

INSA STEPHANIE JARASS

Privates Einheitsrecht

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

414

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer, Ralf Michaels und Reinhard Zimmermann



Insa Stephanie Jarass

Privates Einheitsrecht

Mohr Siebeck

Insa Stephanie Jarass, geboren 1987; Studium der Rechtswissenschaft in Bremen und Cambridge, UK (LL.M.); Stipendien der Studienstiftung des deutschen Volkes und des Deutschen Akademischen Austauschdienstes; Forschungsaufenthalt am Institute of European and Comparative Law der University of Oxford, UK; 2016 Promotion; 2018 Zweite juristische Staatsprüfung in Frankfurt am Main; seit 2018 Habilitandin am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main.

ISBN 978-3-16-156131-3/eISBN 978-3-16-156132-0

DOI 10.1628/978-3-16-156132-0

ISSN 0720-1141/eISSN 2568-7441

(Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Eltern und meinem Mann

Vorwort

Die vorliegende Arbeit hat im Wintersemester 2016/17 dem Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Bremen als Dissertation vorgelegen. Die mündliche Prüfung fand am 25. Oktober 2016 statt. Für die Druckfassung der Arbeit konnte Literatur bis einschließlich Januar 2018 ausgewertet werden. Die Arbeit wurde mit der Otto-Hahn-Medaille 2017 der Max-Planck-Gesellschaft, dem Bremer Studienpreis 2018 des Vereins der Freunde der Universität Bremen und dem Promotionspreis des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Bremen, gestiftet von der Kanzlei Büsing, Müffelmann & Theye, ausgezeichnet.

Danken möchte ich zuvorderst meinem Doktorvater Prof. Dr. Graf-Peter Calliess. Die Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl und am Sonderforschungsbereich 597 „Staatlichkeit im Wandel“ der Universität Bremen und der Deutschen Forschungsgemeinschaft war eine große Bereicherung für mich. Ich bin sehr dankbar für die umfassende Unterstützung und Förderung meines Projektes. Herrn Prof. Stefan Vogenauer, MJur (Oxon) möchte ich für die Ermöglichung meines Forschungsaufenthaltes am Institute of European and Comparative Law der University of Oxford danken. Herrn Prof. Dr. Moritz Renner danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, den Herren Professoren Dr. Dr. h.c. mult. Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard Univ.), Dr. Dr. h.c. Holger Fleischer, LL.M. (Univ. of Michigan) und Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann für die Aufnahme des vorliegenden Werkes in die Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht.

Den Herren Professoren Dr. Dres. h.c. Herbert Kronke und Dr. Andreas Maurer, LL.M. (Osgoode, Toronto) danke ich für wertvolle Anregungen und Diskussionen.

Meinen Schwiegereltern möchte ich für ihre Unterstützung danken. Besonderer Dank gebührt dabei meiner Schwiegermutter, Frau Dipl. Volkswirtin Anna Jarass, für die akribische Lektüre meines Manuskripts.

Danken möchte ich schließlich meinen Eltern und meinem Mann, Dr. Lorenz Jarass. Ihr Zuspruch und ihre bedingungslose Unterstützung haben wesentlich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Ihnen ist diese Arbeit daher gewidmet.

Frankfurt am Main, im Januar 2019

Insa Stephanie Jarass

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Tabellenverzeichnis	XVII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einführung	1
I. Untersuchungsgegenstand und Erkenntnisinteresse	4
II. Begriffe und Abgrenzung	8
III. Gang der Untersuchung	12
Erstes Kapitel – Grenzüberschreitende Transaktionen und rechtlicher Rahmen	15
I. Das Bedürfnis des grenzüberschreitenden Handels nach Rechtssicherheit	15
II. Internationales Zivilverfahrensrecht und internationales Privatrecht als Lösungsstrategien staatlichen Rechts	19
III. Rechtssicherheit durch internationales Einheitsrecht	41
IV. Alternative Lösungsstrategien	61
V. Gesamtergebnis des Ersten Kapitels	76
Zweites Kapitel – Rechtseinheit durch private Regelwerke: Funktionsbedingungen und Rechtsdogmatik	79
I. Entwicklung und Hintergründe voranschreitender Privatisierung	80
II. Funktionsbedingungen privaten Einheitsrechts	86
III. Konsequenzen	125

Drittes Kapitel – Private Regelwerke und Spruchpraxis	127
I. Untersuchungsfrage	128
II. Vorgehensweise und Methodik	128
III. Empirische Analyse der Referenzregelwerke in der Spruchpraxis deutscher und englischer Gerichte	131
IV. Strategien des praktischen Umgangs mit privatem Einheitsrecht	205
Viertes Kapitel – Wechselseitige Beobachtungen der Regelsetzer	209
I. Das Interesse der privaten Regelsetzer an der Funktionsfähigkeit des eigenen Regelwerks	210
II. Strategien privater Rechtsetzung	213
III. Beispiele reflexiver Einbeziehung und Rücksichtnahme	214
IV. Auswirkungen auf die Rechtssicherheit	222
Fünftes Kapitel – Lehren für die Zivilrechtsdogmatik	227
I. Privates Einheitsrecht und Zivilrechtsdogmatik	228
II. Kritische Bestandsaufnahme	235
III. „Privates Einheitsrecht“ als dogmatische Kategorie: ein Definitionsversuch	243
IV. Zusammenfassendes Ergebnis	251
Schluss	255
Übersicht über die untersuchten Urteile	261
Rechtsprechungsverzeichnis	265
Literaturverzeichnis	269
Stichwortverzeichnis	289

