklammert (Art. 4 lit. b CISG). Ausgeklammert werden zudem Ansprüche auf Schadensersatz wegen des durch die Ware verursachten Tod oder die Körperverletzung einer Person (Art. 5 CISG).

- 142** Nicht ausdrücklich ausgeschlossen, aber **ebenfalls ungeregelt** sind etwa die Stellvertretung (§ 164 BGB), Abtretung (§ 398 BGB) und Schuldübernahme (§ 414 BGB); die Aufrechnung (§ 389 BGB) und die Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten (§ 273 BGB – obgleich diese dem Grundsatz nach in Art. 71 CISG angedeutet sind); die Höhe von Verzugszinsen (§ 288 BGB) aber auch praktisch wichtige Konsequenzen wie etwa das (abstrakte) Schuldanerkenntnis (§ 780 BGB).
- 143** Die **Lückenschließung** ist insoweit durchaus komplex. So ist zwar die culpa in contrahendo ungeregelt – aber überschneidet sich in einzelnen Fallgruppen durchaus mit den im CISG geregelten Gewährleistungsansprüchen. Soweit es um Tod oder Körperverletzung geht, greift aber wiederum der Ausschluss des Art. 5 CISG. Auch in den Fällen bloßer Sachbeschädigung wird überwiegend Deliktsrecht herangezogen. Beim Abbruch von Vertragsverhandlungen will ein Teil der Literatur alle Ansprüche generell ausschließen und verweist hierzu auf Art. 16 Abs. 2 CISG, der generell ein Vertrauen auf bloße Angebote ausschließt. Ein anderer Teil des Schrifttums stellt auf das nationale Recht ab, will sich aber bzgl. der Voraussetzungen an Art. 16 Abs. 2 CISG orientieren. Schließlich will ein Teil des Schrifttums den Ersatz unmittelbar aus dem CISG begründen und zieht hierzu Art. 7 Abs. 2, 15, 16 Abs. 2 CISG heran.
- 144** Ausgeklammert wurde auch die Frage der **Verjährung**. Hierzu existiert ein eigenständiges „Übereinkommen über die Verjährung beim internationalen Warenkauf“ in der Fassung vom 14 Juni 1974, ergänzt am 11. April 1980. Dieses hat 30 Mitglieder in der Ursprungsfassung und 23 in der aktuellen Version. Deutschland gehört nicht dazu. Dies zeigt, dass eine Rechtsvereinheitlichung insoweit praktisch nicht erfolgt ist.

3. Vorbildfunktion

- 145** Die Verabschiedung UN-Kaufrecht gilt nicht umsonst als Sternstunde der Rechtsvereinheitlichung. Kein **weiteres Übereinkommen von UNCITRAL** zum materiellen Recht hatte auch nur ansatzweise vergleichbaren Erfolg. Dies gilt namentlich für die United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (von 2005). Dieses hat immerhin 9 Mitgliedstaaten gefunden – darunter unter anderem Russland. Allerdings haben weder die USA noch die EU-Mitgliedstaaten das Abkommen unterzeichnet.

- 146 Größere Resonanz hat das UN-Kaufrecht als **Vorbild für weitere Gesetzgebungsvorhaben** gewonnen. So wurde etwa bei der Modernisierung des deutschen Schuldrechts, aber auch bei der Neufassung des niederländischen Zivilgesetzbuchs eifrigst aus dem UN-Kaufrecht zitiert und dieses als Referenz erörtert.
- 147 Ein gewisses Vorbild war das UN-Kaufrecht auch für das geplante „**Gemeinsame Europäische Kaufrecht**“, das die Kommission im Jahr 2011 als Entwurf vorlegte. Dieses betraf zwar anders als das CISG ausdrücklich nur Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern (B2C) bzw. zwischen Unternehmern und Kleinunternehmern. Dennoch ging es um grenzüberschreitende Sachverhalte und eine alternativ wählbare Rechtsordnung. Freilich war ein Opt-In statt eines Opt-Out vorgesehen. Das Vorhaben wurde allerdings in der Literatur zum Teil scharf kritisiert (wegen Details, aber auch dem generellen Problem der Dépeçage – d.h. der Unvollständigkeit der neu geschaffenen Regeln, welche einen Rückgriff auf die jeweiligen nationalen Ordnungen erforderte). 2015 nahm die Kommission den Entwurf schließlich zur Überarbeitung zurück. Statt einer Neufassung wurden bislang aber ausschließlich Richtlinienentwürfe vorgelegt.

II. Wertpapierrecht

1. Begriff und Bedeutung

- 148 Das deutsche Wechselgesetz vom 21. Juni 1933 entspricht wörtlich dem 7. Juni 1930 in Genf zustande gekommenen **Abkommen über die Vereinheitlichung des Wechselrechts**. Das deutsche Scheckgesetz vom 14. August 1933 setzt wortlauttreu das **Genfer Scheckrechtsabkommens** vom 19. März 1930 um. Außer Deutschland sind nicht nur die meisten kontinentaleuropäischen Staaten (einschl. der damaligen Sowjetunion), sondern auch Japan und zahlreiche südamerikanische Staaten beigetreten. Demgegenüber haben weder die USA noch Großbritannien und die damaligen Commonwealth-Staaten die Übereinkommen ratifiziert und umgesetzt.
- 149 Die Einheitlichen Wechsel- und Scheckübereinkommen sind damit nicht nur **zwei der ältesten, sondern auch mit die erfolgreichsten Rechtsvereinheitlichungsübereinkommen**. Tatsächlich handelt es sich beim Wertpapierrecht um eine Materie, die sich zur Harmonisierung geradezu anbietet – auch in Deutschland mussten zunächst fast 50 verschiedene Wechselordnungen vereinheitlicht werden, um einen Handel im Deutschen Bund zu ermöglichen.

Chancen und Schwierigkeiten von Einheitsrecht und Modellgesetzen

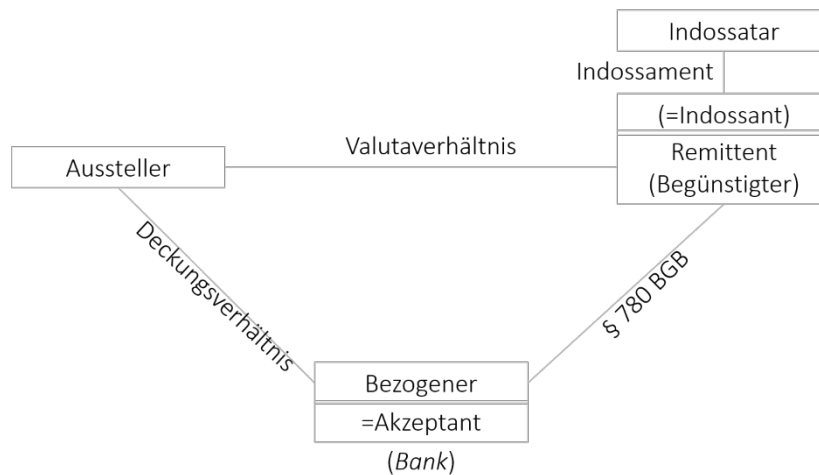
- 150 Die Rechtsvereinheitlichung **wurde 1908 durch die niederländische Regierung vorangetrieben**, die hierzu eine international Konferenz in Den Haag einberief. Eines der zentralen Vorbilder war die Allgemeine Deutsche Wechselordnung. Ein Entwurf wurde freilich erst 1930 fertiggestellt, da sich die Diskussionen durch den Ersten Weltkrieg verzögerten; zudem wurde das Vorhaben letztlich vom Völkerbund vollendet.
- 151 Strukturell bestehen die Übereinkommen aus **zwei Teilen**: Einem Staatsvertrag mit Umsetzungsverpflichtung sowie einem anhängenden Gesetz, das wörtlich als nationales Gesetz verabschiedet werden muss. Freilich war es durchaus möglich, dieses in bestehende Gesetze zu integrieren (etwa in das Schweizer Obligationenrecht oder den französischen Code de Commerce). Auch Änderungen des nationalen Rechts sind nach der Umsetzung nicht mehr möglich.
- 152 Wie beim UN-Kaufrecht fehlt es an einer **zentralen Auslegungsinstanz**. Verbindlich sind eigentlich nur die englische und französische Fassung – was man dem nationalen Scheck- oder Wechselgesetz nicht ansieht. Auch das Gesetz selbst gibt keinen Hinweis auf das Bedürfnis nach einheitlicher, autonomer Auslegung.
- 153 Auch eine **zentrale Rechtsprechungssammlung** wurde nie verbindlich vorgesehen. Immerhin bietet UNIDROIT eine Sammlung „Uniform Law Cases“ an, die insb. auch das Scheck- und Wechselrecht umfasst. Auch eine Reform des Scheck- und Wechselabkommens ist bis heute nicht erfolgt.
- 154 Parallel zum inzwischen doch in die Jahre gekommenen Wechselrecht hat UNCITRAL am 9. Dezember 1988 ein **Übereinkommen über internationale Wechsel** vorgelegt. Dieses ist jedoch noch nicht in Kraft getreten – bislang gibt es gerade einmal 5 Unterzeichnerstaaten, zum Inkrafttreten wären 10 erforderlich.

2. Inhalt

a) Wechsel

- 155 Ein Wechsel umschreibt ein **Wertpapier, in einem Zwei- oder Dreipersonenverhältnis**: Der Aussteller übergibt dem Begünstigten („Remittenten“) ein Wertpapier, das ein abstraktes Schuldversprechen (§ 780 BGB) beinhaltet. Auf dessen Grundlage verpflichtet sich entweder der Aussteller selbst oder ein diesem verpflichteter separater „Bezogener“ (bzw. „Akzeptant“), insb. eine Bank zur Zahlung an den Remittenten. Im zuletzt genannten Fall stellt

der Wechsel gleichzeitig eine Anweisung an den Bezogenen dar, eine bestimmte Geldsumme am Fälligkeitstag an den Zahlungsempfänger zu zahlen.



