



Anne-Kathrin Drettmann

Der Wettstreit der Rechtsordnungen

Law „Made in Germany“
als Gütezeichen?



A. Einleitung

Im Jahr 2007 publizierte die *Law Society of England and Wales* eine Online-Broschüre mit der Überschrift *England and Wales: a jurisdiction of choice*.¹ Das Bundesministerium der Justiz und die Justizorganisationen reagierten auf diese Kampagne mit dem *Bündnis für das deutsche Recht* und luden alle Akteure, die weltweit mit dem deutschen Recht arbeiten, ein, sich zu beteiligen.² Ziel ist es, die Position des deutschen Rechts – als Teil des kontinentaleuropäischen Rechtskreises – im internationalen Wettbewerb der Rechtsordnungen zu stärken und gegebenenfalls zu optimieren. Im Vordergrund steht das Wirtschaftsrecht als Beurteilungsmaßstab für kaufmännische bzw. unternehmensbezogene Geschäfte.

Damit wird der Begriff *Globalisierung* nicht mehr nur durch das Zusammenwachsen von Volkswirtschaften und Märkten auf der ganzen Welt charakterisiert. Vielmehr wird *Globalisierung* um eine rechtliche Komponente erweitert, sodass nun auch der Wettstreit der Rechtsordnungen offiziell für eröffnet erklärt worden ist. Allerdings sind insoweit die unterschiedlichen Ausgangspositionen zu berücksichtigen, denn zumindest die westlichen Wirtschaftsordnungen sind sehr viel einheitlicher ausgestaltet als ihre Rechtsordnungen. So lassen sich allein in Europa bereits auf den ersten Blick zwei Rechtskreise feststellen, die von unterschiedlichen Rechtstraditionen und unterschiedlicher Rechtsdogmatik geprägt sind: Die kontinental-europäische Rechtsordnung, auch *Civil Law* genannt, und der anglo-amerikanische Rechtskreis, der dem englischen Recht entspringt und auch als *Common Law* bezeichnet wird. Von dieser *Vielfalt* bleibt auch die Rechtspraxis nicht unbeeinflusst. Sie führt zum einen dazu, dass vielfach eine Rechtswahl durch die Parteien erfolgt und dabei die Vor- und Nachteile der verschiedenen nationalen Rechtsordnungen gegeneinander abgewogen werden. Dies wiederum ist zum anderen aus rechtstheoretischer Sicht Anlass und zwangsläufige Folge, über die wechselseitige Durchdringung und den Konkurrenzkampf der verschiedenen rechtlichen Systeme auf der europäischen wie auch der internationalen Ebene verstärkt nachzudenken.³ So erfolgen Reformvorhaben mittlerweile nicht mehr ohne einen Blick in fremde Rechtsordnungen – sei es um Missstände aufzuspüren, sei es um ausländische Gesetze als Leitbild

1 Abrufbar unter: http://www.lawsociety.org.uk/documents/downloads/jurisdiction_of_choice_brochure.pdf (zuletzt besucht am: 01.08.2011).

2 Vgl. www.lawmadeingermany.de (zuletzt besucht am: 01.08.2011).

3 Gehb, DRiZ 2008, 222.

heranzuziehen.⁴ Verstärkt wird diese Tendenz durch die Rechtsprechung des *EuGH*, die ohne Rücksicht auf nationale Rechtsordnungen die Grundfreiheiten schützt und die Mitgliedsstaaten auf diese Weise dazu zwingt, Regelungen, die auf europäischer Ebene zu untragbaren Ergebnissen führen, entsprechend zu modifizieren.

Nimmt eine Rechtsordnung diese Herausforderungen an, stellt sie sich zugleich dem europäischen Wettbewerb der Rechtsformen und ist aktiv an der Gestaltung der Globalisierung im Rechtssinne beteiligt.⁵ Deshalb ist es kontraproduktiv, wenn die Mitgliedsstaaten der EU von nationalen Regelungen absehen und darauf warten, dass Europa – wie etwa mit seinem jüngsten Projekt, dem Gemeinsamen Referenzrahmen – Lösungen schafft, die letztlich nicht auf nationale Bedürfnisse zugeschnitten sind. Denn dass die Wirtschaft transnationale Regelwerke nicht unbedingt begrüßt, zeigt bereits die geringe Akzeptanz des UN-Kaufrechts. Obgleich Letzteres eine Reihe adäquater Regelungen für internationale Verträge enthält, ist die Furcht der Wirtschaft und insbesondere die ihrer rechtlichen Berater vor einem Konvolut völlig unbekannter Normen oftmals zu groß, als dass die heimische Rechtsordnung verlassen wird.⁶ Insoweit ist noch eher die Tendenz erkennbar, in eine andere Rechtsordnung auszuweichen, die zwar ebenfalls fremd ist, jedoch Vorteile bietet, die die heimische Rechtsordnung vermissen lässt.