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Tabellenverzeichnis	XVII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einführung	1
I. Untersuchungsgegenstand und Erkenntnisinteresse	4
II. Begriffe und Abgrenzung	8
1. Internationales Einheitsrecht und privates Einheitsrecht	8
2. Grenzüberschreitender Handel	12
III. Gang der Untersuchung	12
Erstes Kapitel – Grenzüberschreitende Transaktionen und rechtlicher Rahmen	15
I. Das Bedürfnis des grenzüberschreitenden Handels nach Rechtssicherheit	15
II. Internationales Zivilverfahrensrecht und internationales Privatrecht als Lösungsstrategien staatlichen Rechts	19
1. Probleme beider Lösungsstrategien	21
a) Verfahrensrechtliche Schwierigkeiten grenzüberschreitender Transaktionen	21
b) Widrigkeiten des internationalen Privatrechts	24
c) Überwindung der Probleme durch Parteiautonomie	26
aa) Grenzen der Parteiautonomie	27
bb) Nationalisierung internationaler Sachverhalte	30
d) Zwischenergebnis	32
2. Auswirkungen auf die Transaktion	33
a) Entstehung erhöhter Transaktionskosten	33
aa) Transaktionskostentheorie	33
bb) <i>Ex ante</i> -Transaktionskosten	35

cc) <i>Ex post</i> -Transaktionskosten	37
b) Transaktionstypen	38
3. Zwischenergebnis	41
III. Rechtssicherheit durch internationales Einheitsrecht	41
1. Theoretische Konzeption	42
a) Vereinheitlichung des Sach- oder Kollisionsrechts	42
b) Transaktionskostenreduktion	44
c) Zwischenergebnis	46
2. Historische Entwicklung der staatlichen Rechtsvereinheitlichung	46
3. Probleme der staatlichen Rechtsvereinheitlichung	51
a) Probleme der Rechtsvereinheitlichung <i>ex ante</i>	52
b) Anwendung des Einheitsrechts in der Praxis <i>ex post</i>	55
c) Neuere Entwicklungen der Rechtsvereinheitlichung	58
d) Zwischenergebnis	60
IV. Alternative Lösungsstrategien	61
1. Wettbewerb der Rechtsordnungen	61
a) Das Konzept eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen	62
b) Einheit oder Wettbewerb	66
c) Einheitsrecht als Hemmnis für einen Wettbewerb der Rechtsordnungen	71
d) Zwischenergebnis	74
2. Privates Einheitsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen	75
V. Gesamtergebnis des Ersten Kapitels	76
 Zweites Kapitel – Rechtseinheit durch private Regelwerke: Funktionsbedingungen und Rechtsdogmatik	
I. Entwicklung und Hintergründe voranschreitender Privatisierung	80
II. Funktionsbedingungen privaten Einheitsrechts	86
1. Abhängigkeit der Funktionsfähigkeit privaten Einheitsrechts vom staatlichen Rechtssystem	88
a) Relevanz privater Vertragsdurchsetzungsmechanismen	88
b) Funktion des staatlichen Rechtssystems	91
2. Privates Einheitsrecht aus der Perspektive staatlichen Rechts	92
a) Abstrakte Mechanismen des Umgangs mit privaten Regelwerken	94
aa) Fehlende Gleichordnung privaten Einheitsrechts	94
(1) Internationales Privatrecht als Rezeptionsmechanismus	95
(2) Privates Einheitsrecht als anwendbares Recht	96
(3) Zwischenergebnis	101
bb) Die Unterordnung privaten Einheitsrechts	102

(1) Inkorporierung	102
(2) Deférenz	104
(3) Delegation	105
cc) Zwischenergebnis	106
b) Dogmatische Rezeptionsmechanismen des Umgangs mit nichtstaatlichen Rechtsregimen	106
aa) Dogmatischer Rechtsrahmen im deutschen Rechtssystem	107
(1) Vertragsklausel und Allgemeine Geschäftsbedingungen	107
(a) Voraussetzungen	107
(b) Kontrollmaßstab	108
(2) Handelsbrauch	111
(a) Voraussetzungen	111
(b) Kontrollmaßstab	113
(3) Handelsgewohnheitsrecht	113
(a) Voraussetzungen	113
(b) Kontrollmaßstab	114
(4) Zwischenergebnis	115
bb) Dogmatischer Rechtsrahmen im englischen Rechtssystem	116
(1) <i>Contractual terms</i> und <i>standard terms</i>	116
(a) Voraussetzungen	116
(b) Kontrollmaßstab	118
(2) <i>Customary law</i>	120
(a) Voraussetzungen	120
(b) Kontrollmaßstab	121
(3) <i>Trade usage</i>	121
(a) Voraussetzungen	121
(b) Kontrollmaßstab	122
(4) Zwischenergebnis	123
3. Versuch einer Systematisierung	123
III. Konsequenzen	125
 Drittes Kapitel – Private Regelwerke und Spruchpraxis	 127
I. Untersuchungsfrage	128
II. Vorgehensweise und Methodik	128
III. Empirische Analyse der Referenzregelwerke in der Spruchpraxis deutscher und englischer Gerichte	131
1. Die Incoterms	131
a) Darstellung des Regelwerks	132
aa) Gegenstand und Zweck	132
bb) Inhalt	135

