

Günter Weick, Alexander Basse

Recht des internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehrs

De Gruyter Praxishandbuch

Günter Weick, Alexander Basse

**Recht des
internationalen
Handels- und
Wirtschaftsverkehrs**

DE GRUYTER

Günter Weick, Dr. jur., emeritierter Professor an der Justus-Liebig-Universität Gießen
Alexander Basse, Dr. jur., Rechtsanwalt in Königstein/Ts.

ISBN 978-3-11-030518-0
e-ISBN 978-3-11-030533-3

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2013 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston
Einbandabbildung: Comstock/thinkstock
Datenkonvertierung: jürgen ullrich typesatz, Nördlingen
Druck und Bindung: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen
☺ Gedruckt auf säurefreiem Papier
Printed in Germany

www.degruyter.com

Vorwort

Das Buch dient der effizienten Einarbeitung und der Vertiefung in die Vertragspraxis, in typische Probleme und rechtliche Regelungen von internationalen wirtschaftlichen Transaktionen. Es handelt sich um einen Bereich, der für die deutsche Wirtschaft und die Rechtspraxis von enormer Bedeutung ist. Mit dem Doppelbegriff „Handels- und Wirtschaftsverkehr“ soll einerseits der Ursprung dieses Rechtsgebiets im traditionellen Warenhandel, andererseits die Ausweitung in Bereiche der Dienst- und Werkleistungen, des Technologietransfers, der Auslandsinvestitionen und der internationalen Zusammenarbeit zum Ausdruck gebracht werden. Im angloamerikanischen Rechtskreis ist dieses Rechtsgebiet seit langem unter dem Begriff „Law of International Trade“ etabliert. Der Schwerpunkt liegt auf dem Privatrecht. Berücksichtigt werden jedoch auch Einflüsse des öffentlichen Rechts auf die internationale Vertragspraxis, ferner das internationale Kollisions- und Einheitsrecht sowie die Mechanismen und Regelungen der Konfliktvorbeugung und Schiedsgerichtsbarkeit.

Dieser Stoff wird in erster Linie aus der Sicht von im Auslandsgeschäft engagierten deutschen Unternehmen, der rechtlichen Berater und juristisch versierten Wirtschaftsfachleute behandelt. Die Darstellung ist besonders praxisnah und verarbeitet nicht nur die einschlägige Rechtsprechung und die weltweit angewendeten Regelwerke, sondern legt auch besonderes Gewicht auf die rechtliche Gestaltung der wirtschaftlichen Transaktionen und dabei erforderliche Problemlösungen. Die Lektüre und das Verständnis werden dadurch erleichtert, dass zahlreiche wesentliche und häufig nicht einfach zugängliche Dokumente im Anhang zur Verfügung gestellt werden. Das Werk richtet sich also primär an Juristen, die bereits in diesem Gebiet tätig sind oder sich darin einarbeiten wollen, ferner an Wirtschaftsfachleute, die aufgrund ihrer Arbeit bereits eine Fachkompetenz auf diesem Gebiet erworben haben. Es eignet sich aber auch zum praxisnahen Vertiefungsstudium und zur Weiterbildung für Rechtsreferendare und Trainees.

Wir danken den Unternehmen und Organisationen, die uns freundlicherweise mit Unterlagen und Abdruckgenehmigungen unterstützt haben und die bei den betreffenden Dokumenten genannt sind. Ferner sind wir zahlreichen Gesprächspartnern aus Praxis und Wissenschaft für sachkundige Auskünfte und Ratschläge dankbar.

Frau stud. iur. Julia Hoffmann danken wir für ihre wertvolle Hilfe bei den Literatur- und Rechtsprechungsnachweisen.

Gießen und Königstein/Ts., Juli 2013

Die Verfasser

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis — XV

1. Teil: Grundlagen, Quellen und Literatur — 1

§ 1 Charakteristik des Rechtsgebiets und des rechtlichen Ansatzes — 1

§ 2 Überblick über die „Rechtsquellen“ (Regelungen und Regelungsmodelle) — 3

- I. Einführungsfall — 3
- II. Wichtige Regelungen und Regelungsmodelle — 7
 - 1. Rechtsnormen i.e.S. — 7
 - 2. Regelwerke ohne Rechtsnormcharakter — 8
 - 3. Fehlende Systematik — 9

§ 3 Die Auseinandersetzung um ein transnationales Handels- und Wirtschaftsrecht — 9

- I. Analyse der praxisrelevanten Regelungen und Regelungsmodelle — 9
- II. Transnationales Handelsrecht als „autonome“ Rechtsschicht? — 10
- III. Die Diskussion im Schrifttum — 11
- IV. Praktische Relevanz — 13
- V. Stellungnahme — 15

§ 4 Allgemeines Schrifttum zum internationalen Handels- und Wirtschaftsrecht — 19

2. Teil: Staatliche und überstaatliche Aktivitäten im Bereich des internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehrs — 21

§ 5 Volkswirtschaftliche Bedeutung — 21

§ 6 Formen der Betätigung von Staaten und internationalen Organisationen — 23

- I. Staatliche Aktivitäten — 23
- II. Aktivitäten internationaler und supranationaler Organisationen — 26

§ 7 Einwirkungen auf privatrechtliche Verträge — 29

- I. Ebene des Zustandekommens der Verträge — 30
- II. Ebene der Vertragsgestaltung — 32
- III. Ebene der Durchführung der Verträge — 33
 - 1. Beispielfälle — 34

2. Force majeure-Klauseln — 35
3. Hardship-Klauseln — 39
4. Material Adverse Change (MAC)-Klauseln — 41

**3. Teil: Vorvertragliche Phase und Zustandekommen
internationaler Verträge — 43**

§ 8 Allgemeine Probleme — 43

- I. Anwendbares Recht — 43
 1. Problematik — 43
 2. Entwicklung einheitlicher internationaler Regeln — 44
 3. Das IPR in Bezug auf vorvertragliche Phase und Vertragsschluss — 46
- II. Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in einen internationalen Kaufvertrag — 50
- III. Das Problem unterschiedlicher Allgemeiner Geschäftsbedingungen — 51
- IV. Verhandlungs- und Vertragssprache — 55
 1. Die Perspektive der Verhandlungspartner — 55
 2. Die juristische Perspektive — 56
 3. Beispielfall — 58
 4. Maßgebliche Vertragssprache („*ruling language*“) — 60
 5. Sprachenstatut? — 61

§ 9 Abschluss von durchschnittlichen Kaufverträgen — 64

- I. Allgemeines — 64
- II. Vertragsschluss nach dem Einheitlichen UN-Kaufrecht — 66
 1. Allgemeines — 66
 2. Beispielfall zum Kauf auf der Grundlage der CISG — 67
- III. Bindung an das Vertragsangebot — 71
- IV. Weitere Regeln der CISG zum Vertragsschluss — 73
- V. Elektronischer Geschäftsverkehr (E-Commerce) — 74
- VI. Resümee — 76

§ 10 Zustandekommen von umfangreichen und komplizierten Verträgen — 77

- I. Einführung — 77
- II. Ausschreibungsverfahren — 78
- III. Informelle Verfahren — 81
- IV. Letter of Intent — 85
- V. Memorandum of Understanding — 87
- VI. Heads of Agreement/Term Sheet/Heads of Terms — 88

4. Teil: Gestaltung der Vertragsbeziehungen — 91**§ 11 Allgemeine Vertragsgestaltung für internationale Warengeschäfte — 92**

- I. Typische Regelungsgegenstände — 92
- II. Verknüpfung mit bestimmten Transportarten — 93
- III. Incoterms — 96
 - 1. Entwicklung — 96
 - 2. Inhalt — 97
 - 3. Beispiele: CIF, FOB und FCA — 99
 - 4. Lücken und Konkretisierungen — 103
 - 5. Verhältnis zum übrigen Vertragsinhalt — 104
 - 6. Voraussetzungen für die Geltung im konkreten Vertrag — 105
- IV. UNECE-Standardbedingungen — 112
 - 1. Entwicklung — 113
 - 2. Rechtspolitische Vorstellungen und inhaltliche Gestaltung — 113
 - 3. Bedeutung — 116

§ 12 Inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen — 118

- I. Pflichten der Vertragsparteien (Beispiel: FOB-Geschäft) — 118
- II. Währungs- und Zahlungsklauseln — 120
 - 1. Vertragliche Währungsklauseln — 120
 - 2. Andere Möglichkeiten der Absicherung gegen Kurs-, Inflations- und Transferrisiken — 123
 - 3. Zahlungsklauseln — 125
- III. Sicherheiten — 127
 - 1. Sicherheitsleistung nach deutschem Zivilrecht — 127
 - 2. Zur Interessenlage im internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehr — 127
 - 3. Überblick über typische und atypische Sicherungsformen im internationalen Bereich — 128
- IV. Bankgarantien — 137
 - 1. Anwendungsbereiche — 138
 - 2. Beispielfall (direkte Garantie) — 139
 - 3. Rechtsbeziehungen — 140
 - 4. Bedingte und unbedingte Garantien — 141
 - 5. Das Problem des missbräuchlichen Abrufs — 142
- V. Ausführungsphase — 149
 - 1. Ausführung der Verträge in der vertragsrechtlichen Dogmatik und in der Vertragspraxis — 149
 - 2. Lieferung und Abnahme bei Kaufverträgen — 150

3.	Quantitätskontrolle —	152
4.	Finanzielle Ausführung —	153
VI.	Qualitätskontrolle und Gewährleistung —	161
VII.	Sonstige Störungen der normalen Erfüllung —	167
1.	Allgemeines —	167
2.	Vertragsverletzungen auf der Verkäufer- bzw. Auftragnehmer- seite —	168
3.	Vertragsstörungen in Langzeitverträgen —	170
4.	Gefahrtragung —	171
5.	Anpassung von Verträgen —	173
6.	Außerordentliche Beendigung des Vertrages —	176
7.	Verhältnis der verschiedenen Klauselarten zueinander —	179
8.	Verjährung —	180
 § 13 Besonderheiten bei komplexen Langzeitverträgen — 183		
I.	Veränderungen im internationalen Wirtschaftsverkehr —	183
II.	Eigenarten der Verträge —	184
III.	Internationale Großbauverträge —	185
1.	Bedeutung der FIDIC Vertragsbedingungen —	185
2.	Vertragsdokumente —	186
3.	Der „Engineer“ —	187
4.	Konfliktbehandlung —	189
5.	Planungsänderungen und Zwischenentscheidungen —	189
IV.	Anlagenverträge —	190
1.	Grundmodelle —	190
2.	Verträge mit oder ohne „Engineer“ —	191
3.	Abnahme und Tests —	192
4.	Abrechnungs- und Zahlungssystem —	193
5.	Mehrzahl von Beteiligten und ihr Zusammenwirken —	193
6.	Besondere Probleme beim Einsatz von Subunternehmern —	194
V.	Internationale Logistikverträge —	199
1.	Logistik im Außenhandelsverkehr —	199
2.	Transport von großen Anlagen —	199
3.	Logistik im Geschäft mit Massenprodukten – Systemdienst- leistung —	200
4.	Auswirkungen im IT-Sektor —	201
5.	Gestaltung langfristiger Logistikverträge (Kontraktlogistik) —	201
6.	Anlaufphase, normaler Vertragsmodus, Deadlock und Beendigungs- phase —	204
7.	Multimodaler Transport —	205

§ 14 Probleme in Bezug auf das anwendbare Recht — 210

- I. Anknüpfung nach allgemeinem Kollisionsrecht — 210
- II. Probleme bei Verknüpfung von Standardvertragsbedingungen mit einem fremden Vertragsstatut — 214
- III. Stabilisierung der Rechtswahl bei Langzeitverträgen — 222
 - 1. Vertragsgestaltungen, welche den Interessen des Investors entgegenkommen — 223
 - 2. Vertragsgestaltungen, welche die Flexibilität und die wirtschaftspolitische Unabhängigkeit des „Gastgeberstaates“ betonen — 224
- IV. Internationalisierung des Vertragsstatuts — 225

§ 15 Vernetzung verschiedener Verträge im Rahmen eines Projekts — 229

- I. Allgemeines — 229
- II. Vertragsgefüge bei einem internationalen Anlagenprojekt — 230
- III. Kompensationsgeschäfte — 231
 - 1. Erscheinungsformen — 232
 - 2. Beispielfall für Counterpurchase — 232
- IV. Hauptvertrag und Logistikverträge — 234
- V. Verknüpfung mehrerer Verträge beim normalen Liefergeschäft — 234
 - 1. Kaufvertrag und Transportverträge — 234
 - 2. Kaufvertrag und Versicherungsverträge — 235
 - 3. Kaufvertrag und Sicherheiten — 235
- VI. Typische Probleme der Abhängigkeit des Hauptvertrages von Finanzierungsverträgen — 236

