

Published in 14 *Jahresheft der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück* (2007) 35-58. Reproduced with permission of the author.

## **Schaffung und Akzeptanz einheitlichen Privatrechts in Europa\***

### **Lehren aus der Anwendung des UN-Kaufrechts für ein Europäisches Vertragsrecht**

von

**Dr. Ulrich G. Schroeter\*\***

#### **I. Einleitung**

Für all diejenigen, die sich mit der Privatrechtsvereinheitlichung in Europa beschäftigen, leben wir in einer spannenden Zeit. Seit nunmehr einigen Jahren ist eine abwechslungsreiche Diskussion über die Frage entbrannt, ob (und ggfs. wie) das Vertragsrecht innerhalb der Europäischen Union vereinheitlicht werden sollte. Die wissenschaftlichen Vorarbeiten zu dem sog. Gemeinsamen Referenzrahmen (*Common Frame of Reference*) stehen kurz vor dem Abschluss, und nicht wenige halten es für möglich, dass dieser Gemeinsame Referenzrahmen einen wesentlichen, ja vielleicht den entscheidenden Zwischenschritt zu einem Europäischen Vertragsrecht darstellen könnte, das zu einem noch unbekanntem Zeitpunkt in der Zukunft als Rechtsakt in Kraft gesetzt zu werden verspricht.

Da in dem Institut hier in Osnabrück, in dem ich heute Abend zu Ihnen sprechen darf, mehr aktuelles wie auch detailliertes Wissen über den Stand der inhaltlichen Vorarbeiten zu diesem Projekt konzentriert sein dürfte als an irgendeinem sonstigen Ort in Europa, möchte ich es vermeiden, sie mit einem Referat zu Fragen des Inhalts des Gemeinsamen Referenzrahmens zu langweilen. Stattdessen werde ich einen Blick in die Zukunft wagen, und zwar auf den Moment, in dem das einheitliche Europäische Vertragsrecht die Forscherwerkstatt verlassen haben wird. Mein Interesse gilt dabei der Frage, auf welche *Akzeptanz* ein solches Regelwerk bei denjenigen Akteuren treffen wird, die von seiner Einführung betroffen wären, und von welchen Faktoren diese Akzeptanz voraussichtlich abhängt.

---

\* Dieser Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Autor am 31. 10. 2007 in Osnabrück für die Internationale Juristenvereinigung Osnabrück-IJVO hielt. Die Vortragsform wurde weitestgehend beibehalten.

\*\* Der Autor ist Akademischer Rat am Institut für ausländisches und internationales Privatrecht an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. B.

Anlass und Ausgangspunkt der folgenden Untersuchung war dabei die Beobachtung, dass bei der Rechtsvereinheitlichung im Privatrecht sowohl die Inkraftsetzung von Einheitsrechtstexten als geltendes Recht als auch die Anwendung von Einheitsrechtstexten in der Praxis – beides bezeichne ich hier zusammenfassend als „Akzeptanz“ – anscheinend maßgeblich davon abhängt, wie die Anwendungsvoraussetzungen des betreffenden Einheitsrechtsaktes ausgestaltet sind. Dieser eher technische „Rahmen“ des Einheitsrechts ist für dessen Akzeptanz möglicherweise entscheidender als sein Inhalt.

Ich möchte daher prüfen, ob dies auch für ein Europäisches Vertragsrecht gilt, und welche Folgerungen daraus gezogen werden können. Soweit ich dabei im Folgenden von einem „Europäischen Vertragsrecht“ spreche, meine ich für den Zweck meines Vortrages ein Regelwerk, das in Form eines Gemeinschaftsrechtsaktes erlassen wurde. Auf die genaue Rechtsform und den genauen Inhalt kommt es dabei zunächst nicht entscheidend an.<sup>1</sup>

## **II. Die Bedeutung der (voraussichtlichen) Akzeptanz eines Europäischen Vertragsrechts für dessen Schaffung**

Bei der Lektüre des heutigen Vortragstitels mag sich mancher gefragt haben, welche Bedeutung der (voraussichtlichen) Akzeptanz eines Europäischen Vertragsrechts schon während dessen Schaffungsphase zukommen soll, in der wir uns zur Zeit befinden und noch eine Weile befinden werden.

### **1. Rechtsvereinheitlichung und Neue politische Ökonomie**

In der Geschichte der Privatrechtsvereinheitlichung hat man in der Tat lange Zeit streng zwischen beiden Aspekten getrennt: Man ging davon aus, dass lediglich die Vorbereitung und Formulierung einheitsprivatrechtlichen Regelungen Aufgabe und Gegenstand der Wissenschaft – vor allem der vergleichenden Rechtswissenschaft – sei, während die anschließende Verabschiedung und Inkraftsetzung des Einheitsrechts zur alleinigen Sphäre der Politik gezählt wurde. So unterschied etwa *Hans-Joachim Mertens* im Jahre 1975 zwischen der wissenschaftlich geprägten Erarbeitung einheitlicher Privatrechtstexte einerseits und der „großen Politik“ andererseits, und formulierte seine Bewertung dieser Zweiteilung wie folgt: „Eine solche Konzeption der Privatrechtsvereinheitlichung erscheint aus juristischer Sicht ideal; doch hat ihr politisches Defizit Konsequenzen, die nicht nur politisch, sondern auch juristisch ins Gewicht fallen können.“ Es bestehe nämlich die

<sup>1</sup> Die wissenschaftliche Transparenz gebietet dabei die Offenlegung des Umstandes, dass ich selbst ein Mitarbeiter der *Study Group on a European Civil Code* bin. Ich stehe dem Projekt eines Europäischen Vertragsrechts also persönlich aufgeschlossen gegenüber und hoffe auf dessen Akzeptanz, habe mich aber bemüht, meinen Untersuchungsgegenstand gleichwohl ganz unvoreingenommen anzugehen.

Gefahr, dass sich später „nicht genügend politische Kräfte mobilisieren lassen, um besseres zu geltendem Recht werden zu lassen“<sup>2</sup>

Diese strenge Unterscheidung entspricht heute nicht mehr dem Stand der Erkenntnis. In der Zwischenzeit hat die Wissenschaft vielmehr begonnen, die Schaffung von Einheitsrecht auch insoweit zu erforschen, wie die Phase des „zu geltendem Recht Machens“ betroffen ist, die man in den 1970er Jahren noch dem freien Spiel der politischen Kräfte zuordnete und daher aus der Perspektive rechtsvergleichender Juristen für schwer oder gar nicht vorhersagbar hielt. Die diesbezüglichen, neueren Forschungsansätze sind denn auch, obgleich sie zum Teil von Juristen (vor allem aus der USA) vorangetrieben werden, nicht dem klassischen Feld der Rechtswissenschaft zuzuordnen. Sie werden von den betreffenden Autoren selbst vielmehr zu den Bereichen der Neuen politischen Ökonomie, der (neuen) Institutionenökonomik und der „public choice“-Theorie gezählt.<sup>3</sup> Die Frage der genauen Zuordnung zu einem bestimmten Forschungsfeld bleibt hier im Einzelnen freilich häufig unklar, was auch der generell fehlenden Trennschärfe innerhalb dieser Disziplinen geschuldet ist.<sup>4</sup> Der gemeinsame Kern der genannten Forschungsansätze besteht dabei in der These, dass Gestalt und Inhalt von schließlich in Kraft gesetzten Rechtsregeln nicht (oder jedenfalls nicht allein) durch das vorgeblich verfolgte Regelungsziel oder übergeordnete Erwägungen der Sachgerechtigkeit bestimmt werden: Sie werden zudem vielmehr maßgeblich durch die *Interessen* derjenigen Einheiten und Gruppen beeinflusst, die durch das neue Recht bzw. die möglicherweise im gleichen Zuge erfolgende Ersetzung des bisherigen Rechtszustands betroffen werden.<sup>5</sup>

Richtet man den Blick auf die Vertragsrechtsvereinheitlichung in Europa, so wären vorrangig fünf Gruppierungen durch sie betroffen: (1) Die „Marktbürger“ (also die Unternehmen, aber auch die Verbraucher), (2) deren Rechtsberater, (3) die Gerichte, (4) die Organe der Europäischen Gemeinschaft (also Rat, Kommission und Europäisches Parlament) sowie schließlich (5) die Institutionen der Mitgliedstaaten (vor allem die nationalen Parlamente). Für jede dieser Interessengruppen zeitigt die Einführung eines

<sup>2</sup> Hans-Joachim Mertens. Rechtsvereinheitlichung rechtspolitisch betrachtet. in: Festschrift für Bärmann (1975), S. 651, 652 f.

<sup>3</sup> Siehe John Linarelli. The Economics of Uniform Laws and Uniform Lawmaking. 48 Wayne L. Rev (2003). 1387, 1391

<sup>4</sup> Vgl. etwa Dieter Schmidtchen. Vereinheitlichung des Vertragsrechts – eine Lösung auf der Suche nach einem Problem?, in: Thomas Eger/Hans-Bernd Schilfer (Hrsg.). Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung (2007), S. 1. 5. der die Neue Institutionenökonomik als „ein Konglomerat aus Transaktionskostenökonomik, Verfügungsrechtsanalyse und ökonomischer Vertragstheorie“ beschreibt; Linarelli. 48 Wayne L. Rev (2003), 1387, 1391 f.

<sup>5</sup> Clayton P. Gillette/Robert E. Scott. The Political Economy of International Sales Law, 25 Int. Rev. Law Econ (2005), 446, 459 ff.; Linarelli, 48 Wayne L. Rev. (2003). 1387, 1393, 1416; Dennis C. Mueller. Public Choice III (2003). S. 347 ff.

einheitlichen europäischen Vertragsrechts Folgen, und jede wird daher versuchen, ihren Interessen – die typischerweise nicht vollständig identisch mit den Interessen anderer Interessensgruppen sein werden – im Prozess der Schaffung des Einheitsrechts Berücksichtigung zu verschaffen.