- 156** Die **Bedeutung des Wechsels im internationalen Geschäftsverkehr** sollte evident sein: Zu Zeiten, als es noch keine internationalen Überweisungen gab, konnte ein Unternehmer mithilfe eines Wechsels den Transport größerer Mengen Bargelds vermeiden. Hinzu kam eine gewisse Kreditwirkung, da man nicht sofort Bargeld leisten musste. Andererseits konnte derjenige, der einen Wechsel überreicht bekam, diesen an Dritte weiterveräußern und so zu Geld machen. Damit war beiden Seiten gedient.
- 157** Ein Wechsel unterliegt **strengen formalen Anforderungen (vgl. Art. 1 WG)** und muss einen bestimmten Mindestinhalt haben. Dabei ist die Terminologie leider anders als im BGB – so wird von „Verfall“ statt von „Fälligkeit“ gesprochen. Der „Anweisende“ im Sinne des BGB heißt im Wechselgesetz „Aussteller“; der „Angewiesene“ im Sinne des BGB heißt „Bezogener“ und nach Annahme des Wechsels „Akzeptant“ (Art. 25 WG).
- 158** Der Aussteller „zieht“ den Wechsel auf den „**Bezogenen**“. In diesem Moment darf der Bezogene auf Rechnung des Ausstellers zahlen (muss dies aber nicht). Erst wenn der Bezogene durch seine Unterschrift auf dem Wechsel diesen „akzeptiert“ (bzw. „annimmt“, Art. 28 WG) entsteht seine einklagbare Leistungspflicht. Der Aussteller haftet freilich im Grundsatz neben dem Bezogenen (Art. 9 Abs. 1 WG).

Chancen und Schwierigkeiten von Einheitsrecht und Modellgesetzen

- 159** Als Wertpapier kann der Wechsel weiterübertragen werden – und zwar durch ein sog. „**Indossament**“. Dabei bezeichnet man denjenigen, der früherer Inhaber des Wechsels war als „Indossant“ und denjenigen, der neuer Inhaber wird als „Indossatar“. Diese Begriffe sollten Ihnen schon aus der Abtretung nach Schuldrecht bekannt vorkommen – der **Zedent** ist **Indossant**, der **Zessionar** ist **Indossatar**. Ein Indossament ist nichts anderes als eine unterschriebene Abtretungserklärung – diese kann etwa lauten „An Herrn Z“ oder sogar „An Inhaber“ bzw. ohne Namensangabe (Blankoindossament), wodurch der Scheck praktisch zu einem Inhaberpapier wird.
- 160** Der wesentliche Vorteil des Wechselgesetzes liegt darin, dass ein **echtes Wertpapier** vorliegt. Damit ist auch ein gutgläubiger Forderungserwerb möglich, den das BGB als solches nicht kennt. Geregelt ist diese in Art. 16 WG: Wer einen Wechsel vorlegt „gilt als rechtmäßiger Inhaber, sofern er sein Recht durch eine ununterbrochene Reihe von Indossamenten nachweist“. Ist einem Vorinhaber der Wechsel abhandengekommen besteht eine Herausgabepflicht nur „wenn er ihn in bösem Glauben erworben hat oder ihm beim Erwerb eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt“. Einwendungen außerhalb des Wechsels können dem Inhaber nur entgegengehalten werden, wenn der jetzige Inhaber „bei dem Erwerb des Wechsels bewußt zum Nachteil des Schuldners gehandelt hat“ (Art. 17 WG) – wie das Grundbuch gilt also der Wechsel als vollständig.
- 161** Besondere Bedeutung **kommt der Fälligkeit zu**: Zahlt der Bezogene vor Fälligkeit, handelt er auf eigene Gefahr. Zahlt er nach Fälligkeit erlischt seine Schuld „wenn ihm nicht Arglist oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt“. Dabei ist nach Art. 40 WG Ordnungsmäßigkeit der Reihe der Indossamente, aber nicht die Unterschriften der Indossanten zu prüfen.

b) Scheck

- 162** Der Scheck dient einem **ähnlichen Zweck wie der Wechsel**: Auch dieser ist ein Wertpapier, das hier aber notwendig in einem Dreipersonenverhältnis erstellt wird. Es handelt sich um ein „Wertpapier, das eine unbedingte Zahlungsanweisung eines Kunden, gegenüber seinem Kreditinstitut verbrieft, zu Lasten seines Kontos auf Sicht (gg. Vorlage) an den Begünstigten am bestimmten Ort eine bestimmte Schecksumme zu zahlen“. Damit ist notwendig ein Kreditinstitut involviert. Der Scheck hat damit zwei separate inhaltliche Elemente: Die Anweisung des Ausstellers an das Kreditinstitut sowie das Versprechen, dass das Kreditinstitut die Schuld begleicht. Demgegenüber übernimmt das Kreditinstitut selbst keine Haftung.

- 163 Wie im Wechselgesetz regelt auch Art. 1 Scheckgesetz den **formalen Mindestinhalt des Schecks**. Aufgrund des eingeschränkten Anwendungsbereichs ist dieser freilich deutlich einfacher.
- 164 Das Scheckgesetz **unterscheidet** sich in einigen Punkten vom Wechselgesetz: Die „Annahme“ eines Schecks durch die Bank ist weder erforderlich noch möglich (Art. 4 SchG). Während beim Wechsel zumindest anfänglich ein Begünstigter namentlich benannt werden muss (aber im Wege des Blankoindossaments praktisch ein Inhaberpapier entstehen kann), kann ein Scheck von Anfang an als Inhaberpapier ausgestellt werden (Art. 5 SchG). Dafür müssen Aussteller und Bezogener personenverschieden sein – im Vordergrund steht also nicht die Kreditfunktion („Schuldschein“) sondern die Verschaffung einer Sicherheit. Formal muss die Leistung stets gegen Vorlage („auf Sicht“) erfolgen.
- 165 Zudem sieht das Scheckrecht **sehr enge Vorlagepflichten** vor (Art. 29 SchG): Ein Scheck, der in dem Lande der Ausstellung zahlbar ist, muß binnen acht Tagen zur Zahlung vorgelegt werden. Ein Scheck, der in einem anderen Land als dem der Ausstellung zahlbar ist, muß binnen zwanzig Tagen vorgelegt werden, wenn Ausstellungsort und Zahlungsort sich in demselben Erdteil befinden, und binnen sieben Tagen, wenn Ausstellungsort und Zahlungsort sich in verschiedenen Erdteilen befinden.
- 166 Um dennoch die Fälligkeit hinauszuschieben wird von Art. 29 Abs. 4 ScheckG Gebrauch gemacht: Danach beginnen die Fristen an dem Tag zu laufen, der „in dem Scheck als Ausstellungstag angegeben ist“. Praktisch wird daher einfach das entsprechende **Datum in die Zukunft verlegt**.

3. Wirkung

- 167 Da es sich beim Wechsel- und Scheckrecht um „Einheitliche Gesetze“ handelt, waren diese auch **als solche in nationales Recht umzusetzen**. Die entsprechenden Regelungen differenzieren nicht zwischen Schecks oder Wechseln zur Nutzung im Inland. Es handelt sich also um Einheitsrecht, das nicht nur grenzüberschreitende, sondern gerade auch nationale Sachverhalte umfasst. Dies ist ein erheblicher Unterschied zu dem bis heute nicht in Kraft getretenen UNCITRAL-Übereinkommen über internationale Wechsel.
- 168 Aus Sicht des Internationalen Privaten Wirtschaftsrechts handelt es sich bei den geschilderten Regelungen des Wertpapierrechts um eine **bemerkenswerte Konstellation**: Die Regelungen erleichtern die unternehmerische Tätigkeit dadurch, dass die betroffenen Unternehmen nur ein Regelungssystem

Chancen und Schwierigkeiten von Einheitsrecht und Modellgesetzen

kennen und beherrschen müssen. Gleichzeitig adressieren sie ein zentrales Problem grenzüberschreitender Transaktionen – die Schaffung „sicherer“ Zahlungsmittel, die vor Diebstahl geschützt sind.

- 169 Praktisch ist freilich die Bedeutung von Schecks und Wechseln durch die **zunehmend leichte Möglichkeit zur internationalen Überweisung** in den vergangenen Jahrzehnten erheblich zurückgegangen. Auch hat sich das Wertpapierrecht nicht als Vorbild für eine weitergehende Rechtsvereinheitlichung durchgesetzt. Insoweit bleibt es dabei, dass das Scheck- und Wechselrecht ein Kuriosum darstellt.

III. Transportrecht

1. Begriff und Bedeutung

- 170 Die Bedeutung von Transportverträgen im Internationalen Wirtschaftsrecht kann kaum überschätzt werden: Die meisten Güter müssen von einem Staat in den jeweils anderen transportiert werden. Die **Kollisionsregelung (Art. 5 Rom I VO)** stellt insoweit auf den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt von Beförderer und Absender bzw. auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Beförderers ab, sofern sich dort der Übernahmeort oder der Ablieferungsort befindet. Im Übrigen ist auf das Recht des Ablieferungsortes abzustellen. Damit ist ein internationales Speditionsunternehmen immer auf das Recht des Zielstaats angewiesen und trägt u.U. erhebliche Informationskosten.
- 171 Aus diesem Grunde wurde zumindest in Kontinentaleuropa der grenzüberschreitende Transport **durch völkerrechtliche Verträge weitgehend harmonisiert**:
- 172 Für den Straßenverkehr ist insoweit die „**Internationale Vereinbarung über Beförderungsverträge auf Straßen**“, sog. CMR (Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route) maßgeblich.
- 173 Für den Schienenverkehr greift das „**Übereinkommen über den internationalen Eisenbahnverkehr**“ - COTIF (Convention relative aux transports internationaux ferroviaires) bzw. das CIM (Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaires des marchandises).
- 174 Im Luftverkehr war traditionell das „**Warschauer Abkommen über die Beförderung im internationalen Luftverkehr**“ von 1929 anwendbar. Dieses Abkommen wurde u.a. 1955, 1966 und 1975 aktualisiert. Da nicht alle Staaten alle Aktualisierungen angepasst hatten und sich die praktischen Bedürfnisse in-

nerhalb von 70 Jahren (angesichts des deutlichen Bedeutungsgewinns der zivilen Luftfahrt) erheblich verändert hatte, wurde 1999 ein neues Übereinkommen, das **Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr (Montrealer Übereinkommen – MÜ)** beschlossen, das seit 2004 auch für Deutschland gilt. Dieses ersetzt die alten Regeln des Warschauer Übereinkommens und erhöht insbesondere die Haftungshöchstgrenzen signifikant.