5. Teil: Finanzierung und Versicherung — 239

§ 16 Finanzierung von außenwirtschaftlichen Transaktionen und Projekten — 239

- I. Allgemeines — 239
- II. Finanzierungsgrundsätze — 240
- III. Modell einer langfristigen Lieferanten-Exportfinanzierung — 242
- IV. Lieferanten- und Bestellerkredit — 243
 - 1. Lieferantenkredit — 243
 - 2. Bestellerkredit — 243

§ 17 Versicherungen im Zusammenhang mit Exportgeschäften — 244

- I. Exportkreditversicherung — 244
 - 1. Allgemeines — 244

- 2. HERMES-Deckungen — **245**
- 3. Politische Implikationen — **248**
- II. Transportversicherungen — **249**
 - 1. Seeversicherung — **250**
 - 2. Andere Transportversicherungen — **252**
 - 3. Multimodaler Transport — **252**
 - 4. Versicherung politischer Risiken — **252**
 - 5. Nebenzweige der Transportversicherung — **253**
- III. Versicherungen für den Bereich der Großbauten und Anlagenprojekte — **253**

6. Teil: Wirtschaftliche Betätigung im Ausland und internationale Kooperation — 257

§ 18 Aktivitäten inländischer Unternehmen im Ausland — 257

- I. Repräsentanz — **257**
- II. Direktverkauf — **258**
- III. Handelsmakler — **258**
- IV. Selbständige Handelsvertreter — **258**
- V. Kommissionäre — **259**
- VI. Vertragshändler — **259**
- VII. Franchising — **260**
- VIII. Zweigniederlassung — **260**
- IX. Tochtergesellschaft — **261**
- X. Eigenmarkengeschäft — **261**

§ 19 Rechtsformen der internationalen Kooperation — 263

- I. Ziele — **264**
- II. Rechtliche Instrumentarien — **265**
 - 1. Konzessionen — **265**
 - 2. Tochtergesellschaft im Rohstoffland — **265**
 - 3. Andere Formen internationaler Kooperation auf vertraglicher Ebene — **266**
 - 4. Gesellschaftsrechtliche Lösungen — **266**
 - 5. Projektgemeinschaften — **266**
 - 6. Joint Ventures — **268**
 - 7. Verträge der „dritten Generation“ — **271**
 - 8. Public Private Partnership (PPP) — **272**
- III. Investitionsförderung und Investitionsschutz — **276**
- IV. Compliance im Außenhandelsrecht und in der internationalen Zusammenarbeit — **278**
 - 1. Begriff und Grundlagen — **278**

- 2. Compliance bei internationalen Kooperationen — 279
- 3. Compliance im Export-Geschäft — 280

7. Teil: Vorbeugung und Beilegung von Konflikten — 283

§ 20 Mechanismen der Streitvorbeugung und -beilegung außerhalb von Schiedsgerichts- und Gerichtsverfahren — 283

- I. Einführung — 283
- II. Überblick über Gestaltungsformen und Verfahren — 284
 - 1. Vorbeugende Vertragsgestaltung — 284
 - 2. Vertragsergänzung und -konkretisierung — 285
 - 3. Zwischenentscheidungen — 286
 - 4. Vorverfahren bei Meinungsverschiedenheiten — 286
 - 5. Schlichtungsverfahren — 287
- III. Vielfalt und funktionale Zusammenhänge — 288
- IV. Rechtliche Beurteilung — 290
 - 1. Deutsches Recht — 290
 - 2. England, USA, Italien — 292
- V. Folgerungen für die internationalen Verträge — 293
 - 1. Prämissen — 293
 - 2. Lösungsansätze — 294

§ 21 Internationale Schiedsgerichtsbarkeit — 299

- I. Gründe für die Vermeidung von Streitverfahren vor staatlichen Gerichten — 299
- II. Verhältnis der staatlichen Gesetzgebung zur Schiedsgerichtsbarkeit — 300
 - 1. Vorbehalte des staatlichen Rechts — 300
 - 2. Calvo-Doktrin — 302
- III. Arten von Schiedsgerichten — 302
 - 1. Ständige (institutionelle) Schiedsgerichte — 302
 - 2. Ad hoc-Schiedsgerichte — 303
 - 3. Staatliche Schiedsgerichte — 303
 - 4. Mehrparteienschiedsverfahren
(*Multiparty Arbitration*) — 303
- IV. Grundlagen der schiedsgerichtlichen Entscheidung — 304
- V. Beispiele für Schiedsklauseln — 305
 - 1. Beispiele für Schiedsklauseln mit Vereinbarung der Zuständigkeit des ICC-Schiedsgerichts — 305
 - 2. Beispiel einer Schiedsklausel für ein Verfahren nach den UNCITRAL Arbitration Rules — 306

XIV — Inhaltsverzeichnis

VI. Skizze eines Schiedsverfahrens nach der Schiedsgerichtsordnung
der ICC — **306**

VII. Kosten von Schiedsverfahren — **310**

VIII. Gerichtliche Kontrolle von Schiedssprüchen — **311**

Anhang — 315

Sachregister — 413

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
ABl EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
A.C.	Law Reports Appeal Cases
ADR	Amicable Dispute Resolution
ADS	Allgemeine Deutsche Seeversicherungsbedingungen
ADSp	Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AIA	Association for International Arbitration
AKA	AKA Export Finance Bank
All ER	All England Law Reports
Arch.Phil.Droit	Archives de Philosophie du Droit
Art.	Artikel (Singular)
Artt.	Artikel (Plural)
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
B.&Ald.	Barnewell and Alderson's Reports
BB	Betriebs-Berater
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Beil.	Beilage
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
B/L	Bill of Lading (Konnossement)
BMJustiz	Bundesministerium der Justiz
BMZ	Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
BOT	Build, Operate, Transfer
BRICS	Brasilien, Russland, Indien, China, Südafrika
BStBl	Bundessteuerblatt
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BuB	Bankrecht und Bankpraxis
BUJ	Bundesverband der Unternehmensjuristen
Bus.Law.	The Business Lawyer (USA)
Cab.&Ell.	Cababe and Ellis' Queen's Bench Reports
CAR	Contractor's All Risks
Cass	Cour de Cassation
Cass Civ.2	Cour de Cassation, 2e Chambre Civile
CC	Code Civil (Frankreich)
CDS	Credit Default Swap
CEO	Chief Executive Officer

CFO	Chief Financial Officer
CIF	Cost, Insurance and Freight
CIP	Carriage and Insurance Paid to
CISG	Convention on Contracts for the International Sale of Goods
cl.	clause
Clunet	s. JDI
CMNI	Convention relative au contrat de transport de marchandises en navigation intérieure (Budapester Übereink. über den Vertrag über die Güterbeförderung in der Binnenschifffahrt v. 2000)
CMR	Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route
COTIF	Convention relative aux transports internationaux ferroviaires
D.	Recueil Dalloz
DAB	Dispute Adjudication Board
DAP	Delivered at Place
DAT	Delivered at Terminal
DB	Der Betrieb
DCESL	Draft Common European Sales Law (Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht)
DCRF	Draft Common Frame of Reference
DDP	Delivered Duty Paid
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit
dpci	droit et pratique du commerce international
DTV	Deutscher Transport-Versicherungs-Verband
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
ECA	Export Credit Agency
E-Commerce	Electronic Commerce
ed.	edition, editor
EDF	European Development Fund
EDI	Electronic Data Interchange (elektronischer Datenaustausch)
eds.	editors
EEG	Erneuerbare-Energien-Gesetz
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EPC	Engineering, Procurement, Construction
ERA	Einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive
EU	Europäische Union
EuBestG	EU Bestechungsgesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVVO	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handels-sachen (auch „Brüssel I-VO“ genannt).
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWIR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht

EWIV	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung
EUR	Europäischer Wirtschaftsraum
EXW	Ex Works
EZB	Europäische Zentralbank
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FCA	Free Carrier
FIATA	Fédération Internationale des Associations des Transporteurs et Assimilés (Federation of Freight Forwarders Associations)
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils
Fn.	Fußnote
FOB	Free on Board
FOR/FOT	Free on Rail/Free on Truck
FS	Festschrift
F Supp	Federal Supplement
GG	Grundgesetz
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
HansRGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift
HGB	Handelsgesetzbuch
H.L.	House of Lords
h.M.	herrschende Meinung
HOA	heads of agreement subject to contract
IAS	International Accounting Standards
ICC	International Chamber of Commerce
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly (U.K.)
ICSID	International Center for Settlement of Investment Disputes
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
IFRS	International Financial Reporting Standards
IHK	Industrie- und Handelskammer
ILA	International Law Association
ILM	International Legal Materials
IMA	Interministerieller Ausschuss
IMF	International Monetary Fund
Incoterms	International Commercial Terms
InfoV	Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht v. 2.1.2001
IntBestG	Gesetz zur Bekämpfung der internationalen Bestechung
IPR	Internationales Privatrecht
IPRspr	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
ital. Cc	Italienischer Codice civile
i.w.S.	im weiteren Sinne

JBL	Journal of Business Law (U.K.)
JDI	Journal de Droit International (auch zit. „Clunet“)
J.L.&Com.	Journal of Law and Commerce (USA)
J.L.Econ.&Org.	Journal of Law, Economics and Organization (USA)
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau und Entwicklung
KommJur	Kommunaljurist (Zeitschrift)
L/C	Letter of Credit (Akkreditiv)
LG	Landgericht
L.J.	Law Journal
LOI	Letter of Intent
M & A	Mergers and Acquisitions
MAC	Material Adverse Change
MAE	Material Adverse Effect
m.a.W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MERCOSUR	Mercado Comum do Sul
MOU	Memorandum of Understanding
MTO	Multimodal Transport Operator (multimodaler Beförderer)
MünchKommBGB	Münchener Kommentar zum BGB
MünchKommHGB	Münchener Kommentar zum HGB
m.w.Nw.	mit weiteren Nachweisen
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report (Zivilrechtsprechung der Oberlandesgerichte)
OPEC	Organization of the Petroleum Exporting Countries
o.w.	ohne weiteres
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
p.	page
PECL	Principles of European Contract Law
pp.	pages
PPP	Public Private Partnership
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
publ.	publication
Q.B.	Law Reports Queen's Bench Division
QS	Qualitätssicherung

RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
R & D	Research and Development
Red Book	FIDIC Conditions of Contract for Construction, for Building and Engineering Works Designed by the Employer
Rev. Arb.	Revue de l'Arbitrage (Frankreich)
RGW	(ehemaliger) Rat für gegenseitige Wirtschaftshilfe
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rom II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rs	Rechtssache
S.A.	Société Anonyme
ScheckG	Scheckgesetz
SchGH	Schiedsgerichtshof
SchGO	Schiedsgerichtsordnung
SE	Societas Europaea (europäische Aktiengesellschaft)
Slg.	Sammlung (der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs)
sog.	sogenannte
SPV	Special Purpose Vehicle
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Stw.	Stichwort
UCC	Uniform Commercial Code (USA)
UCP	Uniform Customs and Practice for Documentary Credits
Üb.	Übereinkommen
u.E.	unseres Erachtens
U.K.	United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland
UKHL	United Kingdom House of Lords (veröffentlichte Entscheidungen des House of Lords)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNECE	United Nations Economic Commission for Europe
UNIDO	United Nations Industrial Development Organization
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
UPICC	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
URDG	Uniform Rules for Demand Guarantees
u.U.	unter Umständen
VA	Verwaltungsakt
VersR	Versicherungsrecht
VO	Verordnung
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B
VOF	Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen
VR	Volksrepublik

WG	Wechselgesetz
WiRO	Wirtschaft und Recht in Osteuropa
WL	Westlaw
W.L.R.	Weekly Law Reports (U.K.)
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WTO	World Trade Organization
WVB	Bedingungen des Warenvereins der Hamburger Börse
Yellow Book	FIDIC Conditions of Contract for Plant and Design-Build
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGB	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZvgIRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
zzt.	zurzeit

1. Teil: Grundlagen, Quellen und Literatur

§ 1 Charakteristik des Rechtsgebiets und des rechtlichen Ansatzes

Die rechtswissenschaftliche Behandlung internationaler wirtschaftlicher Aktivitäten und Transaktionen kann unter verschiedenen Aspekten erfolgen, denen jeweils unterschiedliche Ebenen der Rechtsordnung, also verschiedene rechtliche Regulationssysteme entsprechen.