b)	Dogmatische Charakterisierung der Incoterms	137
c)	Empirische Analyse der Spruchpraxis	139
aa)	Spruchpraxis deutscher Gerichte	140
(1)	Darstellung der Ergebnisse	140
(2)	Interpretation	142
(a)	Rechtsbeständigkeit	142
(b)	International einheitliche Auslegung	145
(3)	Ergebnis	146
bb)	Spruchpraxis englischer Gerichte	147
(1)	Darstellung der Ergebnisse	147
(2)	Interpretation	149
(a)	Rechtsbeständigkeit	149
(b)	International einheitliche Auslegung	151
(3)	Ergebnis	152
cc)	Exkurs: Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs	153
dd)	Ergebnis: Spruchpraxis Incoterms	156
2.	Die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für	
	Dokumenten-Akkreditive	156
a)	Darstellung des Regelwerks	158
aa)	Gegenstand und Zweck	158
bb)	Inhalt	163
b)	Dogmatische Charakterisierung der ERA	165
c)	Empirische Analyse der Spruchpraxis	167
aa)	Spruchpraxis deutscher Gerichte	168
(1)	Darstellung der Ergebnisse	168
(2)	Interpretation	170
(a)	Rechtsbeständigkeit	170
(b)	International einheitliche Auslegung	172
(3)	Zwischenergebnis	173
bb)	Spruchpraxis englischer Gerichte	173
(1)	Darstellung der Ergebnisse	173
(2)	Interpretation	175
(a)	Rechtsbeständigkeit	176
(aa)	ERA und das Verhältnis zu <i>express terms</i>	176
(bb)	Einwände gegen die Zahlungspflicht	178
(b)	International einheitliche Auslegung	182
(3)	Ergebnis	183
cc)	Ergebnis: Spruchpraxis ERA	184
3.	Die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts	184
a)	Darstellung des Regelwerks	186

aa) Gegenstand und Zweck	186
bb) Inhalt	191
cc) Zwischenergebnis	192
b) Dogmatische Charakterisierung der PICC	192
c) Empirische Analyse der Spruchpraxis deutscher und englischer Gerichte	195
aa) Darstellung der Ergebnisse	196
bb) Interpretation	198
(1) Rechtsbeständigkeit und international einheitliche Auslegung	198
(2) Folgerungen	198
cc) Ergebnis: Spruchpraxis PICC	203
4. Gewährleistung der Funktionsbedingungen durch staatliches Recht	204
IV. Strategien des praktischen Umgangs mit privatem Einheitsrecht	205
 Viertes Kapitel – Wechselseitige Beobachtungen der Regelsetzer	209
I. Das Interesse der privaten Regelsetzer an der Funktionsfähigkeit des eigenen Regelwerks	210
II. Strategien privater Rechtsetzung	213
III. Beispiele reflexiver Einbeziehung und Rücksichtnahme	214
1. Erhöhung der Rechtsbeständigkeit	215
a) Einarbeitung der Spruchpraxis	216
b) Bewusste Nicht-Regelung	217
c) Zwischenergebnis	219
2. Unterstützung der international einheitlichen Auslegung	219
3. Zwischenergebnis	221
IV. Auswirkungen auf die Rechtssicherheit	222
 Fünftes Kapitel – Lehren für die Zivilrechtsdogmatik	227
I. Privates Einheitsrecht und Zivilrechtsdogmatik	228
1. Begriff	229
2. Aufgaben und Funktionen der Rechtsdogmatik	231
II. Kritische Bestandsaufnahme	235
III. „Privates Einheitsrecht“ als dogmatische Kategorie: ein Definitionsversuch	243
1. Tatbestand und Rechtsfolgen	244
2. Weitere Kriterien	247
3. Definition	251
IV. Zusammenfassendes Ergebnis	251

Schluss	255
Übersicht über die untersuchten Urteile	261
Rechtsprechungsverzeichnis	265
Literaturverzeichnis	269
Stichwortverzeichnis	289

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1	Zuerkennung von Autonomie / Maß an staatlicher Kontrolle	123
Tabelle 2	Incoterms – Auswertung der Spruchpraxis deutscher Gerichte	140
Tabelle 3	Incoterms – Auswertung der Spruchpraxis englischer Gerichte	147
Tabelle 4	ERA – Auswertung der Spruchpraxis deutscher Gerichte . .	168
Tabelle 5	ERA – Auswertung der Spruchpraxis englischer Gerichte . .	174
Tabelle 6	PICC – Auswertung der Spruchpraxis deutscher und englischer Gerichte	196

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AC	Law Reports Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADSp	Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
All E.R.	All England Law Reports
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
Bank LR	Banking Law Report
BB	Betriebs-Berater
BeckRs	Beck-Rechtsprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Bundesgericht Leitentscheide (Schweiz)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Brüssel I-VO/EuGVVO	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen beziehungsweise
bzw.	beziehungsweise
C.L.C.	Commercial Law Cases
CESL	Common European Sales Law
CFR	cost and freight/Kosten und Fracht
CIF/c.i.f.	cost, insurance and freight/Kosten, Versicherung und Fracht
CIP	carriage and insurance paid to/frachtfrei versichert
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Civ	Civil division
CLC	Chancery Law Chronicles
CMR	Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr
CPT	carriage paid to/frachtfrei