- 175 Für die Binnenschifffahrt (etwa über die Donau oder den Rhein) gilt das **Buda-
pester Übereinkommen über den Vertrag über die Güterbeförderung in der
Binnenschifffahrt** - Convention de Budapest relative au contract de transport
de marchandises en navigation intérieure (CMNI) von 2000. Insbesondere für
Rhein und Mosel gilt das **Straßburger Übereinkommen über die Beschränkung
der Haftung in der Binnenschifffahrt** - Convention de Strasbourg sur la limita-
tion de la responsabilité en navigation intérieure (CLNI) von 1988.
- 176 Geht es über das Meer greifen die **Haager Regeln** (International Convention
for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading vom 28.
August 1924 ergänzt durch die Haag-Visby Regeln (Protokoll vom 23. Februar
1968 zur Änderung des Übereinkommens vom 25. August 1924 zur Verein-
heitlichung der Regeln von Konnossementen), die freilich in Deutschland nie
ratifiziert wurden (obgleich sie inhaltlich im HGB umgesetzt sind). Dem **UN-
Übereinkommen vom 31. März 1978 über die Beförderung von Gütern auf See**
(1992) ist Deutschland hingegen bislang nicht beigetreten. Praktisch ist aber
das Seehandelsrecht des HGB weitgehend an diese Regeln angelehnt. Die
United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of
Goods Wholly or Partly by Sea vom 23. Oktober 2009 ist bislang noch nicht in
Kraft getreten.

2. Inhalt

- 177 Bemerkenswert ist zunächst, dass die meisten transportrechtlichen Überein-
kommen (anders als das UN-Kaufrecht) **zwingendes Recht** beinhalten. So
stellt Art. 41 CMR klar, dass jede Vereinbarung, die unmittelbar oder mittel-
bar von den Bestimmungen dieses Übereinkommens abweicht, nichtig und
ohne Rechtswirkung nichtig ist. Die Unternehmen können also nicht statt des
CMR auf die nationalen Regeln (etwa das deutsche Handelsgesetzbuch) ab-
stellen.
- 178 Inhaltlich geht es einerseits um **Formalia** (Nachweise, Dokumentation), ande-
rerseits um die **Haftung der Transportpersonen**. Zudem gibt es strenge Rüge-
pflichten und eine kurze Verjährung. Im Vordergrund steht also der Schutz

der Transporteure.

Beispiele: 1. Das Warschauer Übereinkommen begrenzt die Haftung für Güter- oder Verspätungsschäden auf 250 Poincaré Franken pro Kilogramm (etwa 27,35 €) außer in Fällen von Vorsatz oder bewusster Leichtfertigkeit (d.h. das Handeln im Bewusstsein, dass ein Schaden „mit Wahrscheinlichkeit eintreten wird“). Das Montrealer Übereinkommen stellt auf 19 Sonderziehungsrechte pro Kilogramm ab und sieht für Personenschäden eine Obergrenze von 113.100 SZR, für Verspätung bei Personenschäden 4.694 SZR je Reisenden und bei Zerstörung, Verlust oder Beschädigung von Reisegepäck: 1.131 SZR je Reisenden. 2. Das Budapester Übereinkommen sieht eine Haftungshöchstgrenze von 666,67 SZR je Packung bzw. Ladungseinheit bzw. 2 SZR je kg vor.

- 179** Besondere Schwierigkeiten weist ein **multimodaler Transport** auf: Dabei wird ein einheitlicher Vertrag zum Transport von einem Staat zu einem anderen vereinbart, wobei verschiedene Beförderungsmittel (z.B. Schiff und LKW) genutzt werden und/oder für Teilstrecken verschiedene Rechtsordnungen gelten. Auch diese Probleme werden in den Übereinkommen angesprochen, siehe etwa Art. 2 CMR für den Wechsel Straße – Schiene/Luft/Wasser; Art. 48 CIM für den Wechsel Schiene – See, Art. 2 CMNI für den Wechsel Binnengewässer – See oder Art. 38 MÜ für den Wechsel Luft auf anderes Transportmittel.

3. Vorbildfunktion

- 180** Die internationalen Übereinkommen haben einen **großen Einfluss auf das nationale Transportrecht** gehabt. So orientiert sich das moderne Transportrecht im HGB weitgehend am CMR. Dies betrifft insbesondere die Haftungstatbestände, aber auch die Rechtsfolgen der Haftung (namentlich die summenmäßige Beschränkung). Insoweit bestand zwar keine „Umsetzungspflicht“ wie im Wertpapierrecht, aber ein erheblicher Anreiz zur Gleichbehandlung. Denn so können in erheblichem Umfang Kosten für die Unternehmen gespart werden – es spielt keine Rolle, ob Ware nur im Inland oder in das Ausland verkauft werden.

Beispiel: § 425 Abs. 1 HGB („Der Frachtführer haftet für den Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Gutes in der Zeit von der Übernahme zur Beförderung bis zur Ablieferung oder durch Überschreitung der Lieferfrist entsteht.“) entspricht Art. 17 Abs. 1 CMR („Der Frachtführer haftet für gänzlichen oder teilweisen Verlust und für Beschädigung

des Gutes, sofern der Verlust oder die Beschädigung zwischen dem Zeitpunkt der Übernahme des Gutes und dem seiner Ablieferung eintritt, sowie für Überschreitung der Lieferfrist.“); die Ausschlussgründe des § 427 HGB entsprechen Art. 17 CMR. Die summenmäßige Begrenzung des Art. 23 CMR findet ihre Parallele in § 431 HGB – beide stellen auf „8,33 Sonderziehungsrechte pro Kilogramm“ ab – deren Höhe kann man online nachschlagen, es handelt sich um ca. 1,2 € (also insgesamt knapp 10 € pro Kilogramm Fracht).²⁹

IV. Modellgesetze

- 181** Neben Staatsverträgen, welche die Unterzeichnerstaaten zur Anpassung oder Ergänzung ihrer nationalen Rechtsordnungen zwingen, kann eine **Harmonisierung auch auf freiwilliger** Basis erfolgen. Eine praktisch wichtige Hilfe hierbei sind sog. „Modellgesetze“, welche sprachliche, systematische und inhaltliche Vorschläge für einen bestimmten Regelungskomplex geben.
- 182** Derartige Mustergesetze sind insb. auf nationaler Ebene in **Bundesstaaten** für Regelungen beliebt, welche in die Kompetenzen der Einzelstaaten fallen. In den USA ist etwa der „Uniform Commercial Code“, der zentrale Frage des Handelsrechts betrifft seit 1952 ein Vorbild für die Regelungen in den meisten Bundesstaaten. In Deutschland gab es bereits 1977 einen Musterentwurf für ein einheitliches Polizeigesetz, an dem sich die einzelnen Bundesländer orientieren konnten. Freilich konnten damals die heute ganz zentralen datenschutzrechtlichen Fragen nicht berücksichtigt werden. Die Innenministerkonferenz der Länder hat freilich 2017 beschlossen, einen neuen Referenztext zu entwickeln – und zwar nach dem Vorbild des Bayrischen PAG. Inwieweit dies (insbesondere angesichts der letzten Reform) wirklich konsensfähig ist, ist allerdings fraglich.
- 183** Größter Erfolg auf internationaler Ebene ist wohl das **UNCITRAL Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit von 1985** (aktualisiert 2006), das u.a. auch Vorbild für die heutigen Regelungen der ZPO war. Ein schwächeres Mittel zur Streitbeilegung bietet das UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002). Daneben hat UNCITRAL aber eine Vielzahl weiterer Muster vorgelegt, insb. das UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996), das UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures (2001) und das UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records (2017). Diese haben aber bei weitem nicht die gleiche Bedeutung. Auch

²⁹ <http://www.tis-gdv.de/tis/bedingungen/szr/szr2018.htm>.

Chancen und Schwierigkeiten von Einheitsrecht und Modellgesetzen

das UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers (1992) und das UNCITRAL Model Law on Secured Transactions (2016) sind bislang eher Ausnahmeerscheinungen in den nationalen Rechtsordnungen. Schließlich gibt es das UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (1997), welches ergänzt wird durch ein Guide to Enactment and Interpretation (2013).

- 184** Auch **UNIDROIT** hat eine ganze Reihe von Modellgesetzen und Entwürfe für Staatsverträge vorgelegt. So gibt es etwa eine „Convention on Agency in the International Sale of Goods“ (Genf, 1983), welche das UN-Kaufrecht um Regeln zur Stellvertretung ergänzt oder eine „UNIDROIT Convention on International Financial Leasing“ (Ottawa, 1988) bzw. eine „UNIDROIT Convention on International Factoring“ (Ottawa, 1988).
- 185** Im **Vergleich zu einem echten Staatsvertrag** weist ein Mustergesetz noch schwerwiegendere Probleme auf. Es handelt sich um einen Teil des nationalen Rechts, der eben nicht nach transnationalen Grundsätzen (autonom), sondern vielmehr im Einklang mit der Rechtsordnung im Übrigen auszulegen ist. Der Umstand, dass ein Modellgesetz umgesetzt wird, muss noch nicht einmal explizit kenntlich gemacht werden. Auch besteht keine Pflicht, das Modellgesetz 1:1 (unverändert) umzusetzen – vielmehr können die nationalen Gesetzgeber die Regelungen ihren Wünschen, Vorstellungen und Bedürfnissen anpassen und so das Ziel einer einheitlichen Regelung letztlich weit verfehlen. Schließlich weist die Fortentwicklung von Modellgesetzen ganz eigene Probleme auf: Hier kann es dazu kommen, dass in verschiedenen Staaten auch verschiedene Versionen des Mustergesetzes in Kraft sind. Dieses Problem trat etwa in den USA auf – wo verschiedene Staaten bis heute auf veralteten Fassungen des UCC aufbauen.