Aus der Sicht des einzelnen Nationalstaates kann es darum gehen, grenzüberschreitende wirtschaftliche Betätigungen zu fördern, zu lenken, zu kontrollieren, im Interesse eigener Unternehmen oder übergeordneter politischer Ziele zu beschränken oder als Quelle staatlicher Einnahmen zu behandeln. Dies ist ein überwiegend öffentlich-rechtlicher Ansatz; ihm sind Rechtsgebiete, wie das Außenwirtschaftsrecht, Zollrecht oder auf internationale Sachverhalte bezogenes Steuerrecht zuzuordnen. Ein ganz anderer Aspekt liegt der Disziplin zugrunde, die als „internationales Wirtschaftsrecht“ (*„droit international économique“*), „Weltwirtschaftsrecht“¹ oder auch „Wirtschaftsvölkerrecht“ bezeichnet wird – die entsprechende Terminologie ist noch unscharf. Ihr Gegenstand ist die internationale (im Idealfall globale) Ordnung der internationalen wirtschaftlichen Transaktionen und des grenzüberschreitenden Einsatzes der Produktionsfaktoren, wie Rohstoffe, Kapital, Arbeitskraft oder geistiges Eigentum. In diesen Rahmen fallen die anhaltende Diskussion um eine Weltwirtschaftsordnung, das Weltwährungssystem, den gerechten Ausgleich zwischen Rohstoffländern und Industrieländern oder die Grundentscheidungen zwischen Freihandel und Protektionismus. Auf einer mittleren Ebene liegen internationale Regelsysteme, die sich auf Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik einer Gruppe von Staaten beziehen, zum Beispiel der EU, NAFTA, MERCOSUR oder OECD. Der für Deutschland wichtigste Komplex ist ohne Zweifel das Recht der Europäischen Union mit seiner Fülle und Vielfalt von wirtschaftsrechtlichen Normen. Wegen seiner Eigenart wurde für das Recht der EG (heute EU) der Begriff „supranationales Recht“ geprägt.²

Dieses Buch hat einen Ansatz, der sich wesentlich von den drei genannten unterscheidet. Ihm geht es um die Perspektive der an den wirtschaftlichen Transaktionen direkt Beteiligten, in der Regel also der Vertragsparteien, seien es Käufer und Verkäufer, Auftraggeber, Auftragnehmer und Subunternehmer, Kreditgeber und Kreditnehmer, Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer, Versicherer und Versicherte, Partner eines *Joint Venture* usw., und natürlich ihrer praktisch tätigen Akteure,

1 Vgl. *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, München 1983, Bd. I, S. 49 ff.

2 Vgl. zu diesem Begriff u. § 6 II. S. 27.

leitenden Angestellten und rechtlichen Berater. Typisch für internationale Transaktionen und Projekte ist, dass zu ihrer Realisierung eine Mehrzahl von (i.d.R. zweiseitigen) Verträgen abgeschlossen wird. Das gilt schon für Warenlieferungen³, insbesondere aber für größere Projekte. Große internationale Vorhaben sind in rechtlicher Hinsicht kunstvolle Gefüge aus zahlreichen zweiseitigen oder auch mehrseitigen Verträgen und aus sonstigen rechtlichen Beziehungen, die wiederum eine Vielzahl von teils klassischen, teils eigenständig entwickelten rechtlichen Instrumenten und Verfahren anwenden. Hier sind nebeneinander stehende Vertragsverhältnisse (z.B. Liefervertrag und Versicherungsvertrag oder ein *Countertrade*-Vertragssystem) von untereinander stehenden Vertragsverhältnissen (z.B. Anlagenvertrag und Subunternehmervertrag) zu unterscheiden. Es ist für die beteiligten Wirtschaftsfachleute und Juristen wichtig, diese verschiedenen Mechanismen und Regelungsformen im Zusammenhang zu sehen, ihr Verhältnis und ihr Ineinandergreifen zu verstehen. Deshalb ist ein wesentliches Ziel dieses Buches, die Verknüpfung und das Zusammenspiel der verschiedenen Rechtsbeziehungen im Rahmen eines Projekts oder einer sonstigen wirtschaftlichen Transaktion zu zeigen.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch, nicht nur auf die inhaltliche Abhängigkeit der unterschiedlichen Aspekte hinzuweisen, sondern die Bedeutung der *zeitlichen* Abhängigkeit der rechtlichen Schritte hervorzuheben. Wenn z.B. für eine bestimmte wirtschaftliche Aktivität eine Lizenz einer lokalen Behörde benötigt wird, sollten entsprechende Anträge nicht erst nach Unterzeichnung des Vertrages gestellt und bearbeitet werden, sondern die betreffende Behörde sollte parallel zu den eigentlichen Vertragsverhandlungen kontaktiert werden. Ansonsten kann es bei einer Versagung der Lizenz zu unerwünschtem, aber notwendigem Anpassungsbedarf des Vertrages kommen – mit dem damit verbundenen „Erpressungspotential“, um die Vertragsziele überhaupt noch zu erreichen.

Es sollen ferner Probleme deutlich werden, die sich bei Störungen in diesem komplizierten Gefüge ergeben und die oft im Spannungsfeld zwischen der Selbstständigkeit des einzelnen Vertragsverhältnisses und seiner funktionalen Abhängigkeit liegen. Ferner geht es um die inhaltliche Gestaltung der einzelnen Verträge, die Rolle von in der Praxis verbreiteten Regelwerken, die Formulierung wichtiger Vertragsklauseln und um dabei erforderliche Problemlösungen. Außerdem werden Aspekte aufgezeigt, an die sinnvoller Weise zur Vollständigkeit des Vertragsverhältnisses gedacht werden sollte. Hier ist besonders darauf hinzuweisen, dass eine juristisch indizierte Lösung eines wirtschaftlichen Sachverhalts gerade in einem Unternehmen gravierende – und manchmal unerwünschte – Auswirkungen auf andere Bereiche, wie z.B. Steuerabteilung, Controlling oder Bilanzwesen haben kann.

³ Hier geht es neben dem eigentlichen Kaufvertrag z.B. um Logistikverträge, Versicherungsverträge, Dokumentenakkreditiv u.a. Bankgeschäfte.

Auch wenn man die Perspektive der an einem Vertrag oder einem Projekt Beteiligten wählt, bedeutet das jedoch nicht ein Ausblenden der eingangs genannten staatlichen, internationalen oder supranationalen Regelsysteme bzw. der sonstigen öffentlich-rechtlichen Einwirkungen. Abgesehen von der direkten Beteiligung staatlicher oder staatlich kontrollierter Vertragsparteien, ergeben sich vielfältige Verbindungen zum nationalen, europäischen und internationalen Wirtschaftsrecht, zum Handeln staatlicher oder übernationaler Stellen, die das Zustandekommen, die inhaltliche Gestaltung und das weitere Schicksal der Verträge beeinflussen. Diese Querverbindungen zum nationalen und internationalen Wirtschaftsrecht sowie zum Europarecht werden im 2. Teil kurz zusammengefasst behandelt, und werden auch in den übrigen Teilen dieses Werkes immer wieder eine Rolle spielen.

Wenn in diesem Buch in Bezug auf juristische Themen bestimmte Länder bzw. Staaten namentlich erwähnt werden, dann soll damit nicht ein generelles Problem mit Vertragspartnern aus diesem Staat oder mit dessen Rechtsordnung angedeutet werden. Es sind Beispiele zur Illustration, die der Anschaulichkeit dienen und in der Regel ihren zufälligen Ursprung in einem realen Fall haben.

§ 2 Überblick über die „Rechtsquellen“ (Regelungen und Regelungsmodelle)

I. Einführungsfall

Das englische Unternehmen E-Ltd. kauft bei der deutschen D-GmbH eine bestimmte Maschine. Beide sind im Auslandsgeschäft erfahren und hatten bereits früher Geschäftsbeziehungen zueinander, so dass kein drittes Unternehmen zur Vermittlung eingeschaltet werden musste.

Der Kaufvertrag wird in englischer Sprache abgefasst. Hierbei verwenden die Vertragsparteien die „General Conditions Form 188 for the Supply of Plant and Machinery for Export“, die von der *UN Economic Commission for Europe* verfasst worden sind. Die Parteien nehmen diese Bedingungen mit einigen Änderungen und Ergänzungen in ihren Vertrag auf.

In dem Vertrag wird u.a. vereinbart, dass die Lieferung „CIF Incoterms 2010“ erfolgen solle. Die Zahlung soll mittels Dokumentenakkreditiv gemäß den „Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP 600)“ der ICC von 2007 abgewickelt werden. Im Vertrag steht ferner eine Schiedsklausel mit folgendem Wortlaut: „Any dispute that may arise out of or in connection with this contract including its validity, construction or performance, shall be settled by arbitration under the ICC Rules of Arbitration by three arbitrators appointed in accordance with those rules.“

Schließlich findet sich am Ende des Vertragstextes noch die Bestimmung, dass die Gültigkeit, Auslegung und Erfüllung dieses Vertrages „shall be governed by the law of the Federal Republic Germany“ und dass das Wiener Einheitliche Kaufrecht (CISG) nicht angewendet werden soll.

1. Was fällt an diesem kurzen Vertrags-Szenario auf? Der Vertrag nimmt an vier Stellen Bezug auf „Regelungen“ oder jedenfalls außerhalb des Vertrages existierende juristische Texte.

Im Einzelnen sind das:

- *UNECE Conditions Form 188* (vgl. Text im Anhang Nr. 3). Es handelt sich dabei um Musterbedingungen, die von einer Unterorganisation der UNO für den internationalen Geschäftsverkehr entworfen wurden.
- *Incoterms 2010* (Abkürzung für *International Commercial Terms*, vgl. u. § 11 III.), von der *International Chamber of Commerce (ICC)* in Paris entwickelte Standardklauseln.
- *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP 600)*, auf Deutsch: Einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive (ERA) Fassung 600, von 2007, aufgestellt von der ICC (vgl. u. § 12 V.4.a).
- *ICC Rules of Arbitration*, die Schiedsgerichtsordnung der ICC, gültig ab 1.1.2012 (vgl. Text Anhang Nr. 17).

Außerdem wird in negativer Hinsicht das „Wiener Einheitliche Kaufrecht“ erwähnt, d.h. seine Geltung ausgeschlossen. Dabei handelt es sich um das Kaufrecht nach dem UN-Kaufrechts-Übereinkommen von 1980, im Folgenden nach der englischen Bezeichnung („*Convention on Contracts for the International Sale of Goods*“) abgekürzt „CISG“.

Die ersten vier sind jedenfalls keine gesetzlichen Vorschriften. Ihre Verfasser bzw. Herausgeber sind keine Gesetzgeber. Die entsprechenden Regelwerke sind auch nicht in Deutschland oder dem U.K. als Gesetze oder Verordnungen eingeführt worden, was theoretisch immerhin denkbar wäre. Sie haben auch nicht internationale Abkommen als Grundlage.

2. Die vier Regelwerke haben mit dem geltenden Recht der Bundesrepublik Deutschland, des United Kingdom oder irgendeinem anderen nationalen Recht eigentlich nichts zu tun. Sie sind nicht Bestandteil dieser nationalen Rechtsordnungen, **weder als formelle oder materielle Gesetze noch als Gewohnheitsrecht**. Sie sind internationalen Ursprungs und werden im internationalen Geschäftsverkehr praktiziert.

Trotz dieser fehlenden formellen Rechtsqualität sind sie weltweit sehr verbreitet; sie „regeln“ in einer Vielzahl von Fällen die Rechtsbeziehungen und das Verhalten der Vertragsparteien, wenn und soweit die Parteien es vereinbart haben.

Näheres folgt dazu später in § 3.

3. Die Bezugnahme auf diese Regelungen entlastet die Verhandlungspartner. Sie müssen die betreffenden Vertragsbestimmungen nicht im Einzelnen aushandeln und ihr unterschiedliches Rechtsverständnis koordinieren. Sie müssen auch nicht eventuelle politische Rücksichten nehmen. Die Regelwerke führen also auch zu einer „Entpolitisierung“, was gerade bei Vertragspartnern aus verschiedenen Teilen der Welt und verschiedenen Wirtschaftssystemen (man denke an Verträge zwischen deutschen und chinesischen Partnern) wichtig sein kann. Allerdings sollten sich die

Verhandlungspartner, insbesondere deren rechtliche Berater, darüber im Klaren sein, welche **Rechtsfolgen** eine derartige Bezugnahme haben kann. Oft fehlt es an einer solchen Kenntnis – und sei es nur auf der Seite *eines* Verhandlungspartners – was in der Regel dazu führt, dass die entsprechenden Regelungsgegenstände mühsam „ausverhandelt“ werden müssen.