Bedeutsam ist, dass mit dieser Feststellung in keiner Weise ein Unwerturteil verbunden ist, etwa dahingehend, es sei verwerflich oder gar unzulässig, in diesem Zusammenhang interessengerichtet zu handeln und damit die Gestalt des schließlich geltenden Einheitsrechts zu beeinflussen.<sup>6</sup> Das wissenschaftliche Erkenntnisinteresse der Neuen politischen Ökonomie (wie ich sie im Folgenden pauschal nennen werde) und auch mein Erkenntnisinteresse ist vielmehr auf die Frage gerichtet, wie sich eine solche Interessenwahrnehmung auswirkt oder auswirken kann und welche Lehren daraus für den Schaffungsprozess von Einheitsrecht gezogen werden können. Die bisherige Forschung der Neuen politischen Ökonomie des Einheitsprivatrechts hat sich dabei bislang ganz auf die Interessen konzentriert, die in der Phase der Entwicklung eines Rechtstextes bis zu seiner Inkraftsetzung als geltendes Recht spürbar werden.<sup>7</sup> Meine *erste These* ist, dass jedenfalls bei Behandlung eines Europäischen Vertragsrechts der Blickwinkel noch weiter gezogen werden muss und auch diejenigen Interessen zu untersuchen sind, die sich erst bei der *Anwendung* eines einmal erlassenen Einheitsvertragsrechts auswirken werden: Eine tatsächliche Rechtseinheitlichkeit wird nämlich nicht bereits durch die Inkraftsetzung eines einheitlichen Rechtstextes erreicht, weil das Einheitsprivatrecht erst dann einheitlich gilt, wenn es auch tatsächlich einheitlich angewandt wird. Vor allem auf dieser Ebene kommen sodann die Interessen von Unternehmen, von Rechtsberatern und von Gerichten ins Spiel, die zwar auch bei der Schaffung des Einheitsrechts schon eine Rolle spielen können, sich aber primär erst bei dessen Anwendung in der Praxis auswirken werden.

## 2. Die Gestaltung des „Rahmens“ eines Europäischen Vertragsrechts als Schlüsselfrage für dessen Anwendung: „Opt in“ oder „opt out“?

Denkt man über die Schaffung eines einheitlichen Europäischen Vertragsrechts nach, so erscheint es dabei – und dies ist meine *zweite These* – nahe liegend, wenn nicht sogar zwingend, den zu erarbeitenden Einheitsrechtsakt zielgerichtet so auszugestalten, dass er in der Praxis auf Anwendung hoffen kann. Lässt man diesen Aspekt hingegen außer acht, so besteht die Gefahr, dass – wie es *Peter Schlechtriem* einmal zur internationalen Kauf-

<sup>6</sup> Vgl. in diesem Sinne auch *Martijn W. Hesselink*, *The Politics of European Contract Law: Who has an Interest in what Kind of Contract Law for Europe?*, in: Stefan Grundmann/Jules Stuyck (Hrsg.), *An Academic Green Paper on European Contract Law* (2002), S. 181, 190 f.

<sup>7</sup> So zur internationalen Einheitsrechtsetzung etwa *Gillette/Scott*, 25 *Int. Rev. Law Econ.* (2005), 446, 459 ff.; *Linarelli*, 48 *Wayne L. Rev.* (2003), 1387 ff.

rechtsvereinheitlichung formuliert hat – das Einheitsrecht „ein Steinbruch für Doktorthesen“ wird, „der auf Jahrzehnte hinaus reiche Ausbeute verspricht, aber für die Praxis toter Buchstabe“ bleibt.<sup>8</sup>

#### a) Die Schlüsselfrage

Von welchen Voraussetzungen, vor allem welchen Merkmalen eines Europäischen Vertragsrechts dessen voraussichtliche Akzeptanz abhängen wird, kann dabei mit den Methoden der Neuen politischen Ökonomie untersucht werden. Ich möchte mich hierbei auf eine Frage konzentrieren, die den Geltungsbereich des Europäischen Vertragsrechts (sozusagen seinen „Rahmen“) betrifft, und die ich mit Blick auf seine Akzeptanz für die *entscheidende Schlüsselfrage* halte. Zuvor muss ich klarstellen, dass es mir im Folgenden um die Rechtsanwendung bei grenzüberschreitenden Verträgen geht – ob europäisches Einheitsrecht auch für rein innerstaatliche Vertragsbeziehungen gelten sollte, lasse ich einstweilen offen. Soweit daher von einem Vertrag zwischen zwei Parteien die Rede ist, bezieht sich dies auf Parteien, die in unterschiedlichen Staaten ansässig sind.

Was meine ich mit der „Schlüsselfrage“ nun genau? Wir müssen uns vor Augen halten, dass die augenblicklichen Arbeiten an einem einheitlichen Europäischen Vertragsrecht zu einem Zeitpunkt stattfinden, zu dem sämtliche 27 EU-Staaten bereits nationale Vertragsrechte haben, die zum Teil schon über eine sehr lange Tradition verfügen. Es muss daher entschieden werden, welche Folgen die Inkraftsetzung eines Europäischen Vertragsrechts für die geltenden nationalen Vertragsrechte in grenzüberschreitenden Konstellationen haben soll: Sollen diese insoweit durch das neue europäische Einheitsrecht *ersetzt* werden oder sollen europäisches Vertragsrecht und nationale Rechte *nebeneinander* bestehen, und unter welchen Voraussetzungen soll in diesem Fall das eine oder das andere Recht anzuwenden sein?<sup>9</sup>

#### b) Denkbare Gestaltungsmöglichkeiten: „Opt in“ und „opt out“

Die Diskussionen unter den Juristen zu dieser Frage stehen noch am Anfang. Dabei werden drei grundsätzliche Gestaltungsmöglichkeiten genannt, die für den Geltungsbereich des Europäischen Vertragsrechts in Frage kommen. Die klarste und am weitesten gehende bestünde darin, dass das Europäische Vertragsrecht die nationalen Vertragsrechte ersetzt. Das BGB, der Code Civil etc. würden also aufgehoben, soweit das Europäische Einheits-

<sup>8</sup> Peter Schlechtriem. *Einheitliches Kaufrecht – wissenschaftliches Modell oder praxisnahe Regelung?* (1978). S. 7

<sup>9</sup> Siehe *Europäische Kommission*. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat „Ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht – Ein Aktionsplan“ vom 12.2.2003. KOM(2003) 68 endg., Nr. 92

recht Regelungen vorsieht. Dies wird in der Tat verschiedentlich vertreten, dürfte allerdings – wie weithin anerkannt wird – kaum Aussicht auf politische Durchsetzbarkeit haben

Ich konzentriere mich daher auf die beiden realistischeren Möglichkeiten, für die sich in der jüngeren Diskussion die Bezeichnung als „opt in“-Instrument einerseits und „opt out“-Instrument andererseits eingebürgert hat.<sup>10</sup> Bei beiden Gestaltungsformen bleibt das nationale Vertragsrecht parallel bestehen, und der Unterschied besteht in der Frage, unter welcher Voraussetzung das Europäische Vertragsrecht anstelle des nationalen Vertragsrechts auf einen Vertrag Anwendung findet.

Als „opt in“-Instrument gestaltet würde das Europäische Vertragsrecht vorsehen, dass es nur bei seiner positiven Wahl durch die Vertragsparteien zur Anwendung gelangt; es wäre also ein Rechtsakt, dessen konkrete Anwendbarkeit von einem „opt in“ der Vertragsparteien abhängt. Tun die Parteien nichts, so gelangt unverändert ein nationales Vertragsrecht zur Anwendung

Ein Europäisches Vertragsrecht in Form eines „opt out“-Instruments ginge darüber hinaus: Es gälte immer, sofern es nicht von den Parteien abgewählt wurde („opt out“-Möglichkeit), und verfügte damit über einen eigenen Anwendungsanspruch, der die nationalen Vertragsrechte in potentiell erheblich weiter gehender Weise verdrängen würde. Tun die Parteien nichts, so unterliegt ihr Vertrag in diesem Fall dem Europäischen Vertragsrecht.

Vereinfacht gesagt, entspräche ein Europäisches Vertragsrecht mit „opt in“-Erfordernis damit im Grunde bloßen europäischen Musterbedingungen,<sup>11</sup> während ein „opt out“-Vertragsrecht ein veritables internationales Vertragsgesetz der EG wäre. Es ist nahe liegend, dass sich die Frage der Akzeptanz entsprechend unterschiedlich darstellen wird.

### 3. Das Einheitskaufrecht als einschlägiges Anschauungsbeispiel

Wie auch alle anderen Autoren, die im Bereich der europäischen Vertragsrechtsvereinheitlichung mit ökonomischen Methoden arbeiten, muss allerdings auch ich an dieser

---

<sup>10</sup> So etwa in *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat „Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen“ vom 11.10.2004, KOM(2004) 651 endg., S. 19; plastisch *Jürgen Basedow*, Ein optionales Europäisches Vertragsgesetz – opt-in, opt-out, wozu überhaupt?, ZEuP 2004, 1 ff.

<sup>11</sup> Vgl. *Schlechtriem* (o. Fußn. 8), S. 9 (zur vergleichbaren Situation des Haager Kaufrechts in Großbritannien; dazu noch näher im Text).

Stelle darüber klagen, dass es an einschlägigen empirischen Daten mangelt.<sup>12</sup> Wenn ich mich im Folgenden gleichwohl nicht auf Aussagen beschränken muss, die sich auf bloße Intuition und *common sense* stützen, so liegt dies daran, dass wir in Europa in einem nahe verwandten Bereich auf umfangreiche Erfahrungen mit internationalem Einheitsrecht zurückblicken können: Ich spreche von dem internationalen einheitlichen Kaufrecht, das ich im Folgenden als Anschauungsbeispiel nutzen möchte.

#### a) UN-Kaufrecht

Die Privatrechtsvereinheitlichung für den Bereich der internationalen Warenkaufverträge hat bekanntlich gerade im westlichen Europa schon einige Tradition. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, kurz UN-Kaufrecht oder (nach der englischen Abkürzung des Übereinkommens) „CISG“ genannt, wurde 1980 auf einer Diplomatischen Konferenz in Wien verabschiedet und trat 1991 in Deutschland in Kraft. Es handelt sich um ein klassisches einheitsrechtliches Übereinkommen in Form eines völkerrechtlichen Vertrages, das durch die einzelnen Staaten ratifiziert und in Kraft gesetzt werden muss, um Anwendung finden zu können. Das UN-Kaufrecht kann dabei durch die Kaufvertragsparteien übereinstimmend abgewählt werden (Art. 6 CISG) und stellt damit das Musterbeispiel für ein „opt out“-Einheitsrecht dar.<sup>13</sup> Heute gilt es in 70 Staaten, verteilt über die gesamte Welt, darunter in 23 der augenblicklich 27 EU-Staaten (Es fehlen z. Zt. noch das Vereinigte Königreich, Irland, Portugal und Malta.<sup>14</sup>) Zum UN-Kaufrecht sind bislang etwa 2 100 veröffentlichte Gerichts- und Schiedsgerichtsentscheidungen ergangen.