3. Kapitel Soft Law als Lösung?

I. Lex Mercatoria

- 186** Da internationales Einheitsrecht nur sehr punktuell besteht und das Internationale Privatrecht mitunter zu überraschenden Ergebnissen führt, fühlen sich viele Teilnehmer am internationalen Warenverkehr bemüßigt, stattdessen eigene Regelungen zu schaffen. Für die paternalistischen Ansätze des nationalen Rechts gibt es im grenzüberschreitenden Handel unter professionellen Marktteilnehmern keinen Raum. Die Gesamtheit der **international üblichen geschriebenen und ungeschriebenen Bräuche** bezeichnet man auch als „lex mercatoria“.
- 187** Es geht bei dem Begriff letztlich um ein autonomes internationales Handelsrecht, welches auf **allgemein anerkannten Standards** basiert. Der Umstand, dass ein solches vom nationalen Recht weitgehend losgelöstes System durchaus vorteilhaft für das Internationale Wirtschaftsrecht wäre, ist international seit langem anerkannt. Aber nicht nur die Unternehmen selbst würden davon profitieren, sondern auch die internationalen Wirtschaftsanwälte, die so losgelöst von den nationalen Vorbehalten in die Beratung internationale Mandate und vor allem in die Vertragsgestaltung eintreten können.³⁰
- 188** Die Möglichkeit zur Berücksichtigung solcher Bräuche kennen wir im deutschen Handelsrecht schon seit langem (§ 346 HGB). Auch das UN-Kaufrecht zeigt sich **allgemeinen Handelsbräuchen** gegenüber nicht abgeneigt (Art. 9 Abs. 2 CISG: „*Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so wird angenommen, daß sie sich in ihrem Vertrag oder bei seinem Abschluß stillschweigend auf Gebräuche bezogen haben, die sie kannten oder kennen mußten und die im internationalen Handel den Parteien von Verträgen dieser Art in dem betreffenden Geschäftszweig weithin bekannt sind und von ihnen regelmäßig beachtet werden.*“).
- 189** Tatsächlich hat die Lex Mercatoria durchaus **Vorteile**: Wenn ein bestimmtes Verhalten oft genug auftritt (sei es als Vertragsklausel, sei es als Realakt) wird es auch Gegenstand rechtlicher Auseinandersetzungen sei. Alles, was diesen rechtlichen Filter überlebt hat zumindest eine gewisse Überzeugungskraft. Eine in vielen Verträgen genutzte Klausel wurde so oft überprüft, dass sie im Zweifel wirksam ist und stillschweigend unterstellt wird. Zudem ist gerade beim internationalen Handelsverkehr wegen der aufwändigen gerichtlichen

³⁰ Siehe schon Schmitthoff, in: Schmitthoff (Hrsg.), *The Sources of the Law of International Trade*, 1964, S. 3, 5.

Soft Law als Lösung?

Durchsetzung Vertrauen noch sehr wichtig – auf das Wort des Handelspartners muss man vertrauen können („My Word ist my Bond“). An die Stelle der Zwangsvollstreckung treten Selbsthilfemaßnahmen, wie das Aufnehmen unerwünscht Handelnder auf (branchenweite) schwarze Listen, der Entzug von Mitgliedschaftsrechten in Verbänden, der Verfall von vorgeleisteten Kautiolen und generell der Verlust von „good will“. Schließlich können Handelspraktiken selbstverständlich Gegenstand schiedsgerichtlicher und damit von staatlichen Rahmenbedingungen weitgehend befreiter Überprüfungs- und Entscheidungsmechanismen gemacht werden.

- 190** Das Problem liegt dabei allerdings darin, dass die tatsächlichen Gepflogenheiten des Handels in aller Regel **nirgends kodifiziert** sind. Man verlässt sich also auf eine rein tatsächliche Gegebenheit, die entsprechend mühsam festzustellen und nach ihrer einmaligen Feststellung auch kaum wieder zu verändern ist.³¹ Es handelt sich gerade nicht um „Recht“ im eigentlichen Sinne, sondern eher um eine Verkehrssitte. Diese wirkt hier aber auch zu Lasten von Neueinsteigern in den Markt, welche die Gepflogenheiten oftmals weder kannten noch kennen konnten. Die Folge ist große Unsicherheit.
- 191** Kritik an der Lex Mercatoria kommt auch von **rechtsdogmatischer Seite**: Die Parteiautonomie sei gerade von einer staatlichen Rechtsordnung abgeleitet und keineswegs ein über allem schwebendes Prinzip. Die Regeln der Lex Mercatoria seien weder demokratisch legitimiert noch hätten sie ein rechtsstaatliches Gesetzgebungsverfahren durchlaufen (freilich akzeptiert die Rechtsordnung auch Schiedsgerichte, für welche die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien nur eingeschränkt gelten). Sie seien zudem viel zu abstrakt und unbestimmt und bildeten kein in sich schlüssiges System. Damit laufe die Anwendung dieser Grundsätze letztlich auf eine reine Billigkeitsentscheidung hinaus.
- 192** Besonders spannend ist das **Verhältnis der Lex Mercatoria zum Internationalen Privatrecht**. Vielfach wird in Verträgen entweder jede Rechtsordnung abgewählt („negative Rechtswahl“ – „Es gilt kein staatliches Recht“) oder sogar positiv die lex mercatoria gewählt. Im Rahmen des in Deutschland geltenden Internationalen Privatrechts ist eine solche Rechtswahl unzulässig: Art. 3 EGBGB verlangt die „Rechtsordnung“ eines Staates, Art. 4 Rom I-VO ebenso das „Recht des Staates“. Zulässig ist die Wahl der lex mercatoria im Rahmen eines

³¹ Siehe bereits UNIDROIT Secretariat, Report on Progressive codification of the law of international trade', in: United Nations Commission on International Trade Law, Yearbook I (1968-1970), 286.

Schiedsverfahrens (§ 1051 Abs. 1 ZPO spricht ausdrücklich von „Rechtsvorschriften“ was ein deutlich weiterer Begriff ist).

- 193 Insgesamt ist die Lex Mercatoria damit sicherlich ein **rechtstatsächliches Phänomen**. Als solche handelt es sich dabei aber nicht um eine Rechtsordnung. Möglicherweise kann diese aber, insb. durch Heranziehung der UNIDROIT-Principles, entwickelt werden.

II. IncoTerms®

- 194 Ein wichtiger Weg zur privatautonomen Schaffung eines internationalen Wirtschaftsrechts ist die Verwendung **einheitlicher, grenzüberschreitender Vertragsklauseln**, die gerade nicht an die Terminologie und Struktur der nationalen Rechtsordnungen anknüpfen. Ein praktisch besonders bedeutsames Beispiel hierfür sind die sog. „IncoTerms®“.

1. Begriff

- 195 Diese Regelungen sind weder Gesetze noch stammen sie von einer öffentlich-rechtlich organisierten staatlichen Institution. Verantwortlich ist vielmehr die „**International Chamber of Commerce**“ (ICC) in Paris. Eine 1919 von einer Handvoll von Unternehmern gegründete Organisation zur Erleichterung des internationalen Handels. Heute handelt es sich um die größte Vereinigung von Unternehmen weltweit mit über 6 Millionen Mitgliedern in 100 Staaten aus allen Tätigkeitsgebieten. Die ICC hat Beobachterstatus in der UN. Bedeutung hat diese Organisation u.a. im Rahmen der Durchführung von Schiedsverfahren („International Court of Arbitration“, ICA seit 1923). Die IncoTerms® wurden bereits 1936 entwickelt und umfassten zunächst sechs mögliche Klauseln.

2. Inhalt

- 196 Die IncoTerms® enthalten derzeit 11 mögliche Regelungen. Diese betreffen **zehn zentrale Fragen der Kosten- und Risikoverteilung** bei internationalen Kaufverträgen, nämlich

1. Lieferung vertragsgemäßer Ware/Zahlung des Kaufpreises
2. Genehmigungen und Formalitäten
3. Beförderungs- und Versicherungsverträge
4. Lieferung/Abnahme

Soft Law als Lösung?

5. Gefahrübergang
6. Kostenteilung
7. Benachrichtigung des Käufers/Verkäufers
8. Liefernachweis, Transportdokument oder entsprechende elektronische Mitteilung
9. Prüfung, Verpackung, Kennzeichnung/Prüfung der Ware
10. Kostentragung bei sonstigen Unterstützungsleistungen

197 Freilich werden allein durch die Incoterms® bei weitem **nicht alle denkbaren Fragen beantwortet**, die sich bei einer Lieferung ins Ausland stellen. So fehlt insbesondere eine Regelung zum Zeitpunkt des Eigentumsübergangs (und damit notwendig auch zum Eigentumsvorbehalt); auch der Liefertermin bleibt ungeregelt. Vorgaben für Gerichtsstand und anwendbares Recht sind nicht vorgesehen; hier greift ohne besondere Vereinbarung das Internationale Privatrecht (und damit in Deutschland Art. 4 Rom I VO). Auch die Voraussetzungen und Folgen von Leistungsstörungen bleiben ausgeklammert – es gilt also etwa das CISG oder auch das deutsche BGB und HGB. Es fehlen zudem Regelungen zu Lizenzen für etwaige Immaterialgüterrechte (Marken, Patente, Designs, Urheberrechte) und Vorgaben zur Finanzierung (insb. Ratenzahlung, Leasing).