4. Am Schluss kommt etwas aus dem Internationalen Privatrecht Bekanntes: die Unterstellung des Vertrages unter ein nationales Recht als „**Vertragsstatut**“ (*lex contractus*). Hier ist es das deutsche Recht. Aber welche Bedeutung hat das neben den in den Vertrag einbezogenen internationalen „Regelwerken“? Gelten die dann überhaupt statt des einschlägigen deutschen Rechts, und, wenn ja, hat diese Geltung vielleicht Grenzen? Wie viel Bedeutung das Vertragsstatut bei einem derartigen Vertrag noch hat, wird später zu klären sein. Verzichten wollen die Vertragsparteien darauf offenbar nicht, und sie haben Recht damit. Sicher ist aber: Sie wollen das staatliche Recht nur subsidiär, z.B. falls der Vertragstext und die einbezogenen Regelwerke Lücken lassen.

5. Im Verlauf der Durchführung des Vertrages und der Lösung eventueller Konflikte können übrigens noch **andere Regelungen mit internationalem Charakter** eingreifen, zum Beispiel wenn D die Maschine mit LKW eines Frachtunternehmens nach England transportieren lässt (Internationales Übereinkommen über Beförderungsverträge auf Straßen – CMR)⁴ oder wenn in einem Streitfall ein Schiedsspruch ergeht und dieser in Deutschland oder Großbritannien vollstreckt werden soll (u.U. das New Yorker Übereinkommen über Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche⁵). Auch das sind Normen aus dem Bereich dieses Buches, in den genannten Fällen allerdings auf der Grundlage völkerrechtlicher Abkommen. Dort geht es also um echte Rechtsnormen.

6. Schließlich haben die Parteien unseres Vertrages die Geltung des „**Wiener Einheitlichen Kaufrechts**“ **ausgeschlossen**. Welche Bedeutung hat das für den Vertrag? Das sog. UN-Kaufrecht nach dem Wiener Übereinkommen von 1980 ist inzwischen in zahlreichen (zzt. ca. 80) Staaten der Welt in Kraft getreten,⁶ in der Bundesrepublik Deutschland 1991. Hier gilt es ohne besondere Parteivereinbarung für internationale Kaufverträge, insbesondere dann, wenn beide Vertragsparteien ihre Niederlassung in verschiedenen Vertragsstaaten haben. Das U.K. ist aber kein Ver-

4 Das CMR gilt nach seinem Art. 2 Abs. 1 grundsätzlich auch dann, wenn – wie hier – die Ware ohne Umladung über den Ärmelkanal transportiert werden soll, was i.d.R. durch Übersetzen des LKW mittels Fähre („Roll on/Roll off-Verkehr“) geschieht.

5 S. Text im Anhang Nr. 18.

6 Bisher aber nicht in so wichtigen Staaten, wie U.K., Brasilien, Indien und Südafrika.

tragsstaat des CISG. Dennoch könnte sich über Art. 1 Abs. 1(b) CISG⁷ die Anwendung auf den vorliegenden Fall ergeben. Aber die Parteien können das ausschließen (Art. 6 CISG). Hier verlassen sie sich für die Füllung von Lücken lieber auf nationales Recht. Vielleicht hat der deutsche Verkäufer das auch in den Verhandlungen durchgesetzt. Die deutschen – und erst recht die englischen – Unternehmen haben gegenüber dem UN-Kaufrecht immer noch erhebliche Vorbehalte.⁸ In der Mehrzahl der Fälle wird, wie hier, seine Geltung ausgeschlossen.⁹ Nach englischem Recht gilt es sogar nur dann, wenn die Vertragspartner das ausdrücklich vereinbart haben.

Praxis-Tipps

Im Gegensatz zu den Incoterms, den ERA und anderen von der ICC herausgegebenen „Einheitlichen Richtlinien und Gebräuchen“ hat das UN-Kaufrecht (CISG) in Deutschland Gesetzeskraft. Es gilt für internationale Warenkaufverträge unter den Voraussetzungen des Art. 1 CISG automatisch und vorrangig vor dem auf den Vertrag anwendbaren nationalen Recht (Vertragsstatut), wenn es nicht von den Vertragsparteien ausgeschlossen wird. Dies ist ebenso wie die Abänderung oder der teilweise Ausschluss im konkreten Vertrag (mit Ausnahme des Art. 12 CISG) nach Art. 6 CISG zulässig.

Gegenüber dem Gesetzesrecht haben die eingangs genannten Regelwerke jedoch große Vorteile: Sie können relativ schnell veränderten tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen angepasst werden. Die Bezugnahme darauf entlastet die Parteien von politischen und nationalen Vorbehalten sowie dem mühsamen „Ausverhandeln“ von Einzelheiten, die das Gesetz offen lässt. In konkreten Vertragsverhandlungen kann argumentativ die Bezugnahme auf die Incoterms und andere ICC-Regeln dazu führen, dass bei der Rechtswahl ein geringerer Diskussionsbedarf besteht, da es sich bei diesen Regeln eben nicht um nationalstaatliche Rechtsvorschriften handelt, sondern um Bestimmungen, die sich die entsprechenden Wirtschaftspartner selbst als übergeordnete Regelungsmechanismen gegeben haben.

Hinweise

Vgl. zum CISG auch unten § 9 II–IV, § 12 I und VII 4.

S. ferner die **Kommentare** und sonstige Literatur zum CISG, z.B.:

Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 5. Aufl. München 2008.

Staudinger/Magnus, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Bearb. 2013, Berlin 2013.

⁷ Vgl. dazu u. §§ 8, 9 II.

⁸ Die Gründe dafür sind vielfältig: Unsicherheit wegen der relativen Neuheit und der ungewohnten Dogmatik, fehlende einheitliche Auslegungsinanz, stattdessen Auslegung durch die Rechtsprechung in zahlreichen Vertragsstaaten und dementsprechende Unkenntnis, Ungünstigkeit bestimmter Vorschriften für eine der Vertragsparteien, Lückenhaftigkeit der CISG, so dass doch zusätzlich ein nationales Vertragsstatut bestimmt werden muss, Verwendung von AGB, die auf ein nationales Recht abgestimmt sind, u.a.

⁹ Vgl. dazu *Mankowski* IHR 2012, 45 (48) m.w.Nw. Auf Befragungen beruhende Schätzungen deuten darauf hin, dass nur ca. 10% der Unternehmen in Europa das CISG-Kaufrecht benutzen; vgl. *Mankowski*, IHR 2012, 45 (48), Fn. 53 m.Nw. Für seine Anwendung wirbt *Piltz*, NJW 2012, 3061 ff.

- Honnold*, Uniform Law for International Sales, 3d ed. The Hague 1999.
Honsell (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl. Berlin/Heidelberg 2009.
Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Commentary, München 2011.
Münchener Kommentar zum HGB, CISG, bearb. von *Benicke* u.a., Bd. 6, 3. Aufl. München 2013.
Piltz, Praktische Handreichung für die Gestaltung internationaler Kaufverträge – Vorteile des UN-Kaufrechts gegenüber nationalem Recht, NJW 2012, 3061–3066.
Schlechtriem/Schroeter, Internationales UN-Kaufrecht, 5. Aufl. Tübingen 2013.

II. Wichtige Regelungen und Regelungsmodelle

Vgl. dazu Übersicht im Anhang Nr. 1.

Anders als bei den „klassischen“ Rechtsgebieten kann man hier zwei deutlich unterscheidbare Gruppen von „Rechtsquellen“ erkennen.

1. Rechtsnormen i.e.S.

Die Bestimmungen dieser Gruppe (Anhang Nr. 1, Gruppen I. und II.) können sich auf einen **Normsetzungsakt von dazu kompetenten Gesetzgebungsorganen** stützen:

- nationale Gesetzgebungsorgane,
- völkerrechtliche Übereinkommen, die auf internationalen Konferenzen ausgearbeitet und unterzeichnet werden, die aber als solche noch kein Recht setzen, sondern einen Geltungsbefehl der nationalen Gesetzgeber oder eine Umsetzung in nationale Normen brauchen,
- supranationale Gesetzgeber (EG- und EU-Normen).

Bei den **nicht-nationalen Normen** dieser Gruppe sind drei Unterformen erkennbar:

- a) Direkt anwendbare (*self-executing*) internationale Übereinkommen, die aber vor ihrer innerstaatlichen Verbindlichkeit einem Zustimmungsprozess durch nationale Organe durchlaufen müssen (im deutschen Recht: Zustimmungsgesetz, Ratifizierung durch den Bundespräsidenten) und dann noch in dem Übereinkommen festgelegte Geltungsvoraussetzungen (z.B. eine bestimmte Anzahl von Ratifikationen und eine zusätzliche Übergangsfrist) erfüllen müssen.
- b) Übereinkommen, die erst in nationale Gesetze transformiert werden müssen und dann durch (weitgehend) uniforme nationale Gesetzgebung „Einheitsrecht“ schaffen, z.B. Wechselgesetz, Scheckgesetz, CISG¹⁰.

10 Für die CISG ist das jedenfalls in Deutschland der Fall. Nach den Richtlinien des Auswärtigen Amtes für die Behandlung völkerrechtlicher Verträge ist nämlich das „Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf“ v. 5.7.1989 (BGBl II 586) kein bloßes Zustimmungsgesetz, sondern ein „Vertragsgesetz“, das die CISG in deutscher Übersetzung in

- c) Direkte Normsetzung durch supranationale Organe, so insbesondere die EU-Verordnungen (*regulations*), z.B. Rom I- und II-Verordnungen.

Die EU-Richtlinien (*directives*)¹¹ fallen unter keine dieser Kategorien, sondern stellen ein besonderes Modell dar, das auf dem EU-Primärrecht beruht und speziellen Regeln unterliegt. EU-Richtlinien geben den Mitgliedstaaten bestimmte Aufgaben und Ziele vor, bedürfen aber noch der „Umsetzung“ (*implementation*) durch die Gesetzgebungsorgane der Mitgliedstaaten.

2. Regelwerke ohne Rechtsnormcharakter

Die zweite Gruppe von „Regelungen“ (Anhang Nr. 1 Gruppe III.) ist rechtstheoretisch interessanter. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass es sich nicht um Rechtsnormen im strengen Sinne handelt, ihnen also **kein Rechtsgeltungsbefehl eines dazu kompetenten Gesetzgebers zugrunde liegt**. Dennoch haben sie erhebliche Bedeutung für den Rechtsverkehr, wie anhand unseres Beispiels und der Erläuterungen oben in Abschnitt I. erkennbar wurde.

Im Einzelnen haben sie sehr **unterschiedliche Entstehungsbedingungen** und Charakteristika. Manche kommen aus dem großen Apparat der UNO und ihrer Unterorganisationen (z.B. UNCITRAL, UNECE). Andere stammen von der Internationalen Handelskammer (ICC) in Paris, die überhaupt keine Hoheitsbefugnisse hat. Wieder andere haben ihren Ursprung bei internationalen Wirtschafts- oder Berufsverbänden (z.B. FIDIC¹²), wobei häufig ein Zusammenwirken mehrerer Verbände zugrunde liegt.

In der Regel ist für ihre Verbindlichkeit erforderlich, dass die Geltung dieser Regeln von den Parteien des konkreten Vertrages vereinbart wird. Es gibt aber auch internationale Handelsbräuche, die automatisch für die betreffende Art von Geschäften anwendbar sind.

Dieser zweite Bereich ist also viel größer und unübersichtlicher, aber von enormer Bedeutung für das reibungslose Funktionieren der internationalen Transaktionen und die tatsächliche Vereinheitlichung des Rechts des internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehrs.

der BRD als Gesetz in Kraft setzt. Aber es ist eben nicht zwingend, sondern seine Anwendung kann gemäß Art. 6 CISG ausgeschlossen werden.

¹¹ Vgl. dazu auch u. § 6 II. zu Fn. 70, 71.

¹² Abkürzung für „Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils“, die größte Organisation Beratender Ingenieure mit Mitgliedern aus über 60 Ländern, Sitz in Genf.

3. Fehlende Systematik

Die Übersicht zeigt schließlich, dass ein geschlossenes „System“ der Quellen in diesem Rechtsgebiet nicht zu erwarten ist. Es geht um vielfältige Initiativen, wechselnde Gruppen und Organisationen, konkurrierende Vereinheitlichungsbestrebungen und gegenläufige Interessen. Das ergibt einen Teppich in vielen Farben, an dem viele Beteiligte von verschiedenen Seiten aus mitweben. Gerade deshalb ist es wichtig, dass dem Praktiker und jedem, der sich in dieses Feld einarbeiten will, wissenschaftliche Orientierungshilfen und Anleitungen gegeben werden.