CSOH	Scotland Court of Session, Outer House (neutrale Zitierweise)
DAP	delivered at place/ geliefert benannter Ort
DAT	delivered at terminal/ geliefert Terminal
DDP	delivered duty paid/ geliefert verzollt
DOCDEX	Documentary Credit Resolution Expertise
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
ebd.	ebenda
e. g.	exempli gratia
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
endg.	endgültig
ERA	Einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten- Akkreditive
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVVO	Verordnung des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWCA	England and Wales Court of Appeal (neutrale Zitierweise)
EWCA Civ.	England and Wales Court of Appeal (Civil Division)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWHC	England and Wales High Court (neutrale Zitierweise)
ex.	ehemals
EXW	ex works/ ab Werk
f.	folgend
FactÜ	UNIDROIT Übereinkommen über Internationales Factoring (Ottawa) 1988
FAS	free alongside ship/ frei Längsseite Schiff
FCA	free carrier/ frei Frachtführer
ff.	folgende
FIFA	Fédération Internationale de Football Association
Fn.	Fußnote
FOB	free on board/ frei an Bord
GG	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH & Co.	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
HZ	Historische Zeitschrift
i. E.	im Erscheinen
ICC	International Chamber of Commerce
ICQL	International and Comparative Law Quarterly
IHR	Internationales Handelsrecht
Incoterms	International Commercial Terms
Int.Com.L.R.	International Commercial Law Reports
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts

ISBP	International Standard Banking Practice
i. S. d.	im Sinne des / der
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
lit.	littera
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Report
LR Eq	Law Reports, Equity Cases
Ltd.	Limited
MERCUSOR	Mercado Común del Sur
n. F.	neue Fassung
NIQB	Northern Ireland, High Court, Queen's Bench division
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report
Nr./No.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OHADA	L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
OLG	Oberlandesgericht
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
PICC	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
Publ.	Publikation
Q.B.D.	Queens Bench Division
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rom I-Verordnung	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
Sec.	Section
UCP	Uniform Custom and Practice for Documentary Credits
UK	United Kingdom/Vereinigtes Königreich
UKHL	United Kingdom House of Lords
UKPC	United Kingdom Privy Council
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
UNO	United Nations Organisation
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
Vol.	Volume
vs.	versus

VVDStRI	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
W.L.R.	Weekly Law Reports
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium
WL	Westlaw Transcripts
WM	Wertpapier-Mitteilungen – Zeitschrift zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuB	Entscheidungsanmerkungen zum Wirtschafts- und Bankrecht
WZB	Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht
ZERP	Zentrum für Europäische Rechtspolitik
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVertriebsR	Zeitschrift für Vertriebsrecht

Einführung

Das Verhältnis zwischen privat erzeugten Normen und staatlichem Recht ist seit langer Zeit Gegenstand teils emotional geführter Diskussionen.¹ Kein anderes Rechtsgebiet steht dabei so im Fokus wie das internationale Wirtschaftsrecht. Dies verwundert bei einem Blick in die Rechtswirklichkeit wenig, denn nirgendwo sonst zeichnet die derzeitige Regulationsstruktur diesen Konflikt so augenscheinlich nach: Der grenzüberschreitende Handel ist durch eine Vielzahl unterschiedlicher Normarrangements geregelt, die häufig kein genuin staatliches Recht sind, sondern einen nichtstaatlichen Ursprung haben oder sich als hybride Mischformen darstellen.² In bestimmten Branchen haben diese privaten Regelwerke teilweise eine solche Bedeutung erlangt, dass sie die Regelungen des staatlichen Rechts praktisch verdrängt haben.³ So wird heutzutage kaum eine Bank im internationalen Zahlungsverkehr ein Akkreditiv ausstellen, wenn der Vereinbarung nicht die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive der Internationalen Handelskammer (ICC) zugrunde gelegt werden.⁴ Auch der internationale Warenverkehr ist ohne die Klauseln der ebenfalls

¹ Hierzu schon *Grossmann-Doerth*, Der Jurist und das autonome Recht des Welthandels, JW 1929, S. 3447, 3447 ff.; *Teubner*, Globale Bukowina – Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, 15 Rechtshistorisches Journal 1996, S. 255, 264, spricht insoweit von einem „Glaubenskrieg“.

² *Jansen*, The Making of Legal Authority, 2010, S. 6, 50 ff., beschreibt eine Vielzahl der wichtigsten nicht legislativen Kodifikationen; *Shaffer*, How Business Shapes Law: A Socio-Legal Framework, 42 Connecticut Law Review 2009, S. 147, 151 ff.; *Calliess/Buchmann*, Global Commercial Law between Unity, Competition, and Pluralism: The Case of the CISG, 21 Uniform Law Review 2016, S. 1, 1 ff.

³ *Schmitthoff*, Das neue Recht des Welthandels, RabelsZ 28 (1964), S. 47, 74 ff.; *Kötz*, Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung – Einführende Bemerkungen zum gleichnamigen Symposium Hamburg 1991, RabelsZ 56 (1992), S. 215, 216; *Stone Sweet*, The New Lex Mercatoria and Transnational Governance, 13 Journal of European Public Policy 2006, S. 627, 633; *Calliess/Renner*, Rechtssicherheit ohne Staat? Eine empiriegestützte Theorie, in: Gosewinkel/Folke Schuppert (Hrsg.), Politische Kultur im Wandel von Staatlichkeit, 2007, S. 205, 213 ff.