198 Die einzelnen Klauseln fallen in **drei große Gruppen**:

- 199** 1. Die erste Gruppe besteht aus Klauseln, die mit **„E“ für „Ex“** beginnen. Tatsächlich gibt es derzeit nur eine solche Klausel: „EXW“ steht für „Ex Works“ – der Käufer trägt die Gefahr und die Kosten ab Werk des Verkäufers. Es liegt also eine klassische Holschuld im Sinne des BGB vor.
- 200** 2. Die zweite Gruppe beginnt mit einem **„F“ für „Free“** und beschreibt, dass der Verkäufer die Kosten für den Haupttransport nicht zahlen muss. Hier gibt es drei Unterklauseln: „FOB“ steht für „Free on Board“. Gemeint ist, dass der Verkäufer die Ware an Bord des vom Käufer benannten Schiffs im benannten Verschiffungshafen liefert oder dem Käufer die bereits so gelieferte Ware verschafft. Die Gefahr des Verlustes oder der Beschädigung der Ware geht über, wenn die Ware an Bord des Schiffs ist. Der Käufer trägt ab diesem Zeitpunkt alle Kosten. „FCA“ steht für „Free Carrier“. Dies bedeutet, dass der Verkäufer die Ware dem Frachtführer oder

einer anderen vom Käufer benannten Person beim Verkäufer oder an einem anderen benannten Ort liefert. In diesem Moment gehen die Gefahr und die weiteren Kosten über. Schließlich gibt es noch „FAS“ (Free Alongside Ship). Der Verkäufer muss die Ware längsseits des Schiffs (z. B. an einer Kaianlage oder auf einem Binnenschiff) im benannten Verschiffungshafen bringen. Die Gefahr des Verlustes oder der Beschädigung der Ware geht über, wenn sich die Ware längsseits des Schiffs befindet. Ab diesem Zeitpunkt trägt der Käufer alle weiteren Kosten.

- 201 3. Die dritte Gruppe beginnt mit einem „C“ für „Cost“. Damit soll ausgesagt werden, dass der Verkäufer den gesamten Haupttransport zahlen muss. Auch hier gibt es Unterklauseln, und zwar insgesamt vier: Bei „CFR“ (Cost And Freight) muss der Verkäufer wie bei „FOB“ die Ware an Bord des Schiffs liefern oder die bereits so gelieferte Ware verschaffen, wodurch die Gefahr des Verlustes oder der Beschädigung der Ware übergeht. Anders als bei „FOB“ muss der Verkäufer aber den weiteren Beförderungsvertrag abschließen und die Kosten und Fracht tragen, die für die Beförderung der Ware zum benannten Bestimmungshafen erforderlich sind. Noch weiter geht „CIF“ (Cost, Insurance, Freight): Dort muss zusätzlich zu den Transportkosten auch noch auf Kosten des Verkäufers eine Transportversicherung abgeschlossen werden, die zumindest der Mindestdeckung gemäß den Klauseln (C) der Institute Cargo Clauses (LMA/IUA) oder ähnlichen Klauseln entspricht. Bei CPT („Carriage Paid To“) muss der Verkäufer die Ware dem Frachtführer oder einer anderen vom Verkäufer benannten Person an einem vereinbarten Ort übergeben (wie bei FCA), aber darüber hinaus auf seine Rechnen den Beförderungsvertrag abschließen und die für die Beförderung der Ware bis zum benannten Bestimmungsort entstehenden Frachtkosten zahlen. Schließlich gibt es noch CIP, wo wie bei CIF zusätzlich die Versicherung durch den Verkäufer abgeschlossen werden muss.
- 202 4. Die letzte Gruppe beginnt mit einem „D“ für „Delivered“. Dabei geht es letztlich um Konstellationen, die der Bringschuld im deutschen Recht ähneln. Auch hier gibt es (inzwischen nur noch) drei Unterklauseln (früher waren es fünf): Bei „DAT“ (Delivered At Terminal) geht die Gefahr erst mit dem Ende der Entladung im „Terminal“ über; auch alle Kosten bis dorthin trägt der Verkäufer – was Terminal ist können die Parteienfrei vereinbaren (z.B: Lagerhalle – aber auch ein Luftfrachtterminal). Bei „DAP“ (Delivered At Place) muss die Ware dem Käufer auf dem ankommenden Beförderungsmittel entladebereit am benannten Bestimmungsort zur Verfügung gestellt werden. „DDP“ (Delivered Duty Paid) bezieht

Soft Law als Lösung?

sich schließlich auf den Umgang mit den Zollbehörden: Der Verkäufer muss die zur Einfuhr freigemachte Ware dem Käufer auf dem ankommenden Beförderungsmittel entladebereit am benannten Bestimmungs-ort zur Verfügung stellen. Der Verkäufer hat zudem die Pflicht, die Ware nicht nur für die Ausfuhr, sondern auch für die Einfuhr freizumachen, alle Abgaben sowohl für die Aus- als auch für die Einfuhr zu zahlen sowie alle Zollformalitäten zu erledigen.

- 203 Insgesamt sieht man, dass die Kosten- und Risikoverteilung **sehr viel präziser erfolgt als im deutschen Recht**, wo beide grundsätzlich parallel gehandhabt werden. Dies beruht auf der Komplexität des grenzüberschreitenden Handels und vor allem den Problemen des multimodalen Transports (mit mehreren Transportfahrzeugen).

3. Wirkungen

- 204 Als **privatrechtliches Vertragswerk** sind die Incoterms® nicht kostenlos zugänglich (vgl. § 5 UrhG), sondern müssen entgeltlich erworben werden. Sie können durch Nennung einer Kombination von drei Buchstaben zum Vertragsgegenstand gemacht werden, was insb. auch bei mündlichen Verhandlungen von Bedeutung ist. Da es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB handelt, ist zwar grundsätzlich nach § 310 Abs. 1 BGB eine Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB möglich; allerdings enthalten die Incoterms® aktuell keine bedenklichen Vorgaben. Die Einbeziehung bereitet hingegen unter Kaufleuten keine Probleme – derjenige, dem die Regelungen unbekannt sind, kann Übersendung einer ausformulierten Fassung verlangen.

III. Codes of Conduct

1. Begriff

- 205 Neben den zwingenden gesetzlichen Regelungen und individuellen vertraglichen Vereinbarungen können Unternehmen sich auch **selbst binden**, indem sie sich einem bestimmten Verhaltenskodex verpflichten. Derartige Verhaltensregeln können entweder selbst (intern) geschaffen werden oder aber von internationalen Organisationen modifiziert oder vollständig übernommen werden.

■ **Beispiele:** 1. Ein Beispiel für einen unternehmensinternen Verhaltensko-

dex ist etwa der „Code of Conduct“ der Deutschen Telekom AG (der konzernübergreifend gelten soll).³² 2. Ein nationaler Kodex ist der „Deutsche Nachhaltigkeitskodex“³³ (betreut von der Geschäftsstelle des Rates für Nachhaltige Entwicklung (RNE)). 3. Ein branchenspezifischer Kodex sind die „Verhaltensregeln für den Umgang mit personenbezogenen Daten durch die deutsche Versicherungswirtschaft“.³⁴ 4. Ein internationaler Kodex ist die „Erklärung der Internationalen Arbeitsorganisation über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit und ihre Folgemaßnahmen“ (von 1998).³⁵ 5. Allgemeine (sehr breit gefasste) Vorgaben finden sich in den „zehn Prinzipien des Global Compact“³⁶

- 206 Inhalt solcher Verhaltenskodizes sind regelmäßig **Themen mit besonderer sozio-politischer Bedeutung**. Es geht dabei etwa um Umweltschutz, Verhinderung von Geldwäsche, Marktmanipulation und Terrorfinanzierung, Schutz von Arbeitnehmerinteressen und benachteiligten Bevölkerungskreisen, Vermeidung von Korruption, Begrenzung der Ausübung von Einfluss, etc.).

2. Inhalt

- 207 Exemplarisch für die (möglichen) Inhalte eines Verhaltenskodex sollen im Folgenden kurz die **OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen**³⁷ dargestellt werden. Wie bereits ausgeführt haben diese natürlich keinerlei rechtliche Verbindlichkeit. Ob ein Unternehmen diesen Prinzipien folgt oder nicht, ist daher gerade nicht gesetzlich vorgeschrieben. Es steht den Unternehmen frei, anderen Prinzipien zu folgen oder sogar sich zu reinem Wildwuchs zu bekennen.
- 208 Nach einigen allgemeinen Kapiteln verlangt Kapitel III zunächst die **Offenlegung von Informationen** – frei nach dem berühmten Brandeis Zitat „*Sunlight is said to be the best disinfectant, electric light the best policeman*“. Die

³² <https://www.telekom.com/de/konzern/compliance/code-of-conduct>

³³ <https://www.deutscher-nachhaltigkeitskodex.de/>

³⁴ <https://www.gdv.de/de/ueber-uns/unsere-services/daten-schutz-ko-dex---code-of-conduct---15544>

³⁵ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-berlin/documents/normativeinstrument/wcms_193727.pdf.

³⁶ <https://www.globalcompact.de/de/ueber-uns/Dokumente-Ueber-uns/DIE-ZEHN-PRINZIPIEN-1.pdf>

³⁷ https://www.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-leitsatze-fur-multinationale-unternehmen_9789264122352-de.

Soft Law als Lösung?

Grundsätze verlangen, dass „aktuelle und exakte Informationen über alle wesentlichen Angelegenheiten veröffentlicht werden“.