#### b) Haager Kaufrecht

Das UN-Kaufrecht hatte zudem bereits einen Vorläufer, das sog. Haager Einheitliche Kaufrecht, das 1964 auf einer Diplomatischen Konferenz in Den Haag angenommen wurde. Das Haager Kaufrecht war mit auf dem Höchststand neun Vertragsstaaten weltweit weit weniger erfolgreich, stellte aber vorübergehend gleichwohl eine Art europäisches Einheitskaufrecht dar, weil es sich bei den damaligen Vertragsstaaten vor allem um

<sup>12</sup> Vgl. *Gerhard Wagner*, The Virtues of Diversity in European Contract Law, in: Jan Smits (Hrsg.), *The Need for a European Contract Law: Empirical and Legal Perspectives* (2005), S. 1, 4; *Helmut Wagner*, Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty, in: Jan Smits (Hrsg.), *The Need for a European Contract Law: Empirical and Legal Perspectives* (2005), S. 25, 35.

<sup>13</sup> In diesem Sinne wird das UN-Kaufrecht auch durch die Europäische Kommission in ihren Einlassungen zu einer europäischen Vertragsrechtsvereinheitlichung regelmäßig angeführt; vgl. etwa *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum europäischen Vertragsrecht vom 11. 7. 2001, KOM(2001) 398 endg., Nr. 66.

<sup>14</sup> Zu den jeweiligen Hintergründen *Ulrich G. Schroeter*, UN-Kaufrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht: Verhältnis und Wechselwirkungen (2005), § 3 Rn. 3 ff.

Mitgliedstaaten der EG handelte.<sup>15</sup> Mittlerweile hat das UN-Kaufrecht seinen Vorgänger weitgehend ersetzt

### c) Parallelen des Einheitskaufrechts zum Europäischen Vertragsrecht

Das Einheitskaufrecht zeichnet sich zum einen deshalb durch eine offensichtliche Nähe zu einem Europäischen Vertragsrecht aus, weil es in Gestalt des Kaufvertrages sachlich den praktischen wichtigsten Vertragstyp des Binnenmarktes betrifft. Sowohl das Haager Kaufrecht als auch das UN-Kaufrecht weisen zudem gerade im Bereich ihrer Anwendungsvoraussetzungen auffällige Parallelen zu den unterschiedlichen Gestaltungsvarianten auf, die zum Europäischen Vertragsrecht diskutiert werden. Sie bieten damit praktisches Anschauungsmaterial sowohl zu einem „opt in“- als auch einem „opt out“-Einheitsrecht, aus dem sich wertvolle Schlüsse zur Anwendung eines entsprechend gestalteten Europäischen Vertragsrechts und zu den darauf einwirkenden Interessen ziehen lassen.

## III. „Opt in“ und „opt out“ im Spiegel der Interessen

### I. Die Interessen der Unternehmen

Ich beginne mit den Interessen der europäischen Unternehmen, denn den Unternehmen und anderen Marktakteuren soll die Rechtsvereinheitlichung in der EU (und darüber hinaus) vorrangig dienen, wie sich aus dem Primärrecht der EG (wie auch der Präambel des CISG) ablesen lässt.

#### a) Senkung von Transaktionskosten als Ziel

Aus Sicht der grenzüberschreitend tätigen Unternehmen stellt die Tatsache, dass die bislang geltenden nationalen Vertragsrechte inhaltlich voneinander abweichen, nicht primär einen kulturell oder ästhetisch unerfreulichen Umstand, sondern vielmehr einen Kostenfaktor dar: Die Rechtsunheitlichkeit verursacht Transaktionskosten,<sup>16</sup> auf deren Senkung das Interesse international tätiger Unternehmen nach normativer wirtschaftswissenschaftlicher Theorie gerichtet sein müsste, weil entsprechende Kosten bei rein

<sup>15</sup> Vgl. Schroeter (o. FuBn 14), § 2 Rn 6

<sup>16</sup> Europäische Kommission. Mitteilung (o. FuBn. 13), Nr. 31 ff.; Europäische Kommission, Aktionsplan (o. FuBn. 9), Nr. 34 ff.; Gillette/Scott. 25 Int. Rev. Law Econ. (2005). 446, 453; Linarelli, 48 Wayne L. Rev. (2003). 1387, 1394; G. Wagner (o. FuBn. 12), S. 1, 17; H. Wagner (o. FuBn 12), S. 25, 29; Christian von Bar/Stephen Swann. Response to the Action Plan on European Contract Law: A More Coherent European Contract Law (COM (2003) 63). ERPL. 2003, 595 ff., Nr. 15

innerstaatlich handelnden Konkurrenten nicht existieren und letztere daher zu einem niedrigen Preis anbieten können.<sup>17</sup>

#### aa) Unterschiede zwischen nationalen Vertragsrechten als Informationskostenursache

Transaktionskosten<sup>18</sup> treten bei grenzüberschreitenden Verträgen primär in Gestalt von *Informationskosten* auf,<sup>19</sup> unter denen vor allem die Kosten für die Beschaffung von Informationen über den Inhalt der unterschiedlichen nationalen Vertragsrechte ins Gewicht fallen.<sup>20</sup> Der Theorie zufolge würde sich das Unternehmen nämlich über die verschiedenen Vertragsrechte informieren (oder, durch Rechtsberater oder Verbände, informieren lassen) und dann bewusst dasjenige Recht wählen, welches die für seine Zwecke günstigste Vertragsrechtsregelung vorsieht – wenn ein bestimmtes Recht etwa den Käufer bei grenzüberschreitenden Geschäften einseitig bevorzugt, werden die informierten Käufer gegenüber nicht informierten Verkäufern die Wahl dieser Rechtsordnung durchsetzen.<sup>21</sup> Diesen Vorgang bezeichnet man häufig auch als „Wettbewerb der Rechtsordnungen“.

Freilich gibt es nach diesem ökonomischen Erklärungsansatz auch Konstellationen, in denen sich die Informationsbeschaffung nicht lohnt,<sup>22</sup> etwa weil es sich um kleinere oder mittlere Unternehmen handelt oder nur ausnahmsweise internationale Transaktionen durchgeführt werden.<sup>23</sup> Nach klassischer Auffassung soll der genaue Inhalt der Vertragsrechtsordnungen hier aus Sicht der betroffenen Unternehmen letztlich keine besondere Rolle spielen, weil sie eine als inhaltlich vorteilhaft ermittelte Rechtsordnung aufgrund ihrer mangelnden Verhandlungsstärke gegenüber der überlegenen Gegenseite ohnehin nicht durchsetzen könnten<sup>24</sup> oder aber bereits die bloße Unbekanntheit ausländischer

<sup>17</sup> *Gillette/Scott*, 25 *Int. Rev. Law Econ.* (2005), 446, 448

<sup>18</sup> Vgl. *Schmidtchen* (o. Fußn. 4), S. 1, 7: „der Begriff schillert“.

<sup>19</sup> *Gillette/Scott*, 25 *Int. Rev. Law Econ.* (2005), 446, 453 f.; *Claus Ott/Hans-Bernd Schüfer*, Die Vereinheitlichung des europäischen Vertragsrechts: Ökonomische Notwendigkeit oder akademisches Interesse?, in: dies. (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen* (2002), S. 203, 207; *Schmidtchen* (o. Fußn. 4), S. 1, 23; *H. Wagner* (o. Fußn. 12), S. 25, 29

<sup>20</sup> *Ott/Schüfer* (o. Fußn. 19), S. 203, 207.

<sup>21</sup> *Ott/Schüfer* (o. Fußn. 19), S. 203, 215; von *Bar/Swann*, *ERPL* 2003, 595 ff. Nr. 43: „The ‘problem’ that parties may suddenly and *en masse* choose to subject their agreements to a strange national law [...] already exists.“

<sup>22</sup> Zu den potentiellen Rechtsermittlungskosten in „prohibitiver Höhe“ *Peter Mankowski*, Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschaftsverkehrs, *RIW* 2003, 2, 7

<sup>23</sup> *Linarelli*, 48 *Wayne L. Rev.* (2003), 1387, 1402

<sup>24</sup> *Peter Herbel*, Der internationale Unternehmensjurist – ein vaterlandsloser Geselle?, in: Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), *Schuldrecht. Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert: Symposium aus Anlass des 65. Geburtstages von Peter Schlechtriem* (1999), S. 1, 9: „Bei der

Rechtsordnungen dazu führt, dass kleinere oder mittlere Unternehmen vom Abschluss grenzüberschreitender Verträge absehen,<sup>25</sup> also ohne dass es auf den Inhalt des auf einen solchen Vertrag anwendbaren Rechts ankäme. Letztere These wird vor allem von der Europäischen Kommission<sup>26</sup> und an der europäischen Vertragsrechtsvereinheitlichung arbeitenden Rechtswissenschaftlern<sup>27</sup> vertreten, während die Stellungnahmen von wirtschaftswissenschaftlicher Seite in dieser Hinsicht sehr skeptisch ausfallen.<sup>28</sup>

**bb) Unter Informationskostengesichtspunkten vorteilhafte Anwendungsvoraussetzungen eines Europäischen Vertragsrechts**

Unterstellt man die beschriebenen Annahmen für einen Moment als richtig, so wäre die Schaffung eines Europäischen Vertragsrechts aus Sicht derjenigen Unternehmen, die stets eine überlegte Rechtswahl vornehmen, positiv zu bewerten,<sup>29</sup> würde dadurch doch im EU-Raum ein „28. Vertragsrecht“ und damit eine zusätzliche Wahlmöglichkeit geschaffen.<sup>30</sup> Die Ausgestaltung als „opt in“- oder „opt put“-Instrument wäre danach irrelevant, weil ein bewusstes Optieren in jedem Fall erfolgt.