§ 3 Die Auseinandersetzung um ein transnationales Handels- und Wirtschaftsrecht

I. Analyse der praxisrelevanten Regelungen und Regelungsmodelle

Die oben in § 2 vorgestellten zwei Gruppen von Regelungen sind im Schrifttum mit den Begriffen „*international legislation*“ und „*international commercial custom*“ bezeichnet worden.¹³ Dabei ergeben sich scheinbar Parallelen zu den klassischen Rechtsquellen Gesetz und Gewohnheitsrecht. Der Begriff **international commercial custom** ist allerdings schillernd. Er könnte sowohl internationales Gewohnheitsrecht als auch internationalen Handelsbrauch bedeuten. Im letzteren Sinne ist er wohl von *Schmitthoff* gemeint. Auch dann ergibt sich ja eine Anlehnung an einen traditionellen Begriff der Rechtsquellenlehre. Betrachtet man jedoch die oben und im Anhang Nr. 1 unter Ziff. III aufgezählten Regelungsmodelle, so erfüllen sie keineswegs alle die Voraussetzungen des Handelsbrauchs, jedenfalls nicht, wie er im deutschen Recht verstanden wird.¹⁴ In den meisten Fällen gelten die Regelwerke nicht ohne weiteres, sondern sind abhängig von der Bereitschaft der beteiligten Vertragsparteien, sie ihren Verträgen zugrunde zu legen oder sonst zu praktizieren.

Zweifelhaft ist auch die **Internationalität** im strengen Sinne. Bei der ersten Gruppe von Regelungen ist meist – allerdings nicht mehr bei den EU-Verordnungen – noch ein irgendwie gearteter Rechtsetzungsakt oder Transformationsprozess der nationalen Gesetzgeber erforderlich. Aber müssen bei der zweiten Gruppe nicht erst

¹³ *Schmitthoff*, in: Horn/Schmitthoff (eds.), *The Transnational Law of International Commercial Transactions* (1982), 19 (23).

¹⁴ S. *Köbler*, *Juristisches Wörterbuch*, 5. Aufl. München 1991, S. 167: „Handelsbrauch (§ 346 HGB) ist die Gesamtheit der unter Kaufleuten geltenden Gewohnheiten (nicht Gewohnheitsrecht) und Gebräuche bzw. die Verkehrssitte des Handels.“ Er soll ohne besondere Bezugnahme im Einzelvertrag gelten und wird vom Gericht durch Gutachten der IHK ermittelt. Gewohnheitsrecht müssen die Gerichte dagegen i.d.R. von Amts wegen kennen und anwenden.

die nationalen Rechtsordnungen Vertragsfreiheit gewährt haben, damit die Vertragsparteien die betreffenden Regeln zum Inhalt ihrer Vereinbarung machen und an die Stelle des nationalen Rechts setzen können? Und setzen nicht die nationalen Rechtsordnungen dieser Vertragsfreiheit auch bestimmte Grenzen?

II. Transnationales Handelsrecht als „autonome“ Rechtsschicht?

An diesen Fragen scheiden sich die Geister in der Diskussion um die Normqualität und „Autonomie“ des Rechts des internationalen Wirtschaftsverkehrs. Da sie seit Jahrzehnten international geführt wird, ist eine nicht mehr überschaubare Meinungsvielfalt entstanden. Sie kann hier nicht annähernd dargestellt werden. Wir müssen uns auf eine Skizze der wichtigsten Auffassungen beschränken und dabei Vieles vereinfachen. Ein Angelpunkt in dieser Auseinandersetzung ist der Begriff „transnationales Recht“. In bezug auf das transnationale Handelsrecht spricht man auch von „**neuer lex mercatoria**“.¹⁵ Unter weiterer Vereinfachung kann man dann als Frage an den Anfang stellen, ob es neben den nationalen Rechtsordnungen und dem Völkerrecht noch als besondere Rechtsschicht ein transnationales Recht des internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehrs gibt. Die weiteren Fragen nach seiner „Autonomie“ und der Möglichkeit von Verträgen, die keinem nationalen Vertragsstatut unterliegen („*homeless contracts*“) stehen in engem Zusammenhang mit dieser Frage.

Die **Annahme einer dritten Rechtsschicht** ist keine Kaprice systemfreudiger Wissenschaftler oder eine Erfindung von Praktikern, die sich von lästigen nationalen Rechtsnormen freimachen wollen. Im Hintergrund steht die Erfahrung mit der alten *lex mercatoria*, die im Mittelalter und in den ersten Jahrhunderten der Neuzeit zweifellos eine eigenständige Rechtsschicht darstellte.¹⁶ Wichtiger und aktueller sind aber drei Erfahrungen im modernen Wirtschaftsverkehr:

- (1) Die Kollisionsnormen und die nationalen Sachnormen, auf die sie verweisen, sind in der internationalen Vertragspraxis von sekundärer Bedeutung. Die Akteure des internationalen Wirtschaftsverkehrs sehen sie als subsidiäres System für den Notfall fehlender oder lückenhafter Regelungen an. In Wirklichkeit werden die internationalen Transaktionen nach anderen Normen und Regeln abgewickelt. Entsprechendes gilt für Streitentscheidungen in diesem Bereich.

¹⁵ In England spricht man statt von „lex mercatoria“ auch von „law merchant“.

¹⁶ Vgl. dazu *Blaurock*, ZEuP 1993, 247 (249–252); *Rudolf Meyer*, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*, Göttingen 1994.

- (2) Auch das Völkerrecht im klassischen Sinne stellt nicht die eigentlichen Regeln für grenzüberschreitende Geschäfte bereit.¹⁷ Freilich kann es in Form von Konventionen und Staatsverträgen Regelungen vorbereiten, die für diese Verträge relevant werden (z.B. einheitliches Wechselrecht oder Kaufrecht, Schiedsgerichtsabkommen), aber das klassische Völkerrecht kann in Normalfällen internationaler Wirtschaftsverträge weder dem vertragsgestaltenden noch dem streitentscheidenden Juristen Regeln oder Maßstäbe an die Hand geben.
- (3) Die rechtlichen Mechanismen, nach denen internationale Wirtschaftstransaktionen tatsächlich abgewickelt werden, zeigen eine überraschende **Gleichförmigkeit**, und das sogar **über die Grenzen der Wirtschaftssysteme und -blöcke hinweg**. Dies gilt nicht nur für das traditionelle rechtliche Instrumentarium, sondern gerade auch für speziell entwickelte Rechtsformen des internationalen Wirtschaftsverkehrs (z.B. Handelsklauseln, Dokumentenakkreditive oder Bankgarantien). Fehlt die Gleichförmigkeit, so besteht doch ein starker Trend zur Vereinheitlichung: Das hat zur Folge, dass Vertragsparteien häufig versuchen, ihren Vertrag einem internationalen Vertragsstatut zu unterstellen.¹⁸

Es sind diese drei Erfahrungen, die Anlass gaben zu Zweifeln, ob das Recht des internationalen Wirtschaftsverkehrs einfach als Teil oder Annex des Völkerrechts oder der nationalen Rechtsordnungen angesehen werden kann. Und sie ließen die Idee einer eigenständigen Rechtsschicht als „*neue lex mercatoria*“ wieder aufleben.

III. Die Diskussion im Schrifttum

Der Begriff „**transnational law**“ wurde bereits vor ca. 57 Jahren von dem amerikanischen Autor *Jessup* benutzt.¹⁹

¹⁷ In dem wachsenden Bereich der Verträge zwischen Unternehmen und staatlichen Partnern („state contracts“) werden dem Völkerrecht z.T. schon weitergehende Möglichkeiten zuerkannt, aber bezeichnenderweise ist das mit einer Erweiterung des Begriffs des Völkerrechts verbunden. Vgl. dazu u.a. *Rengeling*, Privatvölkerrechtliche Verträge, 1971; *Velten*, Die Anwendung des Völkerrechts auf State Contracts ..., 1987, S. 38 ff.

¹⁸ Vgl. dazu u. § 14 IV.

¹⁹ *Jessup Transnational Law*, (Yale University Press) 1956, p. 2. Der Begriff war allerdings nicht von vornherein mit der Vorstellung einer eigenständigen dritten Rechtsschicht verbunden. *Jessup* verwendete ihn als zusammenfassende Bezeichnung „to include all law which regulates all actions or events that transcend national frontiers.“ Er verstand darunter sowohl öffentliches Recht als auch Privatrecht und andere Regeln, die sich nicht eindeutig diesen Kategorien zuordnen lassen. Damit wurde ein Konglomerat sehr unterschiedlicher Normen und Regeln erfasst. Der Begriff ist so weit, dass er wenig Chancen bietet, über das so verstandene transnationale Recht substantielle Aussagen zu machen.

Der wohl profilierteste Befürworter eines eigenständigen transnationalen Handelsrechts ist *Clive M. Schmitthoff* in England. Er grenzt es deutlich vom Völkerrecht ab. „*Transnational law of international trade*“ gründet sich nach seiner Ansicht auf **paralleles Handeln der Beteiligten und damit auf Privatautonomie**.²⁰ Es sei autonom, aber seine Autonomie erhalte es „*by leave and licence of all national sovereigns*“²¹, also aufgrund der von den nationalen Rechtsordnungen gewährten Privatautonomie, die so detaillierte vertragliche Regelungen erlaubt, dass eine Bezugnahme auf ein nationales Recht überflüssig wird.²² De facto werden so auch *homeless contracts* möglich. Aber bei *Schmitthoff* bleibt noch eine theoretische Brücke zu den nationalen Rechtssystemen erkennbar. Andere entschiedene Befürworter der Eigenständigkeit sind zum Teil noch einige Schritte weiter gegangen. Zu ihnen gehören *B. Goldman*²³ und *Ph. Kahn*²⁴ in Frankreich, *Luithlen*²⁵ in der Schweiz und *Goldstajn* (England).²⁶ *Goldman* sieht ähnlich wie *Kahn* in der neuen *lex mercatoria* ein Recht mit außerstaatlichem Geltungsgrund, „*un droit d'origine purement professionnelle*“²⁷ und geht so weit, dass er den Schiedsgerichten nahe legt, bei Lücken der *lex mercatoria* nicht etwa das nationale Recht anzuwenden, sondern auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückzugreifen.²⁸

Wie nicht anders zu erwarten, stieß die Lehre vom transnationalen Recht vor allem bei Vertretern des klassischen **Internationalen Privatrechts** auf entschiedenen **Widerstand**. Bereits *Raape* hatte den inzwischen fast sprichwörtlichen Satz geschrieben, dass das Schiedsgericht nicht „in der Luft schweben“, sondern dass es „irgendwo landen, irgendwo erden“ müsse.²⁹ Allerdings bezieht sich diese Äußerung nach ihrem Zusammenhang eigentlich nur auf das schiedsgerichtliche *Verfahren*, aber sie wird von Gegnern des transnationalen Handelsrechts gern zitiert, weil sie ihre Überzeugung trifft, dass es sich bei der Idee vom transnationalen Recht um eine Art „Wolkenkuckucksheim“ handle. Ablehnend äußern sich u.a. auch *Ferid*³⁰,

²⁰ *Schmitthoff*, Nature and Evolution of the Transnational Law of International Commercial Transactions, in: *Horn/Schmitthoff*, The Transnational Law of International Commercial Transactions, Deventer 1982, p. 19 (22).

²¹ *Schmitthoff*, Commercial Law in a Changing Economic Climate, 2d ed. London 1981, p. 22.

²² *Schmitthoff*, in: *Schmitthoff* (ed.), The Sources of the Law of International Trade, 1964, p. 3 (33 ff, 260).

²³ JDI 1979, 475 ff.

²⁴ La Vente Commerciale Internationale, Paris 1961, 17–43.

²⁵ Einheitliches Kaufrecht und autonomes Handelsrecht, Freiburg (CH) 1956, S. 57.

²⁶ JBL 1961, 12. *Goldstajn* spricht von „*autonomous commercial law that has grown independent of the national systems of law*.“

²⁷ *Goldman*, Arch.Phil.Droit 9 (1964) 177, 181.

²⁸ JDI 1979, 475 (483 f).

²⁹ *Raape*, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 1961, S. 557.