- 209 Kapitel IV fordert den **Schutz der Menschenrechte** – so sollen nicht nur eigene Rechtsverletzungen vermieden werden, sondern auch die mittelbare Förderung von Verletzungen unterbunden und sogar aktiv negative Auswirkungen beseitigt werden. Freilich steht all dies unter dem Vorbehalt der jeweiligen Rechtsordnungen.
- 210 Kapitel V betrifft die **Beschäftigung und die Beziehung zu Sozialpartnern**. Es geht hier um das Arbeitskampfrecht und die Koalitionsfreiheit, d.h. das Recht Gewerkschaften zu gründen und ihnen beizutreten. Zudem müssen sich die Unternehmen auf Verhandlungen mit den Gewerkschaften einlassen.
- 211 Kapitel VI behandelt den **Schutz der Umwelt**. Hier wird generalklauselartig vorgegeben, dass Unternehmen „unter Berücksichtigung der einschlägigen internationalen Abkommen, Grundsätze, Ziele und Standards der Notwendigkeit des Schutzes von Umwelt, öffentlicher Gesundheit und Sicherheit in gebührender Weise Rechnung tragen und ihre Geschäftstätigkeit generell so ausüben, dass sie einen Beitrag zu dem allgemeineren Ziel der nachhaltigen Entwicklung“ leisten.
- 212 Kapitel VII behandelt die **Bekämpfung von Bestechung, Bestechungsgeldforderungen und Schmiergeldern**. Schon angesichts der in Deutschland drohenden Strafbarkeit sollte klar sein, dass Unternehmen „weder direkt noch indirekt Bestechungsgelder oder sonstige ungerechtfertigte Vorteile anbieten, versprechen, gewähren oder fordern, um einen Auftrag oder einen sonstigen unbilligen Vorteil zu erlangen oder zu behalten“.
- 213 Schließlich verlangt Kapitel VIII noch **Rücksichtnahme auf Verbraucherinteressen**. Dies erstreckt sich u.a. auf „faire Geschäfts-, Marketing- und Werbepraktiken“ sowie auf die Gewährleistung von „Qualität und Zuverlässigkeit der von ihnen angebotenen Waren und Dienstleistungen“.

3. Wirkungen

- 214 Derartige Kodizes haben **grundsätzlich keinerlei rechtliche Wirkungen**. Es kann sich dabei um bloße Wünsche und Hoffnungen handeln, selbst Lügen sind nicht per se verboten. Bedeutung können sie jedoch auf drei Wegen erlangen:
- 215 1. Zum einen kann ein Kodex zum **Gegenstand vertraglicher Vereinbarungen** (mit Subunternehmern, Tochtergesellschaften, Zulieferern, Abnehmern,

etc.) gemacht werden. Hierdurch können die dortigen Vorgaben zu echten Verhaltenspflichten hochgestuft werden, deren Verletzung dann Schadensersatzansprüche (nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 1 BGB) oder auch pauschalierte Vertragsstrafen (§ 339 BGB) zur Folge haben können.

- 216 2. Bedeutung kann ein solcher Kodex auch erlangen, wenn er zum **Gegenstand der Berichterstattung im Jahresabschluss** gemacht wird (vgl. § 289c HGB). Dann ist er nicht nur vom Abschlussprüfer zu prüfen, sondern kann bei unzutreffenden Angaben ggf. auch eine Haftung auslösen. Bei Angaben gegenüber der Öffentlichkeit kommt zudem eine Unterlassungspflicht wegen Irreführung nach §§ 3, 5 UWG in Betracht. In den letzten Jahren hat gerade die EU-Kommission verstärkt auf einen Ausbau derartiger „shaming“-Ansätze zur Stärkung der Corporate Social Responsibility gesetzt.
- 217 3. Schließlich können internationale Verhaltenskodizes mit einer hinreichenden Durchsetzungskraft einen **internationalen Handelsbrauch indizieren**. Ein Unternehmen selbst sieht sich zudem ggf. dem Einwand widersprüchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) ausgesetzt, wenn es gegen die eigenen, selbst publizierten Vorgaben verstößt.

Beispiel:³⁸ A hat bei der Versicherung B eine Seetransportversicherung für einen Seetransport von 3 Kisten mit Kunstgegenständen (afrikanische Masken und Figuren) von Port Harcourt (Nigeria) nach Hamburg abgeschlossen. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses war der Transport der Figuren nach nigerianischem Recht verboten. Das deutsche Recht sah hingegen kein Verbot vor und es gab keinen völkerrechtlichen Vertrag, der zur Anerkennung des nigerianischen Verbots verpflichtete. Allerdings sahen verschiedene Empfehlungen der UNO und UNESCO sowie Verhaltensempfehlungen für Unternehmen vor, dass fremdes Kulturgut zu respektieren sei. Auf dem Transport werden 6 Figuren im Wert von 20.000 € verloren. Nun wendet B ein, der Versicherungsvertrag sei unwirksam, weil der versicherte Transport gegen das nigerianische Ausfuhrverbot von Kunstgegenständen verstoßen habe. Der BGH führte aus: „Die Beratungen der UNESCO und die Annahme des Übereinkommens durch die Generalkonferenz ergeben deutlich, dass die für die internationale kulturelle Zusammenarbeit zuständige Organisation die Ausfuhr von Kulturgut entgegen den Verboten eines Staates seit langem als ein gemeinschädli-

³⁸ angelehnt an BGHZ 59, 82 – Nigerianische Masken

Soft Law als Lösung?

ches und die Verständigung zwischen den Nationen hinderndes Verhalten auffasst. In der Völkergemeinschaft bestehen hiernach bestimmte grundsätzliche Überzeugungen über das Recht jedes Landes auf den Schutz seines kulturellen Erbes und über die Verwerflichkeit von „Praktiken“ (Art. 2 Abs. 2 des Übereinkommens-Entwurfes), die es beeinträchtigen und die bekämpft werden müssen. Die Ausfuhr von Kulturgut entgegen einem Verbot des Ursprungslandes verdient daher im Interesse der Wahrung der Anständigkeit im internationalen Verkehr mit Kunstgegenständen keinen bürgerlichrechtlichen Schutz, auch nicht durch die Versicherung einer Beförderung, durch die Kulturgut aus dem von der ausländischen Rechtsordnung beherrschten Gebiet dem seiner Sicherung dienenden Ausfuhrverbot zuwider ausgeführt werden soll.“

IV. UNIDROIT-Principles

1. Begriff und Bedeutung

- 218** Die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (im Folgenden „UNIDROIT Principles“)³⁹ wurden erstmals 1994 vorgestellt (damals noch mit 120 Artikeln) und 2004 (185 Artikel), 2010 (211 Artikel) und zuletzt geringfügig 2016 (unverändert 211 Artikel) aktualisiert. Verantwortlich ist UNIDROIT (das „**Institut international pour l’unification du droit privé**“), eine unabhängige internationale Organisation mit derzeit 63 Mitgliedstaaten und Sitz in Rom.
- 219** Genauso wie das UN-Kaufrecht üblicherweise als Muster für Rechtsvereinheitlichung angeführt wird, werden die UNIDROIT-Principles als **Referenz für Rechtsvereinheitlichung durch Private** herangezogen. Diese Perspektive ist freilich in gewisser Weise irreführend: Anders als die Modellregelungen und Musterverträge der ICC stammen die UNIDROIT-Principles nicht aus der Praxis oder aus der Rechtsberatung, sondern sind eine primär von Wissenschaftlern zusammengestellte Sammlung typischer handelsrechtlicher Praktiken.
- 220** Als bloße Kodifikation von Prinzipien (die Amerikaner würden von einem „Restatement“ sprechen) sind die Unidroit Principles als solche rechtlich **völlig unverbindlich**. Es bedarf keines „Beitritts“ oder einer „Umsetzung“ durch

³⁹ <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>

irgendwelche Staaten. Selbst eine „Billigung“ durch die Staaten ist nicht erforderlich,⁴⁰ soweit das dispositive Recht einen Rückgriff auf fremde Prinzipien überhaupt zulässt (was in Deutschland aufgrund der starken Vertragsfreiheit etwa der Fall ist).

- 221 Obwohl also die UNIDROIT Principles eigentlich nur ein „Restatement“ der tatsächlich beobachteten Praktiken darstellen sollten, sind sie **abstrakt und gesetzesähnlich formuliert**. Bei genauer Betrachtung handelt es sich letztlich um Empfehlungen aus einem kodifikatorischen Verständnis. So speisen sich viele Regelungen eher aus dem UN-Kaufrecht und der Rechtsvergleichung als aus einer tatsächlichen Beobachtung der Vertragspraxis.
- 222 Die Präambel der Prinzipien sieht im Wesentlichen **drei Verwendungszwecke** für die Unidroit-Principles vor:
- 223 1. Zunächst sollen die Principles immer dann angewandt werden, wenn vereinbart wird, dass ein Vertrag „**Allgemeinen Rechtsgrundsätzen**“, der „**Lex mercatoria**“ oder dergleichen unterliegt oder explizit jede staatliche Rechtsordnung abgewählt wurde (negative Rechtswahl). In diesem Fall sehen die Verfasser die Prinzipien als eigenständige Rechtsordnung. Im deutschen Recht ist dies freilich nur im Rahmen eines Schiedsverfahrens möglich (§ 1051 Abs. 1 S. 1 ZPO erlaubt die Wahl von „Rechtsvorschriften“, während Art. 3 Rom I VO die Wahl eines „Rechts“ erfordert). Soweit die UNIDROIT Principles als ergänzender Vertragsinhalt neben dem deutschen Recht Anwendung finden sollen, sind sie nach Art. 10 Rom I-VO iVm §§ 305 ff. BGB auch einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unterworfen; zudem müssen sie nach allgemeinen Grundsätzen in den Vertrag einbezogen worden sein (insb. durch Verweis).

Beispiele: 1. In einem ICC-Schiedsspruch vom 4. September 1996 ging es u.a. um folgende Rechtswahlklausel: „*In the absence of any indication by the parties as to the applicable law, the Arbitrator shall apply the law designated as the proper law by the rules of conflict which he deems appropriate. In all cases, the arbitrator shall take account of the provisions of the contract and **the relevant trade usage***“. In Auslegung dieser Regelung nahm das Schiedsgericht an: „*In determining the content of these general principles, we feel entirely justified in referring to the UNIDROIT Principles*“

⁴⁰ Obgleich UNCITRAL die UNIDROIT-Principles in der 45. Sitzung im Juli 2012 ausdrückliche Unterstützung ausgesprochen hat, handelt es sich gerade nicht um ein völkerrechtliches Instrument.