Für kleine und mittlere Unternehmen wäre hingegen eine „opt out“-Gestaltung vorzugswürdig, weil in den Fällen, in denen die Rechtswahl nicht durch die Gegenseite diktiert wird, sondern unterbleibt, in Gestalt des Europäischen Vertragsrechts ein Recht Anwendung fände, dessen Inhalt für das Unternehmen leichter feststellbar ist als der Inhalt einer ausländischen Vertragsrechtsordnung<sup>31</sup> und aus diesem Grund die von einem Vertragsschluss abhaltende Unsicherheit wegfiel oder jedenfalls reduziert würde.<sup>32</sup>

---

Rechtswahlklausel geht es dagegen eindeutig um ein Kräfteverhältnis. Die stärkere Partei wird der anderen Partei ihr nationales Recht aufzwingen.“

<sup>25</sup> Jan Smits, Diversity of Contract Law and the European Internal Market, in: ders. (Hrsg.), *The Need for a European Contract Law: Empirical and Legal Perspectives* (2005), S. 153, 167.

<sup>26</sup> Europäische Kommission, Mitteilung (o. Fußn. 13), Nr. 30; Europäische Kommission, Aktionsplan (o. Fußn. 9), Nr. 30.

<sup>27</sup> Ole Lando, Is Codification Needed in Europe?, ERPL 1993, 157; ders., Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law, ERPL 2000, 59, 61.

<sup>28</sup> Vgl. Schmidtchen (o. Fußn. 4), S. 1, 9 ff.; aus Sicht eines Juristen ebenso G. Wagner (o. Fußn. 12), S. 1, 18. Anders aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht hingegen H. Wagner (o. Fußn. 12), S. 25, 41.

<sup>29</sup> So auch G. Wagner (o. Fußn. 12), S. 1, 16 mit dem Argument, dass die Parteien dadurch nicht mehr zur Wahl eines ausländischen Rechts gezwungen wären – letzterer Umstand stellt aus ökonomischer Perspektive jedoch als solcher keinen Nachteil dar.

<sup>30</sup> Schmidtchen (o. Fußn. 4), S. 1, 35; ebenso, aber kritisch Linarelli, 48 Wayne L. Rev. (2003), 1387, 1406 ff.; anders Gillette/Scott, 25 Int. Rev. Law Econ. (2005), 446, 482.

<sup>31</sup> Mankowski, RIW 2003, 2, 9; Ott/Schäfer (o. Fußn. 19), S. 203, 212.

<sup>32</sup> Siehe zu den Stellungnahmen zum „Aktionsplan“ der Kommission Europäische Kommission, Mitteilung „Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen“ (o. Fußn. 10), S. 19.

### b) Kritik des Informationskostenarguments

Allerdings leidet das referierte Modell, welches das anwendbare Vertragsrecht aus Unternehmenssicht als ein wichtiges Transaktionsdetail einordnet, das von den Vertragsparteien inhaltlich untersucht und bewertet und sodann als Kostenfaktor „eingepreist“ wird, an einem wesentlichen Mangel: Es sind nämlich schlichtweg keinerlei empirische Befunde dafür feststellbar, dass die international agierenden Marktbürger dem anwendbaren Vertragsrecht die Bedeutung tatsächlich zumessen, die sie ihm als rational handelnde Akteure theoretisch zumessen müssten,<sup>33</sup> und dass überhaupt eine überlegte Auswahl des passenden („günstigen“) Vertragsrechts stattfindet.

#### aa) Empirischer Befund: Praktisch durchgängige Wahl des Heimatrechts

Im Gegenteil ist festzustellen, dass europäische Unternehmen in ihren Verträgen bzw. ihren AGB praktisch ausnahmslos ihr eigenes Recht (d.h. das an ihrem jeweiligen Sitz geltende nationale Recht)<sup>34</sup> sowie vereinzelt alternativ eine „neutrale“ Rechtsordnung wählen, während die inhaltliche Geeignetheit der einzelnen Rechtsordnung für die Interessen der konkreten Partei oder für die konkrete Transaktion anscheinend vollständig irrelevant ist.<sup>35</sup> Dieser Befund stimmt überein mit dem Bild, welches sich aus den mittlerweile über 2.000 Gerichts- und Schiedsgerichtsentscheidungen zum UN-Kaufrecht ergibt: Sind eine (oder mehrere) Rechtswahlklauseln vorhanden, so erklären diese praktisch durchgehend das nationale Vertragsrecht am Sitz der jeweiligen Partei für anwendbar, und nur vereinzelt kommt es als Kompromiss zur unmittelbaren Vereinbarung des UN-Kaufrechts. Lediglich in einzelnen Branchen hat sich die einheitliche Wahl eines bestimmten nationalen Rechts durchgesetzt, das für die dortigen Marktteilnehmer (unabhängig von der Vorteilhaftigkeit für die konkrete Partei) als eingeführter Marktstandard gilt, wie die Wahl des englischen Rechts bei Schifffahrtsverträgen und in der *commodity trade* sowie des New Yorker Rechts bei internationalen Finanzierungsverträgen. Dass ein Unternehmen im Übrigen ein ausländisches Vertragsrecht als inhaltlich für seine Position günstig ermittelt und dessen Anwendbarkeit durchzusetzen versucht, ist hingegen offenkundig eine Konstellation, die allein in der Theorie vorkommt.

<sup>33</sup> In diesem Sinne auch *G. Wagner* (o. Fußn. 12), S. 1, 18.

<sup>34</sup> So etwa in OLG Celle, ZIP 2001, 1724 f. (Wohnrechtserwerb – Recht der Isle of Man); OLG Hamburg, RIW 1998, 889 (Darlehensvertrag – schwedisches Recht); LG Düsseldorf, IPRspr 2002, Nr. 31, 78 ff. (Franchisevertrag – Recht des U.S.-Gliedstaates Kansas); AG Langenfeld, NJW-RR 1998, 1524 ff. (Kaufvertrag – niederländisches Recht)

<sup>35</sup> *Eva-Maria Kieninger*, Rechtsentwicklung im Wettbewerb der Rechtsordnungen, in: *Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer* (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen (2002), S. 72, 92 f.: die Bilanz sei „ernüchternd“

### bb) Irrelevanz des Vertragsrechtsinhalts aus unternehmerischer Sicht

Warum ist dies so? Weitere empirische Befunde weisen darauf hin, dass Unternehmen – in Abweichung von den theoretischen Annahmen, und bei In- wie auch bei Auslandsgeschäften – typischerweise kein Interesse daran haben, überhaupt irgendeine Entscheidung über die rechtlichen Regelungen zu treffen, die auf einen Vertrag anzuwenden sein werden.<sup>36</sup> Entsprechende Ergebnisse ergaben bereits in den 1960er und 70er Jahren die bekannten Erhebungen *Macaulays* unter U.S.-amerikanischen Unternehmen,<sup>37</sup> die plastisch in einer dort wiedergegebenen Aussage eines Geschäftsmannes zum Ausdruck kommen: „Contracts are a waste of time. [...] If we needed a contract with a man, we wouldn't deal with him.“<sup>38</sup> Aber auch im heutigen Europa spricht vieles dafür, dass grenzüberschreitend tätige Unternehmen die internationale Vertragsrechtsfrage vollständig und abschließend ihren Rechtsberatern überlassen, und zwar nicht nur in dem Sinne, dass sie das Fachwissen der Rechtsanwälte bzw. Verbandsjuristen einkaufen und nutzen, um sodann als Nicht-Juristen selbst eine aufgeklärte Rechtswahl treffen zu können, sondern indem sie die Entscheidung als solche übertragen.<sup>39</sup> Sogar diese delegierende Handlung nehmen die Unternehmen dabei vielfach überhaupt nur auf Drängen ihrer Rechtsberater vor, die ihrerseits auf der Aufnahme von Rechtswahl- und Streitbeilegungsklauseln beharren. Aus Unternehmersicht gleicht ein solches Ansinnen, wenn es in der Vertragsabschlussphase vorgebracht wird, hingegen in etwa dem Auftritt eines entfernten Familienmitglieds auf dem Hochzeitsempfang, wo dieses noch vor der Zeremonie alle Anwesenden mit lauter Stimme über seine höchst unerfreulichen Erfahrungen mit Scheidungen und deren finanziellen Folgen in Kenntnis setzt.

Eine *wissenschaftliche Begründung* dafür, warum es sich bei dieser Haltung nicht lediglich um eine nur selten auftretende Ausnahmeerscheinung, sondern um ein systematisches Rationalitätsdefizit der Marktteilnehmer handelt, könnte dabei die noch junge Forschungsrichtung des *behavioral law and economics* liefern.<sup>40</sup> Sie hat nachgewiesen, dass reale Akteure typischerweise solche Informationen ignorieren, die ihren jeweiligen Interessen, Wünschen und Glaubenssätzen – bei einigungswilligen Vertragspartnern also etwa dem Vertrauen in die erfolgreiche Durchführung der bevorstehenden Transaktion – zuwiderlau-

<sup>36</sup> *Schmidtchen* (o. Fußn. 4), S. 1, 42; *Smits* (o. Fußn. 25), S. 153, 169 f.

<sup>37</sup> *Stewart Macaulay*, Non-contractual relations in business: a preliminary study, 28 *ASR* (1963), 55 ff.; *ders.*, The Use and Non-Use of Contracts in the Manufacturing Industry, in: Ian R. MacNeil (Hrsg.), *Cases and Materials on Contracts: Exchange, Transactions and Relationships* (1971), S. 9 ff.; im selben Sinne zu englischen Unternehmen *Hugh Beale/Tony Dugdale*, *Contracts between businessmen*, 2 *British J. Law and Society* (1975), 45 ff.

<sup>38</sup> *Macaulay*, *The Use and Non-Use of Contracts* (o. Fußn. 37), S. 9.

<sup>39</sup> *Herbel* (o. Fußn. 24), S. 1, 8 f.; *Mankowski*, *RIW* 2003, 2 f.: Kaufmännische Verhandlungsführer schenken der Frage keine Beachtung oder wollen sich bewusst nicht mit „technischen Technikalitäten“ belasten.