⁴ *Snyder*, Private Lawmaking, 64 Ohio State Law Journal 2003, S. 371, 389 ff.; *Levit*, Bottom-up Lawmaking Through a Pluralist Lens: The ICC Banking Commission and the Transnational Regulation of Letters of Credit, 57 Emory Law Journal 2008, S. 1147, 1177.

von der ICC herausgegebenen Incoterms aus Sicht der Praxis kaum vorstellbar.⁵ Das traditionelle Bild von der staatlichen Gesetzgebung als einzig legitimem Ort der Erzeugung von Normen entspricht damit – jedenfalls für den internationalen Handel – nicht der Realität.⁶

Die Popularität nichtstaatlicher Regeln lässt sich mit dem Bedürfnis des grenzüberschreitenden Handels nach Rechtssicherheit erklären. Gerade im grenzüberschreitenden Raum wissen die Akteure anders als bei rein nationalen Transaktionen nämlich nicht ohne Weiteres, welcher nationalen Rechtsordnung ihre Transaktion unterliegt.⁷ Da die Rechtsordnungen von Staat zu Staat inhaltlich divergieren, ist in der Folge für die Parteien unklar, welche Rechte und Pflichten der jeweilige Vertrag begründet und ob selbige im Zweifel mit dem staatlichen Zwangsmechanismus durchgesetzt werden können.⁸

Das staatliche Recht, das nach traditionellem Verständnis zur bedarfsgerechten Regelung dieser Problematik originär berufen ist, hält zunächst das internationale Privatrecht und das internationale Zivilverfahrensrecht als Lösungsmechanismen für die Bewältigung dieser rechtlichen Unsicherheiten bereit. Dass hierdurch eine Lösung vollumfänglich gelingt, wird jedoch bezweifelt.⁹ Hauptkritikpunkt ist dabei die Nationalstaatlichkeit beider Rechtsgebiete. Entgegen dem Wortsinn handelt es sich beim internationalen Zivilverfahrensrecht und beim internationalen Privatrecht nämlich gerade nicht um originär internationales, sondern um autonom nationales Recht. Dies hat zur Folge, dass in Abhängigkeit vom Gerichtsstand ein und derselbe Sachverhalt einer anderen nationalstaatlichen Rechtsordnung zugewiesen werden kann.¹⁰ Schließen beispielsweise eine deutsche und eine chinesische Partei einen Vertrag, besteht die Möglichkeit, dass

⁵ Cotzee, Incoterms: Development and Legal Nature – a Brief Overview, 115 Stellenbosch Law Review 2002, S. 115, 115 f.

⁶ Michaels, The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law and the Challenge from Global Legal Pluralism, 51 Wayne Law Review 2005, S. 1209, 1211.

⁷ Rühl, Statut und Effizienz, 2011, S. 26 ff.; Stone Sweet, The New Lex Mercatoria and Transnational Governance, 13 Journal of European Public Policy 2006, S. 627, 630–631.

⁸ Schmidtchen, Territorialität des Rechts, Internationales Privatrecht und die privatautonome Regelung internationaler Sachverhalte, Grundlagen eines interdisziplinären Forschungsprogramms, RabelsZ 59 (1995), S. 56, 88 ff. Siehe zum internationalen Entscheidungseinklang Freitag, Art. 3 EGBGB, in: Heidel/Hübstege/Mansel/Ulrich (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 2016, Rn. 18 und Basedow, Lex Mercatoria und Internationales Schuldvertragsrecht – eine rechtsökonomische Skizze, in: Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag, 2006, S. 229, 237.

⁹ Siehe hierzu unter vielen nur Schmidtchen, Territorialität des Rechts, Internationales Privatrecht und die privatautonome Regelung internationaler Sachverhalte, Grundlagen eines interdisziplinären Forschungsprogramms, RabelsZ 59 (1995), S. 56, 89.

¹⁰ Rühl, Effizienzprobleme bei grenzüberschreitenden Rechtsstreitigkeiten, in: Bork/Eger/Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts, 2008, S. 335, 341–344.

im Fall einer Klage vor einem deutschen Gericht nach deutschem internationalen Privatrecht deutsches Sachrecht Anwendung findet. Ebenso gut kann aber eine Klage vor einem chinesischen Gericht dazu führen, dass chinesische Richter im Einklang mit chinesischem internationalen Privatrecht chinesisches Sachrecht zur Anwendung bringen. Trotz der Existenz von internationalem Zivilverfahrensrecht und internationalem Privatrecht wissen die Betroffenen somit immer noch nicht zweifelsfrei, welches materielle Recht auf ihren Vertrag Anwendung findet. Damit gelingt also lediglich eine Verminderung der rechtlichen Unsicherheiten, aber wohl keine gänzliche Auflösung. Eine Vereinheitlichung des internationalen Zivilverfahrensrechts und des internationalen Privatrechts wäre theoretisch eine Lösung. Jenseits der Europäischen Union ist die Vereinheitlichung dieser Rechtsgebiete auf der Grundlage völkerrechtlicher Verträge jedoch nicht weit gediehen,¹¹ wie etwa das Haager Gerichtsstandsübereinkommen von 2005¹² zeigt. Dieses Übereinkommen ist außer in der Europäischen Union lediglich in Mexiko, Singapur, Montenegro und Dänemark in Kraft getreten.¹³

Alternativ könnte sich staatliches Einheitsrecht als ein fruchtbarer Lösungsmechanismus erweisen.¹⁴ Einheitsrecht bekämpft das Problem, an dem grenzüberschreitende Transaktionen leiden, direkt an der Wurzel. Denn dort, wo es nur ein maßgebliches materielles Recht gibt, herrschen gerade nicht mehr die soeben beschriebenen rechtlichen Unsicherheiten, die durch die Rechtspluralität im grenzüberschreitenden Raum begründet sind.¹⁵ Aus diesem Grunde verwundert es auch nicht, dass die Idee der Rechtsvereinheitlichung kein neuartiges Phänomen ist, das sich erst im Zuge des Globalisierungsprozesses herausgebildet hat. Historisch betrachtet galt Rechtseinheit nämlich stets als etwas Erstrebenswertes, lediglich die Begründung für die Forderung nach Rechtseinheit ist im Laufe

¹¹ Siehe zu den problematischen Hintergründen in Bezug auf ein weltweites Zuständigkeits- und Vollstreckungsübereinkommen *Calliess, Value-added Norms, Local Litigation, and Global Enforcement: Why the Brussels-Philosophy Failed in The Hague*, 5 German Law Journal 2004, S. 1489.