Soft Law als Lösung?

which we consider a useful source for establishing general rules for international commercial contracts". 2. Etwas abweichend ist demgegenüber ein ICC-Schiedsspruch vom 5. Juni 1996 (Award No. 7375), bei dem die Parteien vorgaben: „*All disputes arising out of or in relation to or in connection with this Agreement including termination for failure to deliver ... shall be ... settled by arbitration ... in accordance with the rules then in effect of the International Chamber of Commerce*“. Das Tribunal interpretierte diesen Verweis als Hinweis auf die „Lex Mercatoria“ und erklärte dadurch folgendes für anwendbar: *“those general principles and rules of law applicable to international contractual obligations which qualify as rules of law and which have earned a wide acceptance and international consensus in the international business community, including notions which are said to form part of a lex mercatoria, also taking into account any relevant trade usages as well as the UNIDROIT Principles, as far as they can be considered to reflect generally accepted principles and rules.”* 3. Schließlich wurde die Anwendung der UNIDROIT-Principles gänzlich verneint im ICC-Schiedsspruch 1.3.1998 (Award No. 9029): *“Although the Unidroit Principles constitute a set of rules theoretically appropriate to prefigure the future lex mercatoria should they be brought into line with international commercial practice, at present there is no necessary connection between the individual Principles and the rules of the lex mercatoria, so that recourse to the Principles is not purely and simply the same as recourse to an actually existing international commercial usage.”*

- 224 2. Zweitens sollen die Unidroit-Principles als **Auslegungshilfe und Ergänzung** für internationales Einheitsrecht dienen. Damit wird insbesondere auf Art. 7 CISG Bezug genommen und unterstellt, dass die Prinzipien die Grundsätze des Internationalen Handels rechtlich präzise wiedergeben. Auch nationales (Handels-)Recht soll schließlich im Lichte der Unidroit-Principles ausgelegt werden – etwa im Rahmen von Handelsbräuchen (§ 346 HGB) oder der Verkehrssitte (§ 157 BGB).
- 225 3. Schließlich wollen die Verfasser die Unidroit-Principles als **Modell für nationale und internationale Gesetzgeber** verstanden wissen. Erfolg hatte dies schon u.a. in Deutschland – beim Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts ließen sich die Verfasser bzw. deren Berater durchaus von den Unidroit-Principles beeinflussen.
- 226 Diese Trias von Zielen ist freilich auch ein zentraler Anlass für Kritik: Die gesetzesähnlich formulierten Regelungen seien zu unflexibel und würden zu

wenig Rücksicht auf die im Einzelfall notwendige Abwägung oder Modifikation nehmen; die Verfasser seien als Wissenschaftler und nicht als Unternehmer an die Erstellung herangegangen und hätten so den Blick für das Wesentliche verloren. Zudem wird teilweise ein Zielkonflikt zwischen der Nutzung als Auslegungshilfe einerseits und als Vorbild für Gesetzgebungsverfahren andererseits angenommen.

2. Inhalt

- 227 Gegenstand der Unidroit-Principles sind **materielle Vertragsgrundsätze**. Es geht also gerade nicht um die Bestimmung des anwendbaren Rechts wie im IPR, sondern vielmehr um eine inhaltliche Regelung grenzüberschreitender Verträge. Wie schon die Bezeichnung „Principles of International **Commercial Contracts**“ andeutet geht es zudem um Verträge unter Unternehmern. Damit ist nicht ausgeschlossen, dass auch im allgemeinen Zivilrecht, also im Verhältnis zwischen zwei Verbrauchern oder zwischen Unternehmer und Verbraucher ähnliche Grundsätze gelten. Diese waren aber nicht Gegenstand der Unidroit-Arbeitsgruppe.⁴¹
- 228 Anders als das UN-Kaufrecht, welches sie ergänzen, beschränken sich die Unidroit-Principles nicht auf Kaufverträge, sondern umfassen **grundsätzlich alle grenzüberschreitenden Rechtsbeziehungen**. Die Unidroit-Principles bestehen inzwischen aus insgesamt 11 Abschnitten mit 211 Artikeln, welche jeweils durch Erläuterungen konkretisiert werden:
- 229 - Nach einer Präambel folgen in einem ersten Kapitel „**Allgemeine Bestimmungen**“, Dort geht es um Fragen wie Vertragsfreiheit, Auslegung der Prinzipien, Treu und Glauben, Formfreiheit und ähnliche Grundsätze, die in Deutschland teilweise vom BGB ungeschrieben vorausgesetzt werden. Das zweite Kapitel enthält dann die eigentliche Rechtsgeschäftslehre („**Vertragsschluss Und Vertretungsmacht**“); während die Nichtigkeitsgründe und Anfechtungsrechte in Kapitel 3 („**Gültigkeit**“) enthalten sind. Dort finden sich auch Regelungen zur Anfechtung und zu Verbotsgesetzen. Kapitel 4 behandelt die „**Auslegung**“ von Erklärungen und Verträgen.
- 230 - Die folgenden Kapitel behandeln Fragen, die im BGB zum Allgemeinen

⁴¹ Weitergehend insoweit die „Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts“ (Principles of European Contract Law oder Lando-Principles), die umfassend das Vertragsrecht der Mitgliedsstaaten auf Gemeinsamkeiten durchforstet haben und diese in Form eines Modellgesetzes zusammenfassten; siehe v. Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Berlin 2005.

Soft Law als Lösung?

Schuldrecht gehören: Kapitel 5 der Uni-Droit-Prinzipien („**Inhalt Und Rechte Dritter**“) regelt den Inhalt eines Vertrages im Allgemeinen, Rechte Dritter sowie Bedingungen (die in Deutschland im BGB AT geregelt sind). Kapitel 6 (Erfüllung) regelt die Modalitäten der Erfüllung und die Störung der Geschäftsgrundlage; Kapitel 7 die Folgen der „Nichterfüllung“, insb. die Durchsetzbarkeit des Erfüllungsanspruchs, sowie Rücktritt („Aufhebung“ des Vertrags) und Ansprüche auf Schadensersatz. Kapitel 8 behandelt die „Aufrechnung“ (entspricht also den §§ 387 ff. BGB). Kapitel 9 behandelt die „Abtretung von Rechten, Übertragung von Verpflichtungen, Abtretung von Verträgen“ entspricht also den Regeln zu Abtretung (§§ 398 ff. BGB) und Schuldübernahme (§§ 414 ff. BGB). Sodann folgen in Kapitel 10 Regeln zu Verjährungsfristen (in Deutschland im BGB AT in §§ 194 ff. BGB zu finden) und schließlich Regeln zur Mehrheit von Schuldner und Gläubigern, insb. zum Innenregress (in Deutschland §§ 420 ff. BGB).

- 231** Insgesamt decken die Unidroit-Principles also große Teile des Vertragsrechts ab, lassen aber immer noch **einige Lücken**. Die Reform von 2016 betraf vor allem länger andauernde Schuldverhältnisse (z.B. Ratenlieferungsverträge), die bislang nur teilweise nach den Unidroit-Principles abgewickelt werden konnten.
- 232** Die Regelungen in den Unidroit-Principles haben einen **erheblich unterschiedlichen Präzisionsgrad**. So bestimmt etwa Art. 1.1 generalklauselartig, was man unter Vertragsfreiheit versteht („Die Parteien sind frei, einen Vertrag zu schließen und seinen Inhalt zu bestimmen.“), während Art. 1.3 den Grundsatz „pacta sunt servanda“ kodifiziert („Ein Vertrag, der wirksam geschlossen worden ist, bindet die Parteien. Er kann nur gemäß seinen Bedingungen oder durch Vereinbarung oder nach Maßgabe der in diesen Grundregeln vorgesehenen Gründe abgeändert oder aufgehoben werden.“). Ebenfalls nur klarstellend ist der Verweis auf den Vorbehalt zwingenden Rechts in Art. 1.4. Derartige Prinzipien werden im BGB ungeschrieben vorausgesetzt.
- 233** Andere Regelungen sind **notwendig generalklauselartig** und sollten ihnen aus dem CISG oder dem deutschen Recht schon bekannt sein. So ermöglicht etwa Art. 1.9 den Rückgriff auf Gepflogenheiten und Gebräuche, was explizit an Art. 9 CISG angelehnt wurde und auch erhebliche Nähe zu § 346 HGB (sowie § 157 BGB) aufweist. § 242 BGB entspricht die Regelung in Art. 1.7 („Jede Partei muss die Grundsätze von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs im internationalen Handel einhalten. Die Parteien können diese Pflicht nicht ausschließen oder beschränken.“).

- 234 Eine dritte Gruppe von Regelungen konkretisiert **Konstellationen, die im deutschen Recht gar nicht geregelt sind oder ausschließlich durch Generalklauseln aufgefangen werden**. So regelt etwa Art. 2.1.22 den „Battle of Forms“ bzw. „kreuzende AGB“: „Wenn beide Parteien allgemeine Geschäftsbedingungen benutzen und sich, abgesehen von diesen Bedingungen, einigen, ist ein Vertrag auf der Grundlage der vereinbarten Bedingungen und derjenigen allgemeinen Geschäftsbedingungen geschlossen, die in der Sache übereinstimmen, außer wenn eine Partei eindeutig im voraus äußert oder später und unverzüglich der anderen Partei mitteilt, dass sie durch solch einen Vertrag nicht gebunden sein will.“ Damit wird der „Theorie des letzten Wortes“ eine explizite Absage erteilt.
- 235 Auch das **kaufmännische Bestätigungsschreiben** wurde ausdrücklich normiert (Art. 2.1.12): „Wenn ein Schriftstück, das innerhalb einer angemessenen Frist nach Vertragsabschluß übersandt wird und das eine Bestätigung des Vertrages darstellen soll, ergänzende oder abweichende Bedingungen enthält, werden solche Bedingungen Vertragsinhalt, außer wenn sie den Vertrag wesentlich ändern oder der Empfänger unverzüglich die fehlende Übereinstimmung beanstandet.“ Inhaltlich deckt sich diese Regelung weitgehend mit den in Praxis und Lehre anerkannten Regeln.
- 236 Um Konkretisierung bemüht sind auch die Regelungen zur **Störung der Geschäftsgrundlage** (Art. 6.2.1 ff.), welche gegenüber § 313 BGB und § 275 Abs. 2 BGB aber eher schwammiger ausgestaltet wurden.
- 237 Ähnlich wie für das CISC gibt es auch für die UNIDROIT-Principles eine **Datenbank mit Entscheidungen, die auf die Prinzipien zurückgreifen**.⁴² Derzeit (Stand 2018) umfasst diese 434 Urteile und Schiedssprüche.