Die aufgezeigten Veränderungen vollziehen sich jedoch keinesfalls mit der Leichtfüßigkeit, die dem Handel anhaftet, sondern sehr viel lethargischer. Denn anders als in der Wirtschaft, in der ein Konkurrenzstreben völlig natürlich ist, galt dieses mit Blick auf die Rechtsordnung lange Zeit als verpönt.⁷ Dem hat die *Law Society of England and Wales* mit ihrer ansprechenden Online-Broschüre jedoch ein jähes Ende bereitet, in der sie bedingungslos für das englische Recht eintritt. In der Streitschrift propagiert sie, dass einem englischen Vertrag eine höhere Rechtssicherheit anhafte als ihrem kontinental-europäischen Pendant, da Letzteres unter dem Einfluss des Gebots von Treu und Glauben stehe. Außerdem gebe es zu fast jedem rechtlichen Problem bereits eine Gerichtsentscheidung, was ebenfalls zu einem hohen Niveau an Rechtssicherheit beitrage. Das

4 Als Beispiel hierfür dienen in Deutschland die Veränderungen im Gesellschaftsrecht, die im MoMiG zusammengefasst worden sind. In England hat die Law Commission etwa für die Reform des AGB-Rechts auch den Umgang anderer Länder mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Ihre Erwägungen einbezogen. Vgl. hierzu im Einzelnen Law Commission Consultation Paper No. 166, *Unfair Terms in Contracts*, S. 184 ff. (abrufbar unter: www.lawcom.gov.uk, zuletzt besucht am: 01.08.2011).

5 Vgl. Gehb, DRiZ 2008, 222, 224.

6 Koch, NJW 2000, 910, 915.

7 Vgl. Gehb, DRiZ 2008, 222, 224.

englische Recht baue auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit auf und es werde deshalb durch eine größere Flexibilität charakterisiert als andere Rechtsordnungen, denen ein Gesetzbuch mit weitgehend unnachgiebigen Regelungen zugrunde liege. Infolgedessen bestehe für die vertragsschließenden Parteien, die sich für das englische Recht entschieden haben, auch ein sehr viel größerer Spielraum bei der vertraglichen Ausgestaltung. Das primär zu beachtende Richterrecht bewirke eine stärkere Anpassungsfähigkeit an die sich stetig verändernden Bedürfnisse des Handels.⁸

Zwar schienen deutsche Juristen bei Werbung in eigener Sache bislang eher zurückhaltend zu sein, doch haben sie mit der Initiative *Law – Made in Germany* den Schritt zum Rechtsexport gewagt und sich damit dem Wettbewerb gestellt. Ausgehend von dieser Situation sollen im Folgenden die Ziele der vorliegenden Arbeit dargelegt (I.) und im Anschluss daran der Gang der Untersuchung genauer erklärt werden (II.). Um einen ersten Eindruck von dem Untersuchungsgegenstand zu erhalten, wird außerdem ein Überblick über die Normen vermittelt, die Regelungen zu Handelsbräuchen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten oder zumindest auf diese verweisen (III.).

I. Ziel der Arbeit

Die Auseinandersetzung mit der privaten Regelbildung am Beispiel von Handelsbräuchen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Deutschland und England soll sich nicht in deren Darstellung erschöpfen. Vielmehr bedarf es darüber hinaus einer kritischen Untersuchung der eingangs bereits dargestellten Aussagen der *Law Society* auf deren Sinnhaftigkeit hin.

Zunächst soll auf nationaler Ebene der Umgang mit Handelsbräuchen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) genauer betrachtet, deren gemeinsame Schnittpunkte, aber auch Unterschiede herausgearbeitet werden. Insoweit stellt sich die Frage, ob beide Formen privater Regelsetzung funktionsäquivalent sind und infolgedessen die tradierten Handelsbräuche von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen völlig *absorbiert* werden. Im deutschen Recht wird deshalb zunächst die Norm des § 346 HGB und später die des § 310 BGB Gegenstand genauerer Untersuchung sein. Bei internationalen Handelsgeschäften sind jedoch auch die Regelungen des UN-Kaufrechts zu beachten. Für das deutsche Recht wird insoweit die These aufgestellt, dass Allgemeine Geschäftsbedingun-

8 Brochure of the Law Society of England and Wales, S. 8 (abrufbar unter: http://www.lawsociety.org.uk/documents/downloads/jurisdiction_of_choice_brochure.pdf, zuletzt besucht am: 01.08.2011).

gen Handelsbräuche in ihrer Funktion keinesfalls ablösen oder gar *absorbieren*, sondern ein neues Modell der Bindung Privater an nicht staatlich gesetzte Regeln darstellen. Dabei werden jedoch auch Schnittstellen zwischen beiden Erscheinungsformen aufgezeigt.