³⁰ *Ferid/Böhmer*, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. 1986, Rn. 6–24.

von Hoffmann³¹, Schlosser³² und in besonders scharfer Form von Bar. Er bezeichnet die Lehre von der *lex mercatoria* als „rechtsquellentheoretisch falsch, begrifflich verschwommen und rechtspolitisch verfehlt.“³³ Eine neuere Tendenz in der Literatur sieht das transnationale Handelsrecht als Recht der globalen Zivilgesellschaft („Weltgesellschaftsrecht“), das auf dem Prinzip der Selbstbestimmung beruhe, allerdings bis zur staatlichen Anerkennung nur „vorläufiges Privatrecht“ schaffe.³⁴

IV. Praktische Relevanz

Bei der Diskussion um die Existenz eines transnationalen Rechts des Handels- und Wirtschaftsverkehrs geht es nicht nur um akademische Begriffe und Systembildungen, sondern mit der Diskussion verbinden sich **Fragen von erheblicher praktischer Bedeutung**:

- (a) Ist es möglich, einen Vertrag durch eine entsprechende Rechtswahlklausel von nationalen Rechtsordnungen zu lösen und einem irgendwie definierten trans- oder internationalen Vertragsstatut zu unterstellen?
- (b) Kann eine solche Unterstellung unter ein nicht-nationales Statut schon dann angenommen werden, wenn in einem internationalen Vertrag weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Rechtswahl getroffen wurde und auch kein deutlicher Schwerpunkt des Vertrages erkennbar ist?
- (c) Wie sollen Probleme der Auslegung und Lückenfüllung bei internationalen Verträgen gelöst werden, die keine eindeutige Ausrichtung auf ein nationales Recht aufweisen, z.B. weil sie ausschließlich auf internationale Standardvertragsbedingungen gestützt sind?

³¹ IPRax 1984, 106 (107).

³² RIW 1982, 857 (867).

³³ Von Bar, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. Bd. I (2003) Rn. 75, 76. Eine mittlere Position nimmt Eugen Langen (Transnationales Recht, 1981, S. 16) ein. Er erkennt zwar kein selbständiges übernationales Recht des internationalen Handels („Esperantorecht“) an. Sein Ansatz für „transnationales Recht“ sind aber die Gemeinsamkeiten der Rechtsordnungen, die durch Rechtsvergleichung zu ermitteln sind, von ihren nationalen Schlacken befreit und unter den Leitgedanken der Vernunft und der Natur der Sache weiterentwickelt werden müssen. Eine ähnliche Perspektive der Konfliktentscheidung durch internationale Schiedsgerichte wird bei Bonell RabelsZ 42 (1978), 485ff, zugrunde gelegt. Er verwirft die Vorstellung eines völlig autonomen Rechts ebenso wie den nationalstaatlichen Ansatz und legt – augenscheinlich aus der Sicht eines internationalen Schiedsgerichts – stattdessen Gewicht auf besondere transnationale Sachnormen, die entweder als internationales Einheitsrecht auf der Grundlage völkerrechtlicher Übereinkommen geschaffen werden oder – wo diese fehlen – aufgrund von Rechtsvergleichung gefunden werden müssen.

³⁴ Emmerich-Fritsche, Die *lex mercatoria* als transnationales Handelsrecht und Weltgesellschaftsrecht, in: FS H. Herrmann, Nürnberg 2011, S. 303 (320f); dies., Vom Völkerrecht zum Weltrecht, Berlin 2007.

- (d) Nach welchen Normen entscheiden Schiedsgerichte in solchen Fällen, insbesondere wenn sie nach der Schiedsklausel ihre Entscheidung losgelöst von nationalen Rechtsnormen treffen sollen, z.B. nach „allgemein anerkannten Grundsätzen des internationalen Handelsverkehrs“? Sind solche Klauseln überhaupt zulässig?

Gäbe es ein transnationales Handels- und Wirtschaftsrecht als selbständige Rechtschicht, so würde das die Beantwortung der oben gestellten Fragen wesentlich beeinflussen. Es läge nahe, dass dieses Recht anstelle einer staatlichen Rechtsordnung Vertragsstatut werden könnte, dass es zur Lückenfüllung herangezogen werden oder als Grundlage von internationalen Schiedsurteilen dienen könnte.

Es verwundert deshalb nicht, dass die Lehre vom transnationalen Recht in der **internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit**, insbesondere der Praxis des ICC-Schiedsgerichtshofs, ihre **größte praktische Resonanz** gefunden hat.³⁵ Dagegen darf man von den *staatlichen* Gerichten klare Aussagen zu diesem rechtstheoretischen Problem nicht erwarten. Deren Reaktionen sind eher pragmatisch und diffus. Immerhin mussten sie sich nicht selten mit Schiedssprüchen befassen, die auf der Grundlage der oben genannten Lehre zustande gekommen waren. Die Stellungnahmen verschiedener staatlicher Gerichte reichen von positiver Aufnahme³⁶ über wohlwollende Duldung³⁷, distanzierte Zurückhaltung³⁸ bis hin zu entschiedener Ablehnung³⁹. So ging etwa – entgegen der ausdrücklich negativen Äußerung von *Lord Diplock* im *Amin Rasheed*-Fall des *House of Lords* – der englische *Court of Appeal* einige Jahre später im Fall „*Deutsche Schachtbau*“⁴⁰ pragmatisch an einen offensichtlich auf die Lehre vom transnationalen Recht gestützten Schiedsspruch heran. Das Schiedsgericht hatte seiner Entscheidung „*internationally accepted principles of law governing contractual relations*“ zugrunde gelegt. Der *Court of Appeal* überprüfte diese Grundlage nüchtern auf seine Wirksamkeit, insbesondere im Hinblick auf den *ordre public*. Im Ergebnis kam er zu einer Bestätigung des Schiedsspruchs, sah also diese Rechtswahl als zulässig an. Das *House of Lords*⁴¹ hat dann erstaunlicherweise diese Einschätzung nicht beanstandet.

³⁵ Vgl. *Goldman*, JDI 1979, 475 (481f) m.w.Nw.

³⁶ Z.B. österr. OGH 18.11.1982, IPRax 1984, 97; franz. *Cour de Cass.* 9.10.1984, D 1985, 101 note *Robert*.

³⁷ Ital. *Corte di Cass.* 8.2.1982, zit. nach *Kappus*, IPRax 1990, 133 Fn. 5.

³⁸ So insbes. deutsche Gerichte, z.B. OLG Frankfurt, RIW 1984, 400 Anm. *Diehlmann*.

³⁹ *House of Lords* in *Amin Rasheed Shipping Corp. v Kuwait Insurance Co.* [1983] 3 W.L.R. 241, 249 (*Lord Diplock*). Vgl. zu den Reaktionen der Rechtsprechung auch *Blaurock* ZEuP 1993, 247 (264 ff).

⁴⁰ *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrergesellschaft mbH v Ras Al Khaimah National Oil Co.* [1987] 2 All ER 769.

⁴¹ *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrergesellschaft mbH v Shell Intern. Petrol Co.* [1988] 3 W.L.R. 230. Insgesamt dazu *Kappus*, IPRax 1990, 133 f, der eine Trendwende sieht.

V. Stellungnahme

1. Was oben in § 2 als „Quellen“ skizziert worden ist, eignet sich keineswegs alles als „transnationales Recht“ im Sinne einer selbständigen Rechtsschicht neben einzelstaatlichem Recht und Völkerrecht.

Bei genauerer Betrachtung handelt es sich bei der ersten Gruppe (§ 2 II.1.) um **parallele nationale Gesetzgebung** aufgrund von vorherigen völkerrechtlichen Vereinbarungen (z.B. Wechsel- und Scheckrecht, einheitliches Kaufrecht), um **direkt anwendbare völkerrechtliche Normen** (z.B. Übereinkommen über Handels-Schiedsgerichtsbarkeit) oder um **Normen, die von supranationalen Organen gesetzt** worden sind (z.B. EU-Verordnungen).

Die zweite Gruppe (o. § 2 II.2.) bilden **Regelungen oder Regelungsmuster ohne Rechtsnormqualität**, die grundsätzlich eine Vereinbarung der Vertragsparteien voraussetzen und erst über diese für den konkreten Vertrag relevant werden (z.B. von der ICC herausgegebene „Einheitliche Richtlinien und Gebräuche“, die *Incoterms*, oder die *FIDIC Conditions*). In dieser Gruppe gibt es allerdings zu einigen Regelwerken (z.B. den *Incoterms*) die Meinung, dass sie den Charakter von **Handelsbräuchen** oder zumindest von Auslegungsmaßstäben haben und deshalb auch ohne konkrete Vereinbarung gelten können. Keine der beiden Gruppen ist *per se* ein Beleg für die Existenz eines eigenständigen transnationalen Handelsrechts. Man kann sich ihre Bedeutung auch so erklären, dass hinter ihnen entweder der Rechtsgeltungswille der einzelstaatlichen bzw. supranationalen Gesetzgeber steht oder der Rechtsgeltungswille der am einzelnen Vertrag beteiligten Parteien, denen das nationale Recht Privatautonomie einräumt.

2. Bei der Frage nach der „**Autonomie**“ des Rechts des internationalen Wirtschaftsverkehrs ist zunächst zu klären, was man unter diesem Begriff versteht. *Rozmaryn*⁴² hat auf eine Bedeutung hingewiesen, die darauf abzielt, dass es sich um ein Normengebäude handelt, welches über ein Gerüst von eigenen Begriffen und Prinzipien verfügt. In diesem Sinne könnte man das internationale Handelsrecht als autonom ansehen, aber das würde es nicht besonders von anderen speziellen Rechtsgebieten, wie Arbeitsrecht oder Steuerrecht, unterscheiden.

Man muss also auf eine Bedeutung abstellen, welche die Unabhängigkeit und Eigenständigkeit neben dem nationalen und dem Völkerrecht betont. Diese Art von Autonomie ist bisher jedoch nur bei der *alten lex mercatoria* erkennbar. Mit der Entwicklung der staatlichen Rechtsordnungen moderner Prägung ist sie verloren gegangen. Seither ist allenfalls eine Entwicklungstendenz in dieser Richtung erkennbar, aber eine eigenständige dritte Rechtsschicht ist noch nicht etabliert. Die

⁴² Diskussionsbeitrag, in: *Schmitthoff* (ed.), *The Sources of the Law of International Trade* (1964) S. 260.

oben (zu II.) festgestellten Erfahrungen reichen dafür nicht, zeigen jedoch, dass es einen wachsenden Fundus von Normen, Regelungen und Regelungsmodellen mit spezieller Ausrichtung auf den internationalen Wirtschaftsverkehr gibt, die ihren Ursprung nicht in nationalen oder supranationalen Gesetzgebungsgremien haben.

Ferner sind Angleichungen in den verschiedenen Rechtsordnungen erkennbar und in beachtlichem Umfang auch gemeinsame Bräuche und Ordnungsvorstellungen der beteiligten Wirtschaftskreise, also eine Vereinheitlichung auf einer „vorrechtlichen“ Stufe oder eine „weiche“ Rechtsvereinheitlichung. Es gibt also noch keine Autonomie im Sinne der Rechtsquellenlehre und in Bezug auf den Geltungsgrund. Wohl aber existieren im internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehr **rechtliche Instrumente, Grundsätze und Begriffe von einer gewissen Eigenständigkeit** sowie **gemeinsame Ordnungsmodelle, Usancen** und Geltungsvorstellungen der Akteure in diesem Bereich.

3. Ein weiteres Problem, das durchaus von der Problematik des autonomen transnationalen Rechts getrennt werden kann, ist der **Streit um den „homeless contract“** („*contrat sans loi*“). Ein unglücklicher Ansatz ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob es solche Verträge „gebe“, so als gehe es um die Existenz eines realen Lebewesens. Diese Betrachtungsweise spricht zum Beispiel aus der oben erwähnten Äußerung von *Lord Diplock*, dass Verträge nicht in einem rechtlichen Vakuum existieren könnten.⁴³ Die Rechtswissenschaft hat es jedoch nicht mit Aussagen über „Sein“ und „Existenz“ zu tun, sondern mit der normativen Steuerung und Ordnung sozialer oder wirtschaftlicher Tatbestände. Praktisch geht es doch darum, dass in bestimmten Verträgen die Partner versuchen, den Vertrag einer nicht-nationalen Ordnung zu unterstellen. Sie können dafür gute Gründe haben.⁴⁴ Rechtlich handelt es sich dann um die Frage, ob und in welchen Grenzen solche Klauseln als *zulässig* und *durchsetzbar* anzusehen sind.

Fehlt eine ausdrückliche oder konkludente Rechtswahl, so ist aus der Sicht des deutschen und europäischen Kollisionsrechts die „engste Verbindung“ des Vertrages zu einer staatlichen Rechtsordnung zu suchen.⁴⁵ Stattdessen gleich auf ein transnationales Statut zu springen, wäre ein Kurzschluss, der bisher von kaum einer Rechtsordnung gebilligt wird. In bestimmten Fällen, die Bezüge zu zahlreichen Staaten ohne klare Priorität aufweisen („*multistate situations*“), ist jedoch die engste Verbindung schwer zu finden, so dass die Unterstellung unter eines der nationalen Rechte keine Überzeugungskraft hat. Für diese selteneren Fälle kann die Frage des transnationalen Rechts im Sinne von *Langen* und *Bonell*⁴⁶ sinnvoll gestellt werden.