3. PECL und Gemeinsames Europäisches Kaufrecht

- 238 Abschließend sei noch ein Exkurs zur Bedeutung von Prinzipien als Vorbild für Gesetzgebungsverfahren erlaubt. Die Unidroit Principles waren ihrerseits ein Vorbild für den Versuch einer Kodifikation der gemeinsamen europäischen Vertragsrechtsprinzipien in den „Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts“ (PECL)⁴³. Die Initiative hierzu ging vom Dänen Ole Lando aus, der in den 1980er Jahren zusammen mit führenden Zivilrechtswissenschaftlern aus ganz Europa im Rahmen einer unabhängigen, inoffiziellen und nicht öffentlich

⁴² <https://www.unilex.info>.

⁴³ Principles of European Contract Law oder Lando-Principles; siehe v. Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Berlin 2005.

Soft Law als Lösung?

finanzierten „Commission on European Contract Law“ die entsprechenden Grundsätze sammelte, ordnete und ausformulierte. Die Arbeit wird fortgeführt von der „Study Group on a European Civil Code“ unter Leitung des Osnabrücker Professors Christian von Bar.

- 239 Die EU-Kommission nahm die so zusammengestellten Grundsätze als Grundlage für ihren **Vorschlag für eine „Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht“** vom 11.10.2011. Der Plan war, neben dem durch Richtlinien teilharmonisierten Verbrauchsgüterkaufrecht ein vollständig autonomes, EU-weit gültiges Kaufregime zu etablieren, das Händler für grenzüberschreitende Transaktionen freiwillig wählen konnten. Genau spiegelbildlich zum CISG wäre also ein aktiver „Opt-in“ erforderlich gewesen.
- 240 Damit sollten die **Vorbehalte der Verbraucher gegen eine Rechtswahl** und vor allem das Problem des Verbraucherschutzes durch Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom I VO („Die Rechtswahl darf jedoch nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der Schutz entzogen wird, der ihm durch diejenigen Bestimmungen gewährt wird, von denen nach dem Recht, das nach Absatz 1 mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre, nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf.“) gelöst werden. Grenzüberschreitend tätige Unternehmen (z.B. Amazon) hätten sich so nur auf eine (statt auf 28) Rechtsordnungen einlassen müssen. Man hätte Transaktionskosten gespart und insb. für mittelständische Unternehmen mit Onlineshops Handelshemmnisse abgebaut.
- 241 Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht sollte aber nicht nur den Verbrauchsgüterkauf regeln, sondern auch **Verträge mit kleinen und mittleren Unternehmen** (mit weniger als 250 Arbeitnehmern, Umsätzen von weniger als 50 Millionen Euro und einer Bilanzsumme von unter 43 Millionen Euro) auf Käuferseite umfassen. Dahinter stand die Überlegung, dass auch diese besonderen Schutzes bedürfen.
- 242 Die Regelung sollte aufbauend auf den Prinzipien nicht nur den Inhalt des Vertrages, sondern **auch den Vertragsschluss regeln** – dennoch aber kein komplettes Zivilgesetzbuch schaffen, so dass etwa die Stellvertretung, die Aufrechnung oder die Abtretung auch weiterhin den nationalen Rechtsordnungen überlassen bleiben sollten. Auch die Finanzierung (insb. Ratenkauf und Finanzierungskauf) sollten dem (ohnehin durch Richtlinien teilharmonisierten) Recht der Mitgliedstaaten überlassen bleiben.
- 243 Die **Anforderungen an die Vereinbarung der Geltung des Gemeinsamen Kauf-**

rechts sollten höher als für normale AGB sein – der Verbraucher sollte ausdrücklich und gesondert der Wahl des Gemeinsamen Kaufrechts zustimmen müssen und Anspruch auf ein zusätzliches Informationsblatt haben. Dies ähnelt den Anforderungen an eine Schiedsvereinbarung mit Verbrauchern (§ 1031 Abs. 5 S. 3 ZPO), verlangt aber immerhin weder eine eigenhändige Unterschrift noch eine qualifizierte elektronische Signatur.

- 244 Anders als in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sollte das **Gewährleistungsrecht umfassend** geregelt werden. Der Käufer sollte ein paralleles Wahlrecht zwischen (Nach-)Erfüllung, Rücktritt, Minderung, Schadensersatz und Verweigerung der Kaufpreiszahlung erhalten; ein Vorrang der Nacherfüllung („Recht zur zweiten Andienung“) sollte gegenüber Verbrauchern nicht bestehen. Die Verjährungsfristen sollten einheitlich subjektiv an die Kenntnis der relevanten Umstände angeknüpft werden und dann zwei Jahre laufen – egal ob es um Gewährleistung, Kaufpreiszahlung oder erstmalige Lieferung geht. Zudem sollte die Gewährleistung 10 Jahre betragen.
- 245 Leider nahm das Vorhaben um die Schaffung eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts **kein gutes Ende**: Nach langer Diskussion unter den Mitgliedstaaten und im Europäischen Parlament zeigte sich, dass ein Kompromiss nicht zu erreichen war. In der Folge zog die Kommission ihren Entwurf zur grundlegenden Überarbeitung zurück. Statt einer Neufassung wurden bislang aber nur Vorschläge für Richtlinien zum grenzüberschreitenden Handel präsentiert. Die Möglichkeit zur fakultativen Wahl eines einheitlichen, an etablierten Prinzipien orientierten Kaufrechts ist damit zumindest derzeit vom Tisch. Besonders dürften dies diejenigen bedauern, die schon zum Entwurf Dissertationen oder schlimmer noch Kommentierungen geschrieben haben.

V. Sonstige

- 246 Die geschilderten Quellen für einen privaten Rahmen grenzüberschreitender Kontakte sind keineswegs abschließend. Insbesondere die ICC bietet zahlreiche **Muster-AGB** an, die Unternehmen entweder vollständig übernehmen oder ihren jeweiligen Bedürfnissen anpassen können. Es handelt sich dabei um Regeln, die von Wirtschaftsanwälten aus mehreren Rechtsordnungen durchgesehen wurden und bereits in Verträgen genutzt wurden. Hierdurch soll ein gewisses Maß an zusätzlicher Rechtssicherheit geschaffen werden. Im Folgenden werden nur einige Beispiele für derartige Regelungen genannt:
- 247 Der „ICC Model International Sale Contract“ baut namentlich auf dem **UN-Kaufrecht** (CISG) auf, stellt dessen Regelungen klar und schließt Lücken, welche im CISG aus politischen Gründen noch vorhanden sind und erläutert die

Soft Law als Lösung?

jeweilige Regelung.⁴⁴ Gleichzeitig gibt es Wahlrechte, um in einzelnen Punkten doch wieder auf nationales Recht zurückzugreifen. Auch für Einzelprobleme gibt es Muster, namentlich für Unzumutbarkeit/höhere Gewalt/Störung der Geschäftsgrundlage in Form der ICC Force Majeure Clause 2003/ICC Hardship Clause 2003.⁴⁵ Zudem gibt es einen Mustervertrag für die Vertretung durch ein ausländisches Unternehmen (ICC Model Commercial Agency Contract).⁴⁶

- 248** Ein anderer Schwerpunkt liegt in der **Finanzierung internationaler Geschäfte** und im internationalen Bankrecht. Hier sieht man die Nähe zum ebenfalls durch Einheitsrecht teilharmonisierten Wertpapierrecht. In diese Kategorie gehören etwa die ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, International Standard Banking Practice for the Examination of Documents under Documentary Credits (2007 Revision for UCP 600), ICC Uniform Rules for Bank-to-Bank Reimbursements Under Documentary Credits, International Standby Practices (ISP 98), ICC Uniform Rules for Collections, ICC Uniform Rules for Demand Guarantees.
- 249** Die ICC beschränkt sich aber nicht auf Vertragsmuster. So gibt es auch **Empfehlungen für Werbepraktiken** (ICC International Code of Advertising Practice, ICC Revised Guidelines on Advertising and Marketing on the Internet, ICC International Code of Direct Marketing) und sonstige Hinweise für ein marktgerechtes Verhalten in anderen Staaten. Dabei handelt es sich praktisch um „Codes of Conduct“ im obigen Sinne.
- 250** Weitere Muster für grenzüberschreitende Verträge finden sich in **einschlägigen Formularsammlungen**.⁴⁷ Auch dabei handelt es sich in aller Regel um praktisch bereits erprobte Regelungen. Durch die wiederholte Verwendung ähnlicher Vereinbarungen wird auch hier die Rechtssicherheit gesteigert.
- 251** Selbst die **EU-Kommission** gibt inzwischen ein Muster für die Ausgestaltung eines Vertrages vor, welcher die Übermittlung personenbezogener Daten im Ausland betrifft.⁴⁸ Dies zeigt, dass die Verwendung von Mustern gegenüber außenstehenden Staaten oftmals gerade durch das zwingende nationale

⁴⁴ <http://store.iccwbo.org/icc-model-international-sale-contract>.

⁴⁵ <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-clause-2003icc-hardship-clause-2003/>.

⁴⁶ <http://store.iccwbo.org/icc-model-contract-commercial-agency>.

⁴⁷ Siehe z.B. https://www.bundesanzeiger-verlag.de/fileadmin/AW-Portal/Dokumente/Themenseiten-Material/Aussenwirtschaft_Grundlagen/Muster_Exportvertrag_eng_de.pdf.

⁴⁸ https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-transfers-outside-eu/model-contracts-transfer-personal-data-third-countries_en

Sonstige

(hier: europäische) Recht veranlasst werden kann. Damit die Unternehmen nicht das Risiko einer unzureichenden Risikoaufklärung oder gar Delegation tragen müssen, sind hier klare und unmissverständliche Regelungen angezeigt.