Sodann wird das englische Recht vorgestellt. Die Fokussierung auf Handelsbräuche und Allgemeine Geschäftsbedingungen führt dazu, dass zunächst eine Auseinandersetzung mit dem englischen Fallrecht, dem *case law*, erfolgt, zu dem auch die Handelsbräuche gehören. Ein dem deutschen Recht vergleichbares Handelsrecht gibt es in Großbritannien nicht. Zum einen besitzt das englische Recht nicht ein derart differenziertes System und zum anderen werden Handelsbräuche in Ermangelung einer § 346 HGB vergleichbaren Norm ausschließlich auf der Grundlage des Parteiwillens bei der Vertragsauslegung und –ergänzung berücksichtigt. Anders verhält es sich mit dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dieser Bereich ist nicht mehr ausschließlich der Rechtsprechung überlassen, sondern zumindest teilweise gesetzlich geregelt. Das englische Recht verfügt mit dem *Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA 1977)* und der *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1999 (UTCCR 1999)* über zwei für diesen Bereich wichtige Gesetzestexte. Das zuletzt genannte Regelungswerk setzt die europarechtlichen Vorgaben⁹ im Hinblick auf Verbraucherverträge um und ist deshalb für die Zwecke dieser Arbeit zu vernachlässigen. Stellt man im englischen Recht einen Vergleich zwischen Handelsbräuchen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen an, sind strukturelle Gemeinsamkeiten evident, die den Schluss einer Funktionsäquivalenz anders als im deutschen Recht nahelegen.

Schließlich wird auch das jüngste Vorhaben der Europäischen Union, der *Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens* (für ein Zivilgesetzbuch), in die Betrachtung einbezogen. Als möglicher Grundstein eines europäischen Zivilgesetzbuchs handeln ihn die einen,¹⁰ als bloße Orientierungshilfe deklarieren ihn die anderen.¹¹ Dieses Konvolut geplanter Regelungen, auch *toolbox*¹² genannt,

9 RL 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (im Folgenden abgekürzt mit RL 93/13/EWG).

10 Staudinger/Gsell, Eckpfeiler des Rechts, Verbraucherschutz – I. Entwicklung, Perspektiven und Struktur des privaten Verbraucherrechts; Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, JZ 2008, 529 ff.; vgl. Grundmann, ERCL 2008, 225 ff.; vgl. Grundmann/Kerber, Eur J Law Econ 21 (2006), 215, 216 ff.; vgl. Hesselink, Global Jurist Frontiers 2002, 1, 10 f.; vgl. Micklitz/Reich, VuR 2007, 121 ff.

11 Mitteilung der Kommission „Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstandes – weiteres Vorgehen“ KOM (2004) 651, S. 3 f. (auf Deutsch: Instrumentarium).

würde England und Deutschland als Mitglieder der Europäischen Union in seinen rechtlichen Folgen gleichermaßen tangieren. Ebenso wie das UN-Kaufrecht gleicht auch dieses Projekt idealerweise die Unterschiede aus, die zwischen den einzelnen nationalen Rechtsordnungen innerhalb Europas bestehen, insbesondere im Verhältnis von angelsächsischem zu kontinentaleuropäischem Recht, so dass er auch im Hinblick auf die oben wiedergegebenen Aussagen der *Law Society* von Relevanz ist. Obgleich der Gemeinsame Referenzrahmen bislang lediglich ein Entwurf ist und für die Mitgliedstaaten auf absehbare Zeit nicht verbindlich sein wird, stellt er das Ergebnis einer rechtsvergleichenden Studie dar, die Aufschluss darüber geben kann, inwieweit nationale Regelungen auch auf der internationalen Ebene Zuspruch finden.

Der sich anschließende Rechtsvergleich intendiert, die Unterschiede und Gemeinsamkeiten im Umgang mit den zwei dargestellten Formen der privaten Regelbildung herauszufiltern und Schlüsse für das deutsche Recht zu ziehen. Dabei geht es zunächst darum, die eingangs erwähnten Aussagen der *Law Society* auf ihren Kerngehalt hin zu untersuchen. Es wird die These aufgestellt, dass das englische Recht im unternehmerischen Verkehr sehr wohl über einen Grundsatz von Treu und Glauben verfügt. Außerdem wird der Feststellung, dass nicht kodifiziertes Fallrecht flexibler sei, entgegengesetzt, dass diese Flexibilität einen hohen Preis hat. Denn am Beispiel der Handelsbräuche wird deutlich, wie schwer es ist, aus dem Konvolut an Fällen die notwendigen Voraussetzungen und damit allgemein gültige Regeln herauszufiltern. Schließlich soll auch das Argument der größeren wirtschaftlichen Freiheit entkräftet werden. Das deutsche Recht mit seinen kodifizierten Regelungen gesteht den Wirtschaftssubjekten ebenso große Freiheit zu wie das englische Recht. Ob die *Rechtsanwendung* diese Freiheit in Deutschland auch in vollen Zügen berücksichtigt, ist jedoch eine andere Frage, die einer gesonderten Beantwortung bedarf. Deshalb wird in einem Resümee aufgezeigt, welche Defizite das deutsche Recht im internationalen Vergleich aufweist und wie dessen Attraktivität gesteigert werden könnte.

II. Gang der Untersuchung

Ausgangspunkt der Arbeit ist die deutsche Rechtsordnung (**B.**), und zwar zunächst bezogen auf die Handelsbräuche (**I.**). Es werden ihre Entstehungsvoraussetzungen aufgezeigt und das Verhältnis zwischen Handelsbräuchen und zwin-

12 Study Group on a European Civil Code, Aquis Group, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), S. 16. (abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf, zuletzt besucht am: 01.08.2011).