¹² Der Text des Übereinkommens ist verfügbar unter <<https://www.hcch.net/de/instruments/conventions/full-text/?cid=98>>, zuletzt abgerufen am 01.12.2017.

¹³ Siehe für den Status des Übereinkommens <<https://www.hcch.net/de/instruments/conventions/status-table/?cid=98>>, zuletzt abgerufen am 31.08.2018. Gemäß Art. 26 Abs. 6 des Haager Gerichtsstandsübereinkommens hat die Brüssel-I-Verordnung Vorrang, sofern beide Vertragsparteien ihren Sitz in einem Vertragsstaat der Brüssel-I-Verordnung haben. Daher ist der Anwendungsbereich des Haager Gerichtsstandsübereinkommens bislang auf Gerichtsstandsvereinbarungen im Verhältnis eines EU-Mitgliedstaates zu einem anderen Vertragsstaat sowie der übrigen Vertragsstaaten untereinander beschränkt. Siehe hierzu *Antomo*, Aufwind für internationale Gerichtsstandsvereinbarungen – Inkrafttreten des Haager Übereinkommens, NJW 2015, S. 2919, 2920.

¹⁴ *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, Allgemeine Lehren, 1975, S. 9–10.

¹⁵ *Rühl*, Statut und Effizienz, 2011, S. 45 f.

der Jahrhunderte einem Perspektivenwechsel unterlegen. Wurden im 18. Jahrhundert im Geiste der Aufklärung noch die Vernunftrechtswidrigkeit und die mangelnde Gerechtigkeit von Rechtsvielfalt betont,¹⁶ stehen heute insbesondere ökonomische Erwägungen im Vordergrund, die Rechtseinheit im grenzüberschreitenden Handel erstrebenswert erscheinen lassen.¹⁷

Die Erfolge der völkerrechtlichen Rechtsvereinheitlichung sind allerdings als eher gering einzustufen.¹⁸ Aufgrund immenser praktischer Schwierigkeiten ist trotz der nunmehr über 100 Jahre andauernden Bestrebungen weltumspannendes internationales Einheitsrecht nur fragmentarisch und punktuell vorhanden. Ein verlässlicher Rahmen für grenzüberschreitende Transaktionen besteht für die Akteure nicht.¹⁹

I. Untersuchungsgegenstand und Erkenntnisinteresse

Vor dem Hintergrund dieser Regelungsstruktur verwundern die Beliebtheit und das Florieren dezentraler Regelsetzung kaum.²⁰ Die Vielfalt privat geschaffener Regelwerke ist in Anwendungsbereich und Regelungsumfang immens,²¹ allerdings weisen sie eine wichtige Gemeinsamkeit auf. Innerhalb ihres jeweiligen Regelungskontextes können sie die Rechtseinheit schaffen, die staatliches Einheitsrecht nicht zu erzeugen vermag.²² Ohne Beachtung nationalstaatlicher

¹⁶ *Voltaire* bezeichnete den Zustand als „étrange barbarie“, dass mit jedem Pferdewechsel an der Poststation gleichzeitig auch das Recht wechselt, zitiert nach *Kötz*, Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, *RabelsZ* 50 (1986), S. 1, 2.

¹⁷ *Kötz*, Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung – Einführende Bemerkungen zum gleichnamigen Symposium Hamburg 1991, *RabelsZ* 56 (1992), S. 215, 216; *Wool*, Economic Analysis and Harmonised Modernisation of Private Law, 8 *Uniform Law Review* 2003, S. 389, 389 ff.

¹⁸ *Calliess*, The Making of Transnational Law, 14 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2007, S. 469, 474; siehe auch *von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band 1, 2003, S. 52–66, die zunächst eine Übersicht über die internationalen Abkommen der Privatrechtsvereinheitlichung geben und sodann konstatieren, dass „keines [...] zu einer weltweiten Privatrechtsvereinheitlichung auf dem jeweiligen Sachgebiet geführt hat“, ebenda, S. 60.

¹⁹ *Berger*, Einheitliche Rechtsstrukturen durch außergesetzliche Rechtsvereinheitlichung, *JZ* 1999, S. 369, 372 f.

²⁰ *Hadfield*, Privatizing Commercial Law, *Regulation Magazin* 2001, S. 40, 45.

²¹ Siehe für eine Übersicht *de Ly*, Uniform Contract Law and International Self-Regulation, in: *Basedow/Ferrari/Posch/Schnyder/Schulze* (Hrsg.), *The Unification of International Commercial Law*, 1998, S. 59, 61 ff.; *Köndgen*, Privatisierung des Rechts – Private Governance zwischen Deregulierung und Rekonstitutionalisierung, *AcP* 206 (2006), S. 477, 479 ff.

²² Zur Schaffung von Rechtseinheit durch „paralegales Recht“ siehe *Mertens*, Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff, *RabelsZ* 56 (1992), S. 219, 226 ff.

Grenzen, an denen ein jedes staatliches Recht naturgemäß endet, finden private Regelwerke weltweit Anwendung und sind auf grenzüberschreitende Verträge zugeschnitten.²³ Gerade durch diese Einheitlichkeit sind sie in der Lage, dem Handel auf Ebene der Rechtsregeln ein hohes Maß an Vorhersehbarkeit, Kalkulierbarkeit und damit Rechtssicherheit zu bieten.²⁴ Sind private Ordnungsmuster also darauf gerichtet, die Rechtseinheit, die konzeptionell staatliches Einheitsrecht erzeugen sollte, herzustellen, so handelt es sich um funktionale Äquivalente. Privat geschaffene Ordnungen mit dem Ziel der Schaffung von Rechtssicherheit für den grenzüberschreitenden Handel durch Rechtsvereinheitlichung sollen daher im Folgenden als „privates Einheitsrecht“ verstanden werden²⁵ und bilden den Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit.