⁴³ S.o. S. 14.

⁴⁴ Vgl. dazu u. § 14 III und IV.

⁴⁵ Vgl. z.B. Art. 4 Rom I-VO.

⁴⁶ Vgl. o. III. Fn. 33.

Was die **Unterstellung eines Vertrages unter eine nicht-nationale Ordnung** betrifft, so werden wir darauf später (§ 14)⁴⁷ noch näher eingehen. Kurz ist hier schon klarzustellen, dass die Parteien grundsätzlich frei sind, im Vertrag alle Einzelheiten ihrer Rechtsbeziehungen festzulegen und dabei von den meisten Normen des innerstaatlichen Rechts abzuweichen. Verbraucherschutz u.ä. zwingende Schutznormen spielen bei internationalen Wirtschaftsverträgen keine nennenswerte Rolle. Ist es dann nicht konsequent, dass sie für die Auslegung ihrer Vertragsbedingungen und für etwaige Lücken im Vertrag nicht wieder auf nationale Rechtsnormen zurückgreifen wollen? Sollen wir ihnen das aus einem überholten Souveränitätsdenken heraus verbieten und gegen ihren Willen ein nationales Vertragsstatut aufzwingen? Mag sein, dass ihnen die Unterstellung unter ein internationales Ordnungssystem nicht hundertprozentig gelingt. Dann werden sie daraus lernen und notfalls ergänzend auf nationale Rechtsnormen zurückgreifen. Das konkrete Problem des *homeless contract* ist also, wenn man es von theoretischem Ballast befreit, aus einem freiheitlichen Verständnis der Parteiautonomie zu lösen.

4. Grenzen der damit gewährten Freiheit ergeben sich aus dem internationalen (oder transnationalen) *ordre public*.⁴⁸ Auch in internationalen Handels- und Wirtschaftsverträgen ist nicht alles vertraglich Vereinbarte *per se* gerecht. Kontrollfunktionen übernehmen dann gemeinsame Rechtsgrundsätze und allgemein anerkannte Maßstäbe der Fairness im Geschäftsverkehr. Diese Frage nach den Grenzen der Privatautonomie ist also zu trennen von der Frage, ob es überhaupt zulässig ist, Verträge einer nicht-nationalen Ordnung zu unterstellen.

5. Ähnlich sind auch die Lösungen der restlichen oben⁴⁹ gestellten Fragen – also der **Auslegung** und **Lückenfüllung** sowie der Entscheidungsgrundlage internationaler Schiedsgerichte – nicht unbedingt von der Entscheidung für oder gegen ein autonomes internationales Handelsrecht abhängig. Zur Auslegung wird unten in § 8 und § 14⁵⁰ Näheres gesagt werden. Die Praxis der Schiedsgerichte und Gerichte hat inzwischen den Schematismus überwunden, dass das Vertragsstatut die Auslegung und Lückenfüllung grenzüberschreitender Verträge lückenlos beherrschen müsste. Und in § 21 wird sich zeigen, dass die internationalen Übereinkommen **den Schiedsgerichten** und den Streitparteien **weitgehend Freiheit lassen, die Entscheidungsgrundlagen festzulegen**, und das sogar bei Entscheidungen „*ex bono et aequo*“ ohne strikte Bindung an Rechtsnormen.⁵¹

⁴⁷ § 14 IV.

⁴⁸ S. dazu *Horn*, FS Karsten Schmidt (2009), 705 (716, 721 f.).

⁴⁹ Vgl. o. Abschn. IV, S. 13/14.

⁵⁰ Vgl. u. § 8 III und § 14 II.

⁵¹ S. u. § 21 IV.1.

6. Resümee

Der hier zugrunde gelegte Standpunkt lässt sich wie folgt zusammenfassen: Nach dem gegenwärtigen Entwicklungsstand ist es verfrüht, von einem transnationalen Handelsrecht im Sinne einer eigenständigen dritten Rechtsschicht neben nationalen Rechtsordnungen und Völkerrecht zu sprechen. Allerdings sind **Tendenzen zu einer Verselbständigung** der weltweit angewendeten Normen, Regeln und Regelungsmuster zu erkennen. Sie äußern sich vor allem in einem eigenständigen Instrumentarium und Begriffsapparat,⁵² der sich weitgehend unabhängig von staatlicher Normsetzung und nationaler Rechtsterminologie entwickelt hat, ferner in gewissen gemeinsamen Grundsätzen und in der Erarbeitung von internationalen Regelwerken, wie den „*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)*“⁵³ oder den „*Principles of European Contract Law (PECL)*“⁵⁴. Die wissenschaftliche Beschäftigung und praktische Erprobung sollte sich **auf die oben behandelten konkreten Probleme konzentrieren**. Hier lassen sich Fortschritte und Lösungen auch ohne das Postulat eines autonomen transnationalen Rechts erreichen, und zwar vor allem auf der Grundlage eines freiheitlichen und flexiblen Verständnisses der Parteiautonomie.

Praxis-Tipps

Nach dem gegenwärtigen Entwicklungsstand ist es riskant, internationale Verträge nicht einem nationalen Vertragsstatut, sondern einem irgendwie definierten „transnationalen Recht“ (z.B. „*internationally accepted principles of the law governing contractual relations*“) zu unterstellen. Solche „Prinzipien“ bieten keine lückenlose rechtliche Regelung. Die Anerkennung einer derartigen Vertragsklausel durch deutsche staatliche Gerichte ist nicht gewährleistet. Vor internationalen Schiedsgerichten ist ihre Anerkennung bei entsprechender Argumentation und Sachlage nicht per se auszuschließen.

Wenn die Vertragsparteien den Vertrag von nationalen Rechtsordnungen weitgehend unabhängig machen wollen, sollten sie alle vertragsrelevanten Rechtsfragen und alle absehbaren Konflikte detailliert im Vertrag regeln; dabei können sie auch auf internationale nichtstaatliche Regelwerke, wie UPICC oder PECL, Bezug nehmen. Dann sollten sie jedoch für etwaige Lücken ein anzuwendendes nationales Recht wählen. Können sie sich darüber nicht einigen, so wird in der Regel das Vertragsstatut nach den einschlägigen Normen des IPR durch objektive Anknüpfung (vgl. z.B. Art. 4 Rom I-VO) bestimmt.

⁵² Horn, FS Karsten Schmidt (2009) S. 705 (717) sieht die *lex mercatoria* schon als „zusammenhängendes Rechtsgebiet“, *Blaurock*, ZEuP 1993, 447 (263) in Bezug auf den Geldverkehr sogar schon ein „Rechtssystem“.

⁵³ Ursprünglich von 1994, Neufassung Rom 2010. Auf Ansätze zu einer gesetzlichen Anerkennung in Frankreich und den Niederlanden weist *Blaurock*, aaO (Fn. 52) 266 hin.

⁵⁴ Prepared by the Commission on European Contract Law, ed. by *Ole Lando* and *Hugh Beale*, ursprünglich von 1995, Neufassung 2002, Dordrecht (NL) 2003.

Schrifttum zu § 3

- Berger, K.P. (Hrsg.), *The Practice of Transnational Law*, Deventer (NL) 2001.
- Berger/Dubberstein/Lehmann/Petzold, *Anwendung Transnationalen Rechts in der internationalen Vertrags- und Schiedspraxis*, ZvglRWiss 101 (2002), 12ff.
- Blaurock, *Übernationales Recht des Internationalen Handels*, ZEuP 1993, 247–267.
- Bonell, *Das autonome Recht des Welthandels – Rechtsdogmatische und rechtspolitische Aspekte*, *RabelsZ* 42 (1978), 485 ff.
- Emmerich-Fritsche, *Die lex mercatoria als transnationales Handelsrecht und Weltgesellschaftsrecht*, in: FS Harald Herrmann, Nürnberg 2011, S. 303–322.
- Goldman, Berthold, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, *JDI* 106 (1979) 475–505.
- Horn, *Transnationales Recht: zur Normqualität der lex mercatoria*, in: FS Karsten Schmidt, Köln 2009, S. 705 ff.
- Jessup, *Transnational Law*, New Haven (USA) 1956.
- Kahn, Philippe, *La Vente Commerciale Internationale*, Paris 1961, insbes. S. 17–43.
- Kappus, A., „Lex mercatoria“ in Europa und Wiener UN-Kaufrechtskonvention 1980, Frankfurt/M. u.a. 1990.
- Langen, Eugen, *Transnationales Recht*, 1981.
- Lew, *Achieving a Dream. Autonomous Arbitration*, *Arb.Int.* 22/2 (2006) S. 179 ff.
- Schmitthoff, *Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transactions*, in: Horn/Schmitthoff (eds.), *The Transnational Law of Commercial Transactions*, Deventer 1982, 19–31.
- Schroeder, H.-P., *Die lex mercatoria arbitralis. Strukturelle Transnationalität und transnationale Rechtsstrukturen im Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, München 2007.
- Stein, Ursula, *Lex Mercatoria. Realität und Theorie*, Frankfurt a.M. 1995.
- Zumbansen, *Lex mercatoria: Zum Geltungsanspruch transnationalen Rechts*, *RabelsZ* 67 (2003), 638 ff, 675 ff.

§ 4 Allgemeines Schrifttum zum internationalen Handels- und Wirtschaftsrecht

Die Literatur zum internationalen Handels- und Wirtschaftsrecht ist, wenn man auch ausländische Schriften einbezieht, kaum noch überschaubar. Die folgende **Auswahl** konzentriert sich auf Werke, die zumindest auch den in § 1 umrissenen Gegenstand dieses Buches betreffen, klammert also Schrifttum zum öffentlichen Wirtschaftsrecht und zum Weltwirtschaftsrecht aus. Nicht genannt werden auch die zahlreichen einschlägigen Lehrbücher aus dem englischen und französischen Sprachraum, in dem „*Law of International Trade*“ bzw. „*Droit du Commerce International*“ zum üblichen Lehrstoff der Universitäten und sonstigen Einrichtungen der Juristenausbildung gehören.

- Conrads/Schade, *Internationales Wirtschaftsprivatrecht*, München 2008.
- Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, *Internationales Vertragsrecht*, (Kommentar), 2. Aufl. München 2012.

- Folsom/Gordon/Spanogle/Fitzgerald*, International Business Transactions, 8th ed., St. Paul (MN, USA) 2009.
- Fontaine/De Ly*, Drafting International Contracts. An Analysis of Contract Clauses, Leiden (NL) 2009.
- Goode/Kronke/McKendrick/Wool*, Transnational Commercial Law, 2d ed. Oxford 2012.
- Graf von Bernstorff*, Rechtsprobleme im Auslandsgeschäft (Praxishandbuch), 5. Aufl. Frankfurt a.M. 2006.
- ders.*, Vertragsgestaltung im Auslandsgeschäft, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 2007.
- Grau/Markwardt*, Internationale Verträge, Berlin/Heidelberg 2011.
- Häberle, S.G./Lißner, S.*, Handbuch für Kaufrecht, Rechtsdurchsetzung und Zahlungssicherung im Außenhandel, (Oldenbourg-Verlag) 2002.
- Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, 9. Aufl. München 2011.
- Kronke/Melis/Schnyder* (Hrsg.), Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, Köln 2005.
- Krugman/Obstfeld/Melitz*, Internationale Wirtschaft. Theorie und Politik der Außenwirtschaft, 9. Aufl. (Pearson) 2011.
- Ostendorf/Schulz-Papst*, Internationales Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht. Arbeitsbuch, Stuttgart 2011.
- Racine/Siirainen*, Droit du Commerce International, Paris 2007.
- Ramberg*, International Commercial Transactions, ICC Publ. No. 711, 4th ed. Paris 2011.
- Reithmann/Martiny* (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht. Das Internationale Privatrecht der Schuldverträge, Handbuch, Köln 7. Aufl. 2010.
- Schaffer/Earle/Augusti*, International Business Law and its Environment, 8th ed. Andover (U.K.) 2011.
- Schmitthoff's Export Trade: the Law and Practice of International Trade*, 11th ed. by *Murray/Holloway/Timson-Hunt*, London 2007, Reprint 2011.
- Zeitschrift „Internationales Handelsrecht“ (IHR), Verlag Sellier European Law Publishers, München (seit 1999).
- Zeitschrift „Droit et Pratique du Commerce International“ (dpci), Verlag Masson, Paris (1979–1996).
- Zeitschrift „Journal of Law and Commerce“ (Pittsburgh, USA).