<sup>40</sup> So auch *Smits* (o. Fußn. 25), S. 153, 175.

fen und damit kognitive Dissonanzen auslösen würden.<sup>41</sup> Ein Unternehmensjurist hat das Ergebnis einmal selbstkritisch mit den Worten zusammengefasst: „Statt also, wie für die anderen wirtschaftlich wichtigen Faktoren, auch für die Rechtskomponente eine Optimierung zu suchen, würfeln wir.“<sup>42</sup>

## 2. Die Interessen der Rechtsberater

Dass bestehende Rechtswahlklauseln in Verträgen nahezu ausnahmslos das nationale Heimatrecht der betreffenden Partei verwenden, geht nach dem Gesagten also nicht auf die Wahl der Unternehmen, sondern ihrer Rechtsberater<sup>43</sup> zurück. Will man eine Prognose über die Akzeptanz eines Europäischen „opt in“- oder „opt out“-Vertragsrechts treffen, so kommt es hierbei – und dies ist meine *dritte These* – also auf die Interessen der Rechtsberater der europäischen Unternehmen an.<sup>44</sup> In Abwandlung eines Wahlkampflogans des späteren U.S.-Präsidenten Bill Clinton, der seine Mitarbeiter mit den Worten „It's the economy, stupid!“ an die Präferenzen der Wähler zu erinnern pflegte, könnte man daher für unsere Zwecke formulieren: „It's *not* the economy, stupid – it's their legal advisors!“

### a) Empirischer Befund: Praktisch durchgängige Wahl des Heimatrechts

Auf den ersten Blick könnte man nun einfach annehmen, dass die Interessen der Rechtsberater allein darauf gerichtet sein werden, die wirtschaftlichen Interessen ihrer Mandanten rechtlich bestmöglich umzusetzen. Beschränkt man sich für einen Moment auf die Alternative zwischen nationalem Kaufrecht und UN-Kaufrecht,<sup>45</sup> so müsste ein auftragsgemäß handelnder Rechtsanwalt Vor- und Nachteile beider Regelwerke unter Beachtung der konkreten Situation seines Mandanten (also vor allem der Frage, ob dieser den Kaufvertrag bzw. die AGB als Verkäufer oder Käufer verwenden will) gegenüberstellen und die Wahl des günstigeren Regelwerkes empfehlen (Dies würde, um nur ein Beispiel zu nennen, bei der Erstellung von Käufer-AGB regelmäßig klar für das UN-Kaufrecht sprechen, weil darin die Rügeobliegenheit des Käufers erheblich laxer ausgestaltet ist als

<sup>41</sup> Horst Eidenmüller, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, 216, 218; grundlegend bereits Leon Festinger, A Theory of Cognitive Dissonance (1957).

<sup>42</sup> Herbel (o. Fußn 24), S. 1, 9 f.

<sup>43</sup> Dies wird in den meisten Fällen ein beauftragter Rechtsanwalt, bei größeren Unternehmen möglicherweise auch der eigene Rechtsstab sein (zu Letzterem Mankowski, RIW 2003, 2, 3). Zu den Rechtsberatern lassen sich im weiteren Sinne allerdings auch Branchenverbände zählen, die Standardbedingungen erstellen oder Empfehlungen über die zu wählende Vertragsrechtsordnung aussprechen.

<sup>44</sup> In diese Richtung wohl auch von Bar/Swann, ERPL 2003, 595 ff. Nr. 10.

<sup>45</sup> Vgl. mit Blick auf die Alternative zwischen nationalen Rechten von Bar/Swann, ERPL 2003, 595 ff. Nr. 40: „legal advisers have hitherto been called on to juggle knowledge of numerous national laws or else in effect to sub-contract the advisory task at their clients' expense“

im strengen § 377 HGB<sup>46</sup> und in der Praxis mehr Käuferklagen an einer verfristeten Mängelrüge scheitern als an jedem anderen Umstand.) Wäre dies die Realität, so könnte die Rechtswahl kaum – wie vorhin zitiert – als „Würfeln“ beschrieben werden.

*Tatsächlich* ergeben Umfragen unter Rechtsanwälten zum CISG aber ein Bild, das weitgehend mit bereits berichteten Befund des häufigen (jedenfalls versuchten) „opt out“ aus dem Einheitsrecht übereinstimmt: In einer 2004 durchgeführten Befragung von ca. 500 deutschen Rechtsanwälten gaben 42% der Befragten an, das UN-Kaufrecht generell auszuschließen,<sup>47</sup> und auch eine Untersuchung zur Vertragspraxis niederländischer Unternehmen führte zum Ergebnis, dass nur solche Firmen das UN-Kaufrecht vertraglich ausschlossen, deren AGB durch Rechtsberater formuliert worden waren.<sup>48</sup> Als Grund lässt sich dabei fast immer die *mangelnde Kenntnis* und Beherrschung des UN-Kaufrechts auf Seiten der betroffenen Rechtsberater identifizieren<sup>49</sup> (nicht hingegen ein inhaltlicher Vergleich des UN-Kaufrechts mit den nationalen Vertragsrechten, der zuungunsten des Einheitskaufrechts ausgefallen wäre)

#### b) Gründe für die Bevorzugung der nationalen Heimatrechte gegenüber dem Einheitsrecht aus ökonomischer Perspektive

Fragt man sich, warum erheblichen Teilen der Rechtsanwaltschaft das UN-Kaufrecht, dessen Inhalt sie nach der Rechtsprechung von Rechts wegen kennen müssten,<sup>50</sup> gleichwohl unbekannt geblieben ist und sie diesen Mangel durch ein pauschales „opt out“ zu kaschieren suchen, so wird von Vertretern der *behavioral law and economics*-Richtung auf das psychologische Phänomen des „status quo bias“ verwiesen;<sup>51</sup> nach einem geringfügig anderen Ansatz würde man von „Pfadabhängigkeit“ sprechen.<sup>52</sup>

<sup>46</sup> Ingeborg Schwenger, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenger (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG –, 4. Aufl. (2004), Art. 39 Rn. 15.

<sup>47</sup> Justus Meyer, UN-Kaufrecht in der deutschen Anwaltspraxis, *RebelsZ* 69 (2005), 457, 471.

<sup>48</sup> Roeland I. V. F. Bertrams, *Enige aspecten van het Weens Koopverdrag* (1995), 72 ff.

<sup>49</sup> Herbel (o. Fußn. 25), S. 1, 12; Robert Koch, *Wider den formularmäßigen Ausschluss des UN-Kaufrechts*, *NJW* 2000, 910; Mankowski, *RIW* 2003, 2, 8; Wolfgang Witz/Hanns-Christian Salger/Manuel Lorenz, *International Einheitliches Kaufrecht: Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG* (2000), S. 7; ebenso die Befunde bei Meyer, *RebelsZ* 6 (2005), 457, 475.

<sup>50</sup> So schon zum Haager Kaufrecht OLG Koblenz, *NJW* 1989, 2699, 2700; aus der Literatur mit Blick auf die Haager Kaufgesetze zustimmend Ulrich Hübner, *Die Berufshaftung – ein zumutbares Risiko?*, *NJW* 1989, S. 7; Franz Tepper, *Anwaltschaft und EuGVÜ*, *IPRax* 1991, 98, 99. Nachweise zum UN-Kaufrecht finden sich unten in Fußn. 56.

<sup>51</sup> Smits (o. Fußn. 25), S. 153, 175; vgl. auch Heico Kerkmeester, *Uniformity of European Contract Law – An Economic Study Between Logic and Fact*, in: Jan Smits (Hrsg.), *The Need for a European Contract Law: Empirical and Legal Perspectives* (2005), S. 69, 81.

<sup>52</sup> Linarelli, 48 *Wayne L. Rev.* (2003), 1387, 1412 f.

Der Befund lässt sich jedoch auch bei Annahme eines rationalen ökonomischen Handelns der Rechtsberater erklären, nämlich damit, dass eine Kenntnisverschaffung über den Inhalt des UN-Kaufrechts (das an deutschen Universitäten selten Bestandteil des Unterrichts ist) ihnen Aufwendungen verursachen würde,<sup>53</sup> ohne zusätzliche Honorare einzubringen.<sup>54</sup> Diese eigenen Aufwendungen lassen sich durch eine flächendeckende Abwahl des CISG in den betreuten Verträgen vermeiden. Da den Mandanten auf diese Weise die Anwendung eines für sie günstigeren Regelwerkes entgehen kann, ohne dass sie dieses als Nichtjuristen bemerken werden,<sup>55</sup> handelt es sich um ein klassisches *Principal-Agent-Problem*: Der Rechtsberater nutzt die bestehende Informationsasymmetrie über Rechtswahlmöglichkeiten und -vorteile zu Lasten seines Auftraggebers aus. Dass der Rechtsanwalt sich dadurch schadensersatzpflichtig machen kann, weil er bei Annahme eines internationalkaufrechtlichen Mandats unstreitig das UN-Kaufrecht beherrschen und beachten muss,<sup>56</sup> nutzt den beratenen Unternehmen in der Praxis wohl nicht viel, weil eine Anwaltschaftung bei internationalen Transaktionen anscheinend sehr selten geltend gemacht wird.

Das konstatierte Interesse an einer pauschalen, flächendeckenden Abbedingung des Einheitsrechts, das bei Teilen der Rechtsanwaltschaft besteht und zu häufigen „opt out“-Versuchen führt, heißt allerdings nicht, dass das UN-Kaufrecht in den betreffenden Fällen tatsächlich keine Anwendung findet. Hier wirkt es sich nämlich aus, wenn der Rechtsanwalt sich das Studium des UN-Kaufrechts gespart hat; Denn wer in Vertretung seines Mandanten aus dem UN-Kaufrecht „aus-optieren“ will, der muss zumindest den Inhalt des hierfür maßgeblichen Art. 6 CISG kennen und wissen, wie eine „opt out“-Vertragsklausel formuliert werden muss. Viele Rechtsanwälte wissen dies jedoch anscheinend nicht. Weil die Gerichte diese Vorschrift hingegen offenkundig viel besser beherrschen und zudem streng auslegen, scheitert das „opt out“ im Ergebnis häufig, und der Rechtsanwalt macht vor Gericht schließlich doch noch Bekanntschaft mit dem UN-Kaufrecht.

<sup>53</sup> *Gillette/Scott*, 25 *Int Rev Law Econ* (2005), 446, 478: „Attorneys have incentives to avoid learning about novel law, and thus they incorporate into their contracts legal principles with which they are already familiar.“

<sup>54</sup> Die Untersuchungen ausländischer Vertragsrechte müssten sie nämlich im Regelfall an ausländische Rechtsanwälte „auslagern“, die sodann entsprechende legal opinions anfertigen und dafür vom Mandanten bezahlt würden.

<sup>55</sup> Vgl. *Gillette/Scott*, 25 *Int Rev Law Econ* (2005), 446, 466.

<sup>56</sup> *Brigitte Borgmann/Antje Jungk/Holger Grams*, *Anwaltshaftung*, 4. Aufl. (2005), § 19 Rn. 47; *Joachim Gruber*, *Anwaltshaftung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten*, MDR 1998, 1399, 1400; *Martin Henssler*, *Haftungsrisiken anwaltlicher Tätigkeit*, JZ 1994, 178, 185; *Götz-Sebastian Hök*, *Zum Haftungsrisiko der Anwälte bei der Übernahme von Mandaten mit Auslandsberührung*, *JurBüro* 1990, Sp. 155, 159; *Koch*, NJW 2000, 910; *Franz-Josef Rinsche*, *Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars*, 6. Aufl. (1998), Rn. I 106; *Oliver Sieg*, *Internationale Anwaltshaftung* (1996), S. 81; *Horst Zugehör*, *Handbuch der Anwaltshaftung* (1999), Rn. 543.

### c) Präferierte Anwendungsvoraussetzungen eines Europäischen Vertragsrechts

Im Interesse vieler Rechtsberater – meine *vierte These* – dürfte nach alledem ein Europäisches Vertragsrecht liegen, das die Anwendung der nationalen, ihnen vertrauten Vertragsrechte möglichst unberührt lässt. Dieser Präferenz würde die Ausgestaltung des Europäischen Vertragsrechts als „opt in“-Instrument am besten gerecht,<sup>57</sup> weil in diesem Fall sogar bei dem Fehlen einer Rechtswahl das nationale Vertragsrecht eingriffe, ohne dass die Vornahme eines „opt out“ (mit dem Risiko eines Scheiterns) nötig wäre. Die Folgen für die praktische Relevanz des Europäischen Vertragsrechts wären allerdings wohl bedenklich, weil (jedenfalls anfänglich) nicht zu erwarten steht, dass viele Rechtsanwälte die Verträge ihrer Mandatschaft mit einer Wahlklausel zugunsten des neuen Einheitsrechts versehen würden. Diese skeptische Prognose wird durch einschlägige Erfahrungen mit „opt in“-Erfordernissen unter dem Haager Kaufrecht belegt, auf die ich noch zurückkommen werde.

## 3. Die Interessen der Gerichte

### a) Neutrale Haltung bzw. „lex fori bias“?

Richtet man den Blick sodann auf die Akzeptanz von Einheitsrecht durch die staatlichen Gerichte,<sup>58</sup> so könnte man annehmen, dass nationale Gerichte keinerlei eigene Interessen verfolgen, sondern das Recht eben so anwenden, wie es in den Büchern steht.<sup>59</sup> Einer „opt in“- oder „opt out“-Ausgestaltung müssten sie danach gleichgültig gegenüber stehen.<sup>60</sup>

Nach Schaffung des UN-Kaufrechts ist demgegenüber anfänglich von vielen befürchtet worden, dass staatliche Gerichte im Zweifel zu einer Anwendung des ihnen besser bekannten nationalen Vertragsrechts und gegen eine Anwendung des UN-Kaufrechts neigen werden. Das bereits erwähnte allgemeine Phänomen des „status quo bias“ scheint in dieselbe Richtung zu weisen.

---

<sup>57</sup> Siehe zu den Stellungnahmen zum „Aktionsplan“ der Kommission *Europäische Kommission, Mitteilung „Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen“* (o. Fußn. 10), S. 19.

<sup>58</sup> Eine andere Frage ist, wie die Interessen des Europäischen Gerichtshofes mit Blick auf ein Europäisches Vertragsrecht aussehen; vgl. hierzu *Hesselink* (o. Fußn. 6), S. 181, 185 (zum „empowerment effect“ eines abstrakt formulierten Einheitsrechts mit vielen Generalklauseln).

<sup>59</sup> So *Linarelli*, 48 *Wayne L. Rev.* (2003), 1387, 1408.

<sup>60</sup> Die Interessen der nationalen Gerichte wären freilich dann betroffen, wenn im Zusammenhang mit der Einführung eines Europäischen Vertragsrechts ein gesonderter Gerichtszweig mit exklusiver Zuständigkeit für dessen Auslegung (entsprechend der U.S.-amerikanischen Bundesgerichtsbarkeit) geschaffen würde; siehe dazu *Hesselink* (o. Fußn. 6), S. 181, 186.

### b) Empirischer Befund: Einheitsrechtsfreundlichkeit der Gerichte

Praktisch sichtbar wird die „Grundhaltung“ nationaler Gerichte bei deren Beurteilung, ob sich die Parteien im konkreten Fall auf ein „opting out“ aus dem Einheitskaufrecht geeinigt haben, was vielfach von einer Auslegung der vertraglichen Rechtswahlklauseln durch das Gericht abhängt. Tatsächlich lässt sich dabei in der internationalen Rechtsprechung zum UN-Kaufrecht keineswegs ein „Heimwärtsstreben“ der nationalen Gerichte nachweisen, sondern vielmehr das genaue Gegenteil: Die Gerichte in den unterschiedlichsten Vertragsstaaten stellen einheitlich hohe, vielfach sogar höchste Anforderungen an das Vorliegen einer Abwahlklausel und verlangen durchgehend einen eindeutig nachweisbaren Parteiwillen zum „opt out“<sup>61</sup>

Keine Abbedingung des UN-Kaufrechts liegt danach in einer Rechtswahlklausel zugunsten des nationalen Rechts eines CISG-Vertragsstaates wie etwa „Dieser Vertrag unterliegt deutschem Recht“, weil auch das CISG Bestandteil des nationalen Rechts des jeweiligen Vertragsstaates ist.<sup>62</sup> Entsprechende Klauseln, die in der Praxis wohl die Regelformulierung darstellen dürften, werden international ganz einheitlich so eingeordnet, etwa durch die Gerichte in Deutschland, Frankreich, den Niederlanden, Österreich, der Schweiz und den USA.<sup>63</sup> Die Gerichte gehen aber in ihrer einheitsrechtsfreundlichen Tendenz noch wesentlich darüber hinaus, indem sie auch in solchen Rechtswahlklauseln keine Abwahl des UN-Kaufrechts erkennen, die ein nationales Recht unter ausdrücklichem Ausschluss des Haager Kaufrechts – also des seit 1991 in Deutschland nicht mehr geltenden Vorgängers des CISG – berufen.<sup>64</sup> Obgleich man einer so abgefassten Klausel wohl wenigstens andeutungsweise einen Parteiwillen zum Ausschluss von Einheitsrecht entnehmen kann,<sup>65</sup> verweisen die Gerichte schlicht darauf, nach ihrer Auffassung sei ein Ausschluss der Haager Kaufgesetze nicht auch ein Ausschluss des CISG; auf Letzteres hätte die Klausel

<sup>61</sup> Vgl. nur *Asante Technologies, Inc. v. PMC-Sierra, Inc.*, 164 F. Supp. 2d 1142, 1149 f., wo „a clear intent to opt out of the CISG“ bzw. „clear language indicating that both contracting parties intended to opt out of the CISG“ vorausgesetzt wird; *Morten M. Fogt*, Konkludente Vertragsannahme und grenzüberschreitendes kaufmännisches Bestätigungsschreiben nach CISG, IPRax 2007, 417, 418: „harte“ Anforderungen an ein opting-out

<sup>62</sup> Statt vieler BGH, NJW 1997, 3309, 3310.

<sup>63</sup> Umfangreiche Nachweise bei *Staudinger/Magnus*, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), 2005, Art. 6 Rn. 24.

<sup>64</sup> OLG München, IHR 2007, 30, 32; Hof van Beroep Antwerpen, 4.11.1998, CISG online 1310; LG Düsseldorf, 11.10.1995, CISG online 180; LG Memmingen, 13.9.2000, CISG online 820. Ganz ähnlich etwa Hof van Beroep Gent, 20.10.2004, CISG-online 983: die Wahl des „für Inländer in der Bundesrepublik Deutschland maßgebenden Rechts“ umfasst das CISG.

<sup>65</sup> So etwa *Staudinger/Magnus* (o. Fußn. 63), Art. 6 Rn. 16 und *Westermann*, in *MünchKomm-BGB*, 4. Aufl. (2004), Art. 6 CISG Rn. 6, die in solchen Konstellationen deshalb von einem Ausschluss des CISG ausgehen.

vielmehr explizit hinweisen müssen,<sup>66</sup> weil andernfalls davon auszugehen sei, dass das UN-Kaufrecht als neue und fortentwickelte Einheitsrechtsfassung Gültigkeit haben solle.<sup>67</sup>

Die Gerichte legen damit also einen außerordentlich strengen Maßstab an ein „opt out“ an. Es wirft freilich auch ein wenig günstiges Licht auf die Rechtskenntnisse deutscher Rechtsberater, wenn Rechtswahlklauseln noch im Jahre 2002 das Haager Kaufrecht abbedingen, das in Deutschland bereits seit mehr als 10 Jahren durch das UN-Kaufrecht ersetzt worden ist. Sie stehen damit freilich nicht völlig alleine, sieht doch auch ein im Jahre 2003 (erstmalig) erschienenen Formularbuch mehrere Rechtswahlklauseln vor, in denen nicht das UN-Kaufrecht, aber die Haager Kaufgesetze ausgeschlossen werden.<sup>68</sup>

### c) Denkbare Gründe für Einheitsrechtsfreundlichkeit der Gerichte

Fragt man nach einer Erklärung für die einheitsrechtsfreundliche Haltung der Gerichte, deren Richter jedenfalls aus ihrem Universitätsstudium keine größeren Vorkenntnisse zum UN-Kaufrecht mitbringen dürften als die Rechtsanwälte, so könnte ein Grund darin liegen, dass es jedenfalls nach deutschem Prozessrecht Aufgabe des Richters ist, den Inhalt eines etwaig anwendbaren ausländischen Vertragsrechts von Amts wegen zu ermitteln,<sup>69</sup> während den Rechtsanwalt als Parteivertreter allenfalls eine Mitwirkungspflicht im Rahmen des Zumutbaren trifft: Dieser vielfach als lästig empfundenen Pflicht, welche zur Einholung von Gutachten sowie schließlich zur Anwendung eines inhaltlich fremden und zudem regelmäßig fremdsprachigen Rechts zwingt,<sup>70</sup> kann der Richter dadurch entgehen, dass er zur Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts gelangt. Freilich ist sehr zweifelhaft, ob dies eine tragfähige Begründung für die generelle Rechtsprechungstendenz ist: Zum einen ist diese ja auch außerhalb Deutschlands zu verzeichnen (wo eine ganz andere Aufgabenverteilung zwischen Richter und Rechtsanwalt bestehen mag), und zum anderen ist sie auch in Konstellationen feststellbar, in denen bei Nichtanwendung des UN-Kaufrechts kein ausländisches Vertragsrecht, sondern die unvereinheitlichte *lex fori* einschlägig wäre.

<sup>66</sup> OLG München. IHR 2007, 30, 32

<sup>67</sup> LG Memmingen. 13 9 2000, CISG online 820

<sup>68</sup> Hans Schulte-Nölke/Norbert Frenz/Eckhard Flohr, Formularbuch Vertragsrecht (2003), S. 440, ebenso S. 456

<sup>69</sup> BGH, NJW 2003, 2685, 2686; Giesela Rühl, Die Kosten der Rechtswahlfreiheit, RabelsZ 71 (2007), 559, 568 m. w. Nachw.

<sup>70</sup> Zur Fehlerträchtigkeit der Anwendung forumfremden Rechts aus Sicht des Richters Mankowski, RIW 2003, 2, 4.

#### d) Präferierte Anwendungsvoraussetzungen eines Europäischen Vertragsrechts

Für die Frage der Ausgestaltung eines Europäischen Vertragsrechts kann nach alledem jedenfalls festgehalten werden, dass die Erfahrungen mit der Gerichtspraxis zum UN-Kaufrecht – und dies ist meine *fünfte These* – für die Schaffung eines „opt out“-Instruments sprechen.

#### 4. Die Interessen von Gemeinschaftsorganen und Mitgliedstaaten

Abschließend bleiben nun die Interessen derjenigen Akteure zu untersuchen, die letztlich über die Inkraftsetzung eines Europäischen Vertragsrechts entscheiden werden. Angesprochen sind damit zum einen Kommission und Europäisches Parlament, die ich unter dem Begriff der „Gemeinschaftsorgane“ zusammengefasst habe, und zum anderen die Mitgliedstaaten, deren Interessen über den Rat einwirken werden, der gemeinsam mit dem Europäischen Parlament auf Vorschlag der Kommission einen entsprechenden Gemeinschaftsrechtsakt erlassen würde.<sup>71</sup>

Sämtliche dieser Akteure sollten mit Blick auf die „opt in“ oder „opt out“-Frage natürlich die voraussichtliche Akzeptanz eines entsprechenden Instruments durch Unternehmen, Rechtsberater und Gerichte berücksichtigen. Sie haben darüber hinaus jedoch auch eigene Präferenzen.

##### a) Die Interessen der Gemeinschaftsorgane

Stellt man auf das Ziel der europäischen Vertragsrechtsvereinheitlichung ab, das die Gemeinschaftsorgane vorrangig nennen, nämlich die *Senkung der Transaktionskosten* der Marktteilnehmer, müssen ihre Interessen auf die Schaffung eines „opt out“-Instruments gerichtet sein. Wenngleich sehr zweifelhaft ist, ob es sich hierbei nicht um die Lösung handelt, die „auf der Suche nach dem dazugehörigen Problem“ ist<sup>72</sup> – viele Unternehmen wenden in der Praxis eben nur geringe Informationskosten auf, weil pauschal und ohne aufwändige Vorprüfungen das eigene nationale Recht gewählt wird – so könnte irgendeine Reduktion von Transaktionskosten durch Einheitsrecht wohl nur dann erreicht werden kann, wenn dieses eingreifen kann, ohne von den Parteien gewählt worden zu sein.

Daneben haben Kommission und Europäisches Parlament auch deshalb ein eigenes Interesse an einem geltungsstarken Europäischen Vertragsrecht (und damit an einem

<sup>71</sup> Die genannten Aufteilung folgt dabei funktionalen Kriterien, weil es sich natürlich auch bei dem Rat um ein Organ der Europäischen Gemeinschaft handelt (Art. 202 ff. EG).

<sup>72</sup> *Ott/Schäfer* (o. Fußn. 19), S. 203, 233 f.; schon früh in diesem Sinne *Hein Kötz*, *Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele*, *RechtsZ* 50 (1986), I. 10

Gemeinschaftsrechtsakt, der auch ohne positive Wahl durch die Parteien eingreift), weil sich hierdurch ihr *Einfluss* erhöht.<sup>73</sup> Die faktische Macht, die Kommission und Parlament durch ihre Vorschlags- und Mitentscheidungsbefugnisse bei jeder Änderung des Europäischen Vertragsrechts ausüben würden,<sup>74</sup> fällt natürlich bedeutender aus, wenn dieses Vertragsrecht in der Praxis häufig zur Anwendung gelangt, als wenn dieses aufgrund seiner Ausgestaltung als bloßes „opt in“-Regelwerk neben den nationalen Vertragsrechten nur eine Nebenrolle spielt. Vertreter der Neuen Institutionenökonomik formulieren diesen Aspekt gelegentlich recht deutlich und sprechen von dem „eigennützligen Interesse der Kommission, des Europäischen Parlamentes und des EuGH an einer Beförderung der Idee eines europäischen Zentralstaates“, infolge dessen „die Bedeutung der Rechtszersplitterung als Transaktionshemmnis aufgebauscht“ werde.<sup>75</sup> Selbst wenn man diese Aussage für zu drastisch hält, wird man sich der Erkenntnis kaum verschließen können, dass aus Sicht von Kommission und Europäischem Parlament alles für ein Europäisches Vertragsrecht mit lediglicher „opt out“-Möglichkeit sprechen muss.

#### b) Die Interessen der Mitgliedstaaten

##### a) Schutz des eigenen Vertragsrechts oder neutrale Haltung?

Das Interesse der Mitgliedstaaten müsste demgegenüber auf die Schaffung eines Europäischen Vertragsrechts gerichtet sein, das ihr jeweiliges nationales Vertragsrecht möglichst wenig beeinträchtigt,<sup>76</sup> also lediglich bei einem „opt in“ durch die Parteien eingreift.<sup>77</sup> Dieser Einschätzung wird allerdings die These entgegen gehalten, die nationalen Legislativen zögen keinerlei Vorteile aus einer internationalen Bevorzugung ihres Vertragsrechts, weil diese dem Staat fiskalisch nichts nütze und auch keine Auswirkungen auf seine Attraktivität als Wirtschaftsstandort zeitigten;<sup>78</sup> ein Interesse am Vorrang des eigenen Vertragsrechts bestehe daher nicht.

<sup>73</sup> Hesselink (o. Fußn. 6), S. 181, 184.

<sup>74</sup> Skeptisch zur fachlichen Eignung der Kommission für diese Aufgabe von Bar/Swann. ERPL 2003, 595 ff Nr. 64.

<sup>75</sup> Schmidchen (o. Fußn. 4), S. 1, 38; siehe auch H. Wagner (o. Fußn. 12), S. 25, 38: „Scientific cost analyses can easily be ideologically misused.“

<sup>76</sup> So Hesselink (o. Fußn. 6), S. 181, 186.

<sup>77</sup> Dem entsprechen die Stellungnahmen der Regierungen, die zum „Aktionsplan“ der Europäischen Kommission Stellung genommen haben; siehe Europäische Kommission, Mitteilung „Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen“ (o. Fußn. 10), S. 19.

<sup>78</sup> Otschäfer (o. Fußn. 19), S. 203, 216; Schmidchen (o. Fußn. 4), S. 1, 36 f.

### b) Erfahrungen mit „opt in“-Einheitsrecht: Das Haager Kaufrecht im Vereinigten Königreich

Dass die Einordnung nationaler Legislativen und Exekutiven als „einheitsrechtsneutral“ jedoch nicht richtig sein muss, lässt sich wiederum an einem Beispiel aus dem Einheitskaufrecht aufzeigen, nämlich der Haltung des Vereinigten Königreichs zum Haager Kaufrecht. Eine Tatsache, von der ich vermute, dass sie auch manchen Experten des englischen Vertragsrechts unbekannt sein dürfte, ist, dass das Vereinigte Königreich im Jahre 1973 das Haager Einheitliche Kaufrecht ratifiziert hat und ihm bis zum heutigen Tage angehört. Der Beitritt zum Vorgänger des UN-Kaufrechts war dabei übrigens „europäisch inspiriert“ und hing mit dem Umstand zusammen, dass Großbritannien kurz zuvor der EG beigetreten war: „The United Kingdom's adherence was inspired by its joining the Common Market and was apparently regarded by the British government of the day as a gesture of goodwill towards its new economic and political partners.“<sup>79</sup>

Auch unter dem Übereinkommen zum Haager Kaufrecht war dabei eine Entscheidung erforderlich, ob das Einheitsrecht als „opt out“- oder „opt in“-Instrument zur Anwendung kommen sollte. Diese wurde allerdings nicht bereits durch das Übereinkommen vorgegeben, sondern erst durch die einzelnen ratifizierenden Staaten getroffen: Das Übereinkommen erlaubte es nämlich jedem Vertragsstaat, bei seiner Ratifikation einen Vorbehalt zu erklären, wonach das Einheitskaufrecht vor Gerichten dieses Staates nur als „opt in“-Instrument gelten soll. Seine Regeln fanden in diesem Fall nur unter der Voraussetzung Anwendung, dass die Kaufvertragsparteien das Haager Einheitskaufrecht in ihrem Vertrag ausdrücklich als anwendbares Recht gewählt hatten. Das Vereinigte Königreich erklärte diesen Vorbehalt, und zwar in dem erklärten Bestreben, durch das Einheitsrecht nicht die Arbeit der Rechtsanwälte, Gerichte und Schiedsrichter in London zu beeinträchtigen, deren übereinstimmende Interessen auf die unveränderte Geltung des englischen Rechts gerichtet waren und weiterhin sind.<sup>80</sup> Dass dieses Ziel erreicht wurde, lässt sich an der praktischen Bedeutung des „opt in“-Einheitskaufrechts in Großbritannien ablesen: Bis zum heutigen Tage hatten englische Gerichte keinen einzigen Fall unter diesem Recht zu entscheiden, weil es durch die Parteien und ihre Rechtsberater schlichtweg niemals gewählt wird.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> So *Jacob Ziegel*, *The Future of the International Sales Convention from a Common Law Perspective*. 6 *N Z Bus L. Q.* (2000). 336, 337 Fußn 4

<sup>80</sup> Zur Weigerung des Vereinigten Königreichs, das CISG zu ratifizieren, aus Sicht der *public choice*-Theorie ausführlich *Linarelli*, 48 *Wayne L. Rev.* (2003), 1387. 1426 ff (mit zahlr. Nachweisen)

<sup>81</sup> *Schroeter* (o. Fußn. 14), § 3 Rn 7.

### c) Kosten der Einheitsrechtseinführung als Gesichtspunkt

Entscheidend für die Haltung der Mitgliedstaaten dürfte schließlich noch eine weitere Frage sein, die bei der Diskussion um eine Vertragsrechtsvereinheitlichung vielfach unter den Tisch fällt, nämlich die Frage nach den Kosten für dessen Einführung.<sup>82</sup> Diese Kosten würden nämlich vor allem auf der Ebene der Mitgliedstaaten anfallen, zum einen unmittelbar etwa in Gestalt von Umschulungskosten für Richter und Professoren an staatlichen Universitäten und Kosten für die Neuausstattung von Bibliotheken, zum anderen mittelbar durch entsprechende Umstellungskosten der Rechtsanwaltschaft und der Unternehmen.<sup>83</sup>

Die anfänglich angesprochene Senkung von Transaktionskosten vermag die Schaffung eines Europäischen Vertragsrechts damit letztlich nur dann zu rechtfertigen, wenn die so ersparten Transaktionskosten höher sind als die Kosten der Rechtsvereinheitlichung.<sup>84</sup> Ob dies der Fall ist, lässt sich nicht pauschal sagen, sondern hängt wiederum entscheidend vom Anwendungsbereich des Europäischen Vertragsrechts ab, also von seinem „Rahmen“. Man muss daher differenzieren:

#### aa) Bei Ersetzung der nationalen Vertragsrechte durch das Europäische Vertragsrecht

Die weitestgehende denkbare Vertragsrechtsvereinheitlichung wäre eine Gestaltung, die ich zu Beginn meines Vortrages kurz angesprochen habe, nämlich die Ersetzung aller nationalen Vertragsrechte durch das Europäische Vertragsrecht. In diesem Fall würde für grenzüberschreitende Verträge wie auch innerstaatliche Verträge in der EU das neue Europäische Vertragsrecht gelten, ohne dass es eines „opt in“ bedürfte und ohne dass ein „opt out“ zugunsten eines der Vertragsrechte der EG-Staaten möglich wäre, weil diese gar nicht mehr bestünden. Die hierfür anfallenden Kosten wären ganz beträchtlich,<sup>85</sup> weil die sprichwörtlichen „berichtigenden Worte des Gesetzgebers“<sup>86</sup> in diesem Fall ganze

<sup>82</sup> Darauf hinweisend *Horst Eidenmüller*, Obligatorisches versus optionales europäisches Vertragsgesetzbuch, in: Claus Ott/Hans-Bernd Schilfer (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen (2002), S. 237, 240; *Filippo Ranieri*, Vereinheitlichung des Vertragsrechts in Europa – Wirtschaftspolitisches Projekt oder rechtskulturelle Herausforderung?, in: Thomas Eger/Hans-Bernd Schilfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung (2007), S. 46, 47; *Schmidchen* (o. Fußn. 4), S. 1. 35; *Roger Van den Bergh*, Forced Harmonisation of Contract Law in Europe: Not to be Continued, in: Stefan Grundmann/Jules Stuyck (Hrsg.), An Academic Green Paper on European Contract Law (2002), S. 249, 254 f.

<sup>83</sup> *Ranieri* (o. Fußn. 82), S. 46, 47.

<sup>84</sup> *Schmidchen* (o. Fußn. 4), S. 1. 22; *Smits* (o. Fußn. 25), S. 153, 179; *G. Wagner* (o. Fußn. 12), S. 1. 19; *H. Wagner* (o. Fußn. 12), S. 25, 39.

<sup>85</sup> *Smits* (o. Fußn. 25), S. 153, 178.

<sup>86</sup> Zurückgehend auf den Vortrag mit dem Titel „Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“, die *Julius Hermann von Kirchmann* im Jahre 1847 vor der Berliner Juristischen Gesellschaft hielt.

Bibliotheken in nicht weniger als 27 Mitgliedstaaten zur Makulatur werden ließen und sämtliche vertragsrechtlich tätigen Juristen in allen Mitgliedstaaten das Vertragsrecht vollständig neu lernen müssten. Es erscheint mir daher ganz unwahrscheinlich, dass ein so konzipiertes Europäisches Vertragsrecht geltendes Recht werden könnte.

**bb) „Opt in“ oder „opt out“ und die Geltung des Europäischen Vertragsrechts für innerstaatliche Verträge**

Im Übrigen ist davon auszugehen, dass ein „opt out“-Vertragsrecht in den Mitgliedstaaten generell weit höhere Anpassungskosten verursachen würde als ein Regelwerk mit bloßer „opt in“-Möglichkeit, weil das Europäische Vertragsrecht in ersterer Form weit häufiger angewandt werden würde. Die zweite entscheidende Frage scheint mir daher zu sein, ob das neue Vertragsrecht *auch für innerstaatliche Verträge* gelten soll: Da die weitaus meisten Rechtsstreitigkeiten in Europa nach wie vor Verträge betreffen, bei denen beide Vertragspartner im selben Staat ansässig sind, wäre eine „opt out“-Geltung auch für innerstaatliche Verträge eine weit tiefgreifendere Änderung mit weit höheren Umstellungskosten.<sup>87</sup> Freilich lassen sich für eine vorrangige Anwendung des Europäischen Vertragsrechts auf rein nationale Verträge kaum Gründe finden, denn Transaktionskosten würden in diesem Fall nicht gespart und es ist auch sonst nicht recht ersichtlich, warum der Kauf eines Brötchens durch einen Finnen in Helsinki bei Passivität der Parteien demselben Recht unterliegen müsste wie der Kauf eines Croissants durch einen Franzosen in Paris. Aus ökonomischer Sicht droht hier im Gegenteil die Verdrängung lokal effizienter Vertragsrechte, die den lokal unterschiedlichen Präferenzen Rechnung tragen.<sup>88</sup> Für innerstaatliche Verträge dürften die Interessen der Mitgliedstaaten daher gegen die Einführung eines „opt out“-Einheitsvertragsrecht gerichtet sein, während gegen eine innerstaatliche „opt in“-Möglichkeit keine entscheidende Gründe zu sprechen scheinen.

Soweit grenzüberschreitende Transaktionen betroffen sind, scheint mir die Abstimmung unter den Mitgliedstaaten unter Kostengesichtspunkten grundsätzlich offen zu sein. Damit ein Europäisches Vertragsrecht mit bloßer „opt out“-Möglichkeit im Rat eine Mehrheit findet, muss allerdings wohl noch einige Aufklärungs- und Überzeugungsarbeit unter den Mitgliedstaaten geleistet werden. Entschiedener Widerstand ist in diesem Fall vermutlich von Seiten des Vereinigten Königreichs zu erwarten,<sup>89</sup> dessen nationales Vertragsrecht – wie gesagt – für „legal London“ einen bedeutenden Wirtschaftsfaktor darstellt.

<sup>87</sup> *Schmidtchen* (o. Fußn. 4), S. 1. 25

<sup>88</sup> *Eidenmüller* (o. Fußn. 82), S. 237, 240; *Kerkmeester* (o. Fußn. 51), S. 69, 80; *Ott/Schäfer* (o. Fußn. 19), S. 203. 221; *Schmidtchen* (o. Fußn. 4), S. 1. 24; *H. Wagner* (o. Fußn. 12), S. 25. 39.

<sup>89</sup> Vgl. *Diana Wallis*, *Is it a Code?*, ZEuP 2006, 513

#### **IV. Empfehlung für die Schaffung eines Europäischen Vertragsrechts, das auf Akzeptanz hoffen kann**

Zusammenfassend lässt sich damit Folgendes festhalten:

1. Um das Projekt zur Schaffung eines Europäischen Vertragsrechts zum Erfolg zu führen, sollte bereits während seiner Schaffungsphase berücksichtigt werden, von welchen Faktoren die Akzeptanz des Einheitsrechts bei seiner Inkraftsetzung und seiner späteren Anwendung abhängen wird. Die Wahl zwischen „opt in“-Erfordernis und „opt out“-Möglichkeit dürfte dabei die Schlüsselfrage sein.
2. Nach den Erkenntnissen der Neuen politischen Ökonomie wird die Haltung der unterschiedlichen Akteure gegenüber einem Europäischen Vertragsrecht von deren Interessen abhängen. Die Interessen der Unternehmen spielen dabei keine entscheidende Rolle, weil diese sich überwiegend auf ihre Rechtsberater verlassen.
3. Die Interessen von Kommission und Europäischem Parlament werden auf die Einführung eines „opt out“-Vertragsrechts gerichtet sein, während die Mitgliedstaaten in der Tendenz eher ein bloßes „opt in“-Vertragsrecht bevorzugen werden. Die Erfahrungen mit der Anwendung des UN-Kaufrechts deuten darauf hin, dass die Rechtsanwaltschaft ein „opt in“-Erfordernis bevorzugen würde, die staatlichen Gerichte hingegen eine „opt out“-Möglichkeit.
4. Fragte man mich, welche Empfehlung ich nach alledem für die Schaffung eines Europäischen Vertragsrechts geben würde, das auf Akzeptanz hoffen kann, so würde sie lauten: Für grenzüberschreitende Verträge sollte das Europäische Vertragsrecht mit „opt out“-Möglichkeit gelten, während es auf innerstaatliche Transaktionen Anwendung finden könnte, wenn die Parteien sich für ein „opt in“ entschieden haben.