Das Vorhandensein solcher funktionaler Äquivalente zum staatlichen Einheitsrecht nimmt die Arbeit zum Anlass, die faktischen Funktionsbedingungen privaten Einheitsrechts zu analysieren. Die Funktionsweise privaten Einheitsrechts ist nämlich von bestimmten Voraussetzungen abhängig. So offenbart sich hier im Sinne von *Teubner* einer der seltenen Fälle, „in denen die Rechtspraxis direkt von der Rechtstheorie abhängt“.²⁶ Regelwerke, die von privaten Institutionen als quasi-Gesetzgeber erzeugt, von der Praxis als autoritativ beachtet und im theoretischen Diskurs sogar als Recht bezeichnet werden, stellen das staatliche Rechtssystem vor nahezu unüberbrückbare Hindernisse. Seit der Entstehung des Nationalstaates sind der Begriff und die Geltung des Rechts unmittelbar mit dem Staat verknüpft.²⁷ Diese positivistische Selbstbeschreibung des Rechts wird im Rahmen des staatlichen Rechtsanerkennungsmonopols realisiert, indem auch nur staatliches Recht als solches anerkannt werden kann.²⁸ Die „Armut der traditio-

²³ *Berger*, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, 1999, S. 27 f.; *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, 2010, S. 40 ff.

²⁴ *Mertens*, *Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff*, *RabelsZ* 56 (1992), S. 219, 225 f.

²⁵ *Mertens* und *Kötz* sprechen hier von nichtlegislatorischer Rechtsvereinheitlichung, vgl. *Mertens*, *Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff*, *RabelsZ* 56 (1992), S. 219; *Kötz*, *Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung – Einführende Bemerkungen zum gleichnamigen Symposium Hamburg 1991*, *RabelsZ* 56 (1992), S. 215, S. 217.

²⁶ So formuliert *Teubner*, dass es sich bei der *Lex Mercatoria* um einen der seltenen Fälle handelt, „where legal practice directly depends on legal theory“, vgl. *Teubner*, *Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of lex mercatoria*, *45 American Journal of Comparative Law* 1997, S. 149, 150.

²⁷ *Jansen*, *The Making of Legal Authority*, 2010, S. 2; *Stone Sweet*, *The New Lex Mercatoria and Transnational Governance*, *13 Journal of European Public Policy* 2006, S. 627, 630 ff.

²⁸ *Michaels*, *The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law and the Challenge from Global Legal Pluralism*, *51 Wayne Law Review* 2005, S. 1209, 1227 ff.; *Köndgen*, *Privatisierung des Rechts – Private Governance zwischen Deregulierung und Rekonstitutiona-*

nellen Rechtsquellenlehre²⁹ macht eine Anerkennung privater Normen auf Augenhöhe als „privates Recht“³⁰ unmöglich.³¹

Dies impliziert nicht nur theoretische Kollisionen zwischen privat generierten Normen und dem staatlichen Rechtssystem,³² sondern hat zugleich gravierende praktische Folgen für die Funktionsfähigkeit privaten Einheitsrechts. Aufgrund der fehlenden Anerkennung als Recht wird privates Einheitsrecht hierarchisch in die zur Verfügung stehenden dogmatischen Kategorien eingeordnet und unterliegt so nahezu unbegrenzt den Kontrollmechanismen des staatlichen Rechts. Die Erzeugung von Rechtseinheit durch privates Einheitsrecht scheint in der Folge mehr als zweifelhaft, wenn die Anwendung vor staatlichen Gerichten dazu führt, dass dessen Normen beispielsweise aufgrund einer AGB-Kontrolle für unwirksam erklärt werden.³³ Ähnlich problematisch wäre es, wenn vor staatlichen Gerichten der originär internationale Charakter der privaten Normen verkannt wird und eine Auslegung anhand nationaler Standards stattfindet.³⁴

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es daher, zunächst die dogmatischen Wechselwirkungen zwischen privatem Einheitsrecht und dem staatlichen Rechtssystem zu untersuchen, um dieses Gefahrenpotenzial näher aufzuschlüsseln. Die Analyse der faktischen Funktionsbedingungen privaten Einheitsrechts soll aber noch weiter gehen. Aus einer rechtssoziologisch inspirierten Beobachterperspektive stellt sich in der Folge die Frage, welche Auswirkungen dieser Konflikt zwischen

lisierung, AcP 206 (2006), S. 477, 477, 519, 523; *Ossenbühl*, § 28 Rechtsquellen, in: Kube/Mellinghoff/Morgenthaler/Palm/Puhl/Seiler (Hrsg.), Festschrift für Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, S. 311, 318 ff.; *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 214 f.; *von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band 1, 2003, S. 76 ff.

²⁹ *Köndgen*, Privatisierung des Rechts – Private Governance zwischen Deregulierung und Rekonstitutionalisierung, AcP 206 (2006), S. 477, 516.

³⁰ Siehe hierzu die Beiträge in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012.

³¹ *Michaels*, The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law and the Challenge from Global Legal Pluralism, 51 Wayne Law Review 2005, S. 1209, 1227 ff.

³² *Grundmann*, Lex Mercatoria und Rechtsquellenlehre, in: Jickeli (Hrsg.), Europäisches Privatrecht, Unternehmensrecht, Informationspflichten im Zivilrecht, 1991, S. 43, 43 ff.; *Calliess/Zumbansen*, Rough Consensus and Running Code – A Theory of Transnational Private Law, 2010, S. 118 ff., definieren *legislation* als einen von vielen Governance-Mechanismen, die sowohl staatlicher, privater oder hybrider Natur sein können; *Michaels*, The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law and the Challenge from Global Legal Pluralism, 51 Wayne Law Review 2005, S. 1209, 1211; *Köndgen*, Privatisierung des Rechts – Private Governance zwischen Deregulierung und Rekonstitutionalisierung, AcP 206 (2006), S. 477, 516 ff.

³³ *Collins*, Regulatory Competition in International Trade: Transnational Regulation Through Standard Form Contracts, in: Eidenmüller (Hrsg.), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution, 2013, S. 121, 139.

³⁴ Dies identifiziert *de Ly* als ein Problem, siehe hierzu *de Ly*, Uniform Contract Law and International Self-Regulation, in: Basedow/Ferrari/Posch/Schnyder/Schulze (Hrsg.), The Unification of International Commercial Law, 1998, S. 59, 80 f.

staatlichen und privaten Rechtsregimen in der Praxis tatsächlich hat. In der Praxis müssen Mechanismen und Praktiken existieren, wie staatliches Recht pragmatisch mit privaten Regelwerken umgeht.³⁵ Bestenfalls müssten privat erzeugte Regelwerke ohne Beachtung des Ursprungs in der Praxis ähnlich angewendet werden wie staatliches Recht. Reflexiv könnten die privaten Regelsetzer die Spruchpraxis und die Art und Weise der Anwendung privater Regelwerke berücksichtigen, um so die Geltungschancen des Regelwerks zu erhöhen. Dies könnte eine wechselseitige Rücksichtnahme und Beobachtung zwischen staatlichem Recht und privatem Einheitsrecht konstituieren, welche geeignet erscheinen, die traditionelle Dichotomie zu bewahren, aber gleichzeitig privatem Einheitsrecht zur vollen Wirksamkeit zu verhelfen.³⁶

Insgesamt unternimmt die Arbeit damit einen Versuch, zur Debatte um das Verhältnis zwischen staatlichem Recht und privat erzeugten Normen beizutragen, wobei aber eher eine funktional-rechtssoziologische als eine normativ-geltungstheoretische Perspektive eingenommen wird. Es geht darum, die bestehenden dogmatischen und staatstheoretischen Konzepte als Faktum hinzunehmen und innerhalb des geltenden Rechts nach den faktischen Wirksamkeitsbedingungen privaten Einheitsrechts zu fragen.

Gleichwohl müssen sich an die Untersuchung Fragen nach den Auswirkungen einer solchen Praxis auf die Rechtsdogmatik anschließen. Denn selbst wenn sich in der Praxis informelle Mechanismen des pragmatischen Umgangs mit privaten Regelwerken herausbilden, dann wäre es originäre Aufgabe der Rechtsdogmatik, dies durch notwendige Anpassungen wieder einzufangen. Der Arbeit liegen somit folgende Thesen zugrunde:

³⁵ *Schanze*, Linking extra-legal codes to law: the role of international standards and other off-the-rack regimes, in: Calliess/Zumbansen (Hrsg.), *Law, Economics and Evolutionary Theory*, 2011, S. 335, 336 ff., spricht insoweit von Inklusionsnormen; *Mertens*, Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff, *RabelsZ* 56 (1992), S. 219, 224, bezeichnet diese Mechanismen als „Rezeption“; *Teubner*, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, 63 *ZaöRV* 2003, S. 1, bezeichnet dies als „Selbsterzeugungsregeln des Rechts“; siehe hierzu auch *Köndgen*, Privatisierung des Rechts – Private Governance zwischen Deregulierung und Rekonstitutionalisierung, *AcP* 206 (2006), S. 477, 519 in der Fußnote 194, der insoweit von Inklusionsnormen und -mechanismen spricht und den Unterschied zwischen Inklusion und Rezeption darin sieht, dass in *Mertens*' Konzept der Rezeption immer noch ein hierarchisches Verhältnis zwischen dem Staat als Rezipienten und den privat gesetzten Regeln besteht, wohingegen Inklusion auch „koordinierte und kooperative Regelbildung“ umfasst.

³⁶ Siehe hierzu auch *Wielsch*, Global Law's Toolbox: How Standards Form Contracts, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, 2013, S. 71, 98.

1. In der Theorie ist staatliches Einheitsrecht zwar in der Lage, durch grenzüberschreitende Rechtsvereinheitlichung die durch die Pluralität und Territorialität des Rechts begründeten Unsicherheiten für den grenzüberschreitenden Handel zu kompensieren. In der Praxis verhindern jedoch strukturelle Probleme, beispielsweise bei der Produktion und Anwendung von Einheitsrecht, den erstrebten Vereinheitlichungserfolg.

2. Neben staatlichem Einheitsrecht existiert auch privates Einheitsrecht, welches eine Vereinheitlichungsfunktion funktional äquivalent erfüllen kann, wenn es vom staatlichen Recht so rezipiert wird, dass die Autonomie privaten Einheitsrechts und damit dessen Funktionalität weitestgehend bestehen bleibt. Die rechtsdogmatische Einhegung privater Regelwerke in das staatliche Rechtssystem beinhaltet aber ein Gefahrenpotenzial für die Funktionsfähigkeit privaten Einheitsrechts.

3. In der Praxis scheinen aber Mechanismen zu existieren, die