Literatur zu einzelnen Problembereichen werden bei dem jeweiligen Abschnitt angegeben.

2. Teil: Staatliche und überstaatliche Aktivitäten im Bereich des internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehrs

§ 5 Volkswirtschaftliche Bedeutung

Die Bedeutung des internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehrs ist – zumindest was die Industrieländer betrifft – evident. Die Volkswirtschaft in Ländern wie Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Italien, Finnland, Niederlande, Belgien oder der Schweiz ist in hohem Maße vom Import und Export abhängig, und zwar nicht nur vom Import von Rohstoffen und Energieträgern oder vom Export von Industrieprodukten, sondern zunehmend auch von Dienstleistungen, Investitionen im Ausland, Technologietransfer und anderen Formen des internationalen wirtschaftlichen Austauschs und der wirtschaftlichen Zusammenarbeit. Auch die wirtschaftlichen Beziehungen zu den sog. BRICS-Staaten (Brasilien, Russland, Indien, China, Südafrika) gewinnen immer größere Bedeutung.

Die **Ausfuhr** von Waren und Dienstleistungen **aus der Bundesrepublik Deutschland** im Jahr 2012 hatte einen Wert von ca. € 1,1 Billionen.⁵⁵ Deutschland lag damit an dritter Stelle hinter der VR China und den USA. Im Vergleich zu 1995 haben sich die Exporte nominal ungefähr verdreifacht. Dem standen im Jahr 2012 **Importe** im Wert von ca. € 900 Mrd. gegenüber. Der gesamte Exportanteil betrug ca. 50% des deutschen Bruttoinlandsprodukts. Die Summe der meldepflichtigen unmittelbaren und mittelbaren **Direktinvestitionen** deutscher Unternehmen im Ausland betrug 2010 ca. € 1.075 Mrd.⁵⁶ Ferner noch einige konkrete **Beispiele**: Von den in Deutschland produzierten Kraftfahrzeugen wird ungefähr jedes zweite ins Ausland verkauft. „Volkswagen“ steht für eine internationale Unternehmensgruppe mit 62 Betrieben und ca. 500.000 Beschäftigten in aller Welt.⁵⁷ Der Siemens-Konzern hatte 2010 ca. 410.000 Mitarbeiter, davon 130.000 in Deutschland und 280.000 im Ausland.⁵⁸ Der internationale Baukonzern *Bilfinger* mit Sitz in Deutschland erbringt heute nicht nur Bauleistungen im Ausland, sondern zunehmend auch Dienstleistungen, die meist mit dem Bauwesen und Immobilien zusammenhängen; im

⁵⁵ <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/>.

⁵⁶ Deutsche Bundesbank, Bestandserhebung über Direktinvestitionen, April 2012, S. 30.

⁵⁷ Angaben für 2011 ohne MAN, zitiert nach *J. Ritter*, VW und die Weltspitze, FAZ v. 12. 3. 2012, S. 11.

⁵⁸ *Siemens*, Daten und Fakten für Aktionäre zum Geschäftsjahr 2012, München Jan. 2013. Nach dieser Quelle betrug der Umsatz der Siemens AG im Jahr 2012 ca. € 78 Mrd.

Geschäftsjahr 2010 hatten die Dienstleistungen nach eigenen Angaben einen Anteil am Gewinn von ca. 80%.

Auch in Ländern mit geringerem Exportanteil wird den außenwirtschaftlichen Aktivitäten hohe Bedeutung zugemessen. Dies gilt vor allem für die Ausfuhr als Quelle für dringend benötigte Devisen. Staatliche Stellen nehmen daher zum Beispiel in Entwicklungs- und Schwellenländern meist noch stärkeren Einfluss auf die Export- und Importwirtschaft als in den Industrieländern. Insbesondere werden ausländische Investitionen stark reglementiert, in erwünschten Branchen begünstigt, in sensiblen Bereichen (z.B. Medien, Telekommunikation, Banken etc.) verhindert. Von größter Intensität war natürlich der staatliche Einfluss in den sozialistischen Staaten und ist es heute noch in den verbliebenen. Dort läuft der Außenhandel praktisch völlig über staatliche Organisationen und Wirtschaftseinheiten, sei es in Form staatlich kontrollierter rechtsfähiger Unternehmen oder in rechtlich unselbständiger Form. In einigen Schwellenländern sichern sich staatliche Institutionen ihren Einfluss auf Außenwirtschafts-Verträge über halbstaatliche Unternehmen und eine rigide Genehmigungs- und Lizenzpolitik zu Lasten der am Import/Export beteiligten Unternehmen.

Das Verhältnis zwischen dem **Staat und den außenwirtschaftlichen Aktivitäten** wird also geprägt durch Grundentscheidungen der Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsverfassung. In Systemen mit Zentralverwaltungswirtschaft – selbst bei einer gewissen Selbständigkeit der Wirtschaftseinheiten – wird der außenwirtschaftliche Sektor einer umfassenden staatlichen Kontrolle unterworfen. Eine (oft inoffizielle) Elastizität zeigt man u.U. hinsichtlich der Mobilität der inländischen Arbeitskräfte und der Devisenbeschaffung. In der „gemischten Marktwirtschaft“⁵⁹ nehmen staatliche Stellen und staatlich kontrollierte Unternehmen sowohl über den Markt⁶⁰ als auch über politische und administrative Mechanismen Einfluss auf die außenwirtschaftliche Betätigung. In einer gelenkten Marktwirtschaft wird der Staat bei grundsätzlichem Primat des Marktes durch vielfältige devisenrechtliche, handelspolitische, strukturpolitische und andere wirtschaftbezogene Regeln und Interventionen auf die außenwirtschaftlichen Aktivitäten einwirken, indem er zum Beispiel strukturschwache Branchen fördert, Investitionen lenkt oder Devisen bewirtschaftet. Wenn *Friedmann* vier Funktionen des Staates in einer „mixed economy“ unterschei-

⁵⁹ Begriff von *Kirchner* in *Mertens/Kirchner/Schanze*, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 1982, S. 44. In der Literatur werden z.T. als gemischte Wirtschaftsverfassungen auch andere Systeme verstanden, die Marktwirtschaft mit Staatsinterventionen verbinden; vgl. *Fikentscher* Wirtschaftsrecht (1983), Bd. II S. 39, 50. *W. Friedmann*, spricht von „mixed economy“, s. *Friedmann*; *The State and the Rule of Law in a Mixed Economy*, London 1971, p. 2.

⁶⁰ Schon 1961 hat *B. Goldman* festgestellt, dass die Staaten selbst sich zunehmend zu „commerçants“ entwickeln und zwar in den verschiedensten Wirtschaftssystemen, s. *Goldman*, Vorwort zu *Kahn*, *La Vente Commerciale Internationale* (1961), S. VII.

det, nämlich *provider*, *regulator*, *entrepreneur* und *umpire*⁶¹, so sind alle vier auch für den Bereich der Außenwirtschaft relevant. Eine moderne Form von besonders enger Verzahnung von Staat und Privatwirtschaft stellt die sog. Public Private Partnership (PPP) dar (vgl. dazu u. § 19 II.8.).

Was schließlich die (alt)liberale Marktwirtschaft ohne jede Staatsintervention betrifft, so dürfte dieses Modell wohl inzwischen aus der Realität verschwunden sein; vielleicht hat es noch in einigen exotischen Insel-Staaten oder in Gelehrtenstuben überlebt. Bei einer globalen Betrachtung kann man also nicht mehr davon sprechen, dass Staat und Außenhandel nebeneinander stehen und sich allenfalls wechselseitig beeinflussen. Vielmehr ist die Entwicklung so weit fortgeschritten, dass der gesamte Bereich der **Exportwirtschaft und ihrer rechtlichen Regelungen ein Mosaik aus vielfältigen Elementen** darstellt, und zwar aus den Tätigkeiten privatrechtlicher Unternehmen, Unternehmensverbindungen und Einzelpersonen, den Aktivitäten privatrechtlich organisierter Einrichtungen und Verbände (z.B. ICC, ILA, FIDIC, ORGALIME)⁶² sowie internationaler Organisationen im Sinne des Völkerrechts, supranationaler Institutionen⁶³ und schließlich aus unmittelbaren oder mittelbaren staatlichen Maßnahmen.⁶⁴ Aber auch die gesamtwirtschaftlichen Einflüsse auf die einzelnen unternehmerischen Entscheidungen haben in den letzten Jahrzehnten enorm zugenommen. Auch letztere werden also häufig – zumindest mittelbar – von der Politik beeinflusst.

§ 6 Formen der Betätigung von Staaten und internationalen Organisationen

I. Staatliche Aktivitäten

Die Vorstellung, dass der Staat durch Zölle, Exportverbote oder Exportlizenzen, Devisenbeschränkungen u. dgl. eher hemmend auf den Außenhandel einwirkt und folgerichtig von den Wirtschaftskreisen meist als störend angesehen wird, entspricht – jedenfalls in Deutschland – nur noch einem Teil der Realität. Neben diese traditionellen und eher restriktiven Instrumente der Außenwirtschaftspolitik ist eine Vielzahl von Aktionen, Regelungen und Mechanismen getreten, die überwiegend eher anreizenden, fördernden und lenkenden Charakter haben. Erklärte wirtschaftspolitische Ziele der Bundesrepublik Deutschland sind die **Erleichterung und Ausweitung** des internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehrs, der Abbau von

⁶¹ Friedmann, aaO (Fn. 59), S. 3.

⁶² S. dazu näher u. § 6 II.

⁶³ Dazu näher u. § 6 II.

⁶⁴ Vgl. dazu auch Schanze, Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht (1986), S. 33 ff.

Handelsschranken, aber auch Entwicklungshilfe und Verringerung des Nord-Süd-Gefälles, also insgesamt Ziele, die unmittelbar oder mittelbar die internationalen wirtschaftlichen Beziehungen liberalisieren und stärken sollen. Die folgende – keineswegs erschöpfende – Aufzählung⁶⁵ gibt eine ungefähre Vorstellung von der Breite und **Vielfalt** entsprechender **staatlicher Aktivitäten**, vor allem in westlichen Industriestaaten:

- Anregungen, Informationen und andere „Einstiegshilfen“ staatlicher Stellen, früher z.B. durch die sog. „Exportfibel“ des Bundeswirtschaftsministeriums, jetzt u.a. durch den sog. RSS-Service⁶⁶ des BM für Wirtschaft und Technologie, ferner Informationen und Dienstleistungen der Bundesstelle für Außenhandelsinformation;
- laufende Informationen über geplante Projekte im Ausland, vermittelt durch diplomatische Vertretungen und andere staatliche Stellen;
- Beteiligung von Wirtschaftsfachleuten an Staatsbesuchen und anderen politischen Kontakten;
- Zuschüsse zu Industrieausstellungen im Ausland;
- Absicherung inländischer Unternehmen gegen bestimmte Risiken mit Hilfe von staatlich finanzierten Exportkreditversicherungen, in der BRD vor allem durch sog. HERMES-Deckungen;
- staatlich initiierte Selbstbeschränkungsmaßnahmen der inländischen und ausländischen Wirtschaft;
- staatlich geförderte Exportfinanzierung, z.B. durch staatlich kontrollierte Kreditinstitute (in der BRD z.B. die KfW);
- staatliche Entwicklungshilfe an ausländische staatliche und nichtstaatliche Empfänger mit mehr oder weniger starker Rückkoppelung, d.h. Beteiligung inländischer Unternehmen an der Ausführung der Projekte;
- Subventionen für bestimmte Wirtschaftszweige mit hohem Exportanteil (z.B. Flugzeugbau, Werften) in Form von Steuerbegünstigungen, zinsgünstigen Krediten, Rüstungsaufträgen etc.;
- Gemeinschaftliche Finanzierung und gemeinschaftlicher Betrieb von großen Anlagen (z.B. Flughäfen, Brücken, Häfen etc.) durch den Staat oder Gebietskörperschaften und Unternehmen in Form der sog. Public Private Partnership (PPP);
- Absicherung von Unternehmen bei Auslandsinvestitionen durch Investitionsschutzabkommen mit dem Gaststaat;

⁶⁵ Eine Übersicht über 10 typische Förderungsformen in den USA findet sich bei McNeill Stokes, *International Construction Contracts*, 2d ed. New York 1980, pp. 7–8.

⁶⁶ Die Abkürzung RSS steht für „*Really Simple Syndication*“. Es geht dabei um Formate für die Veröffentlichung von Änderungen auf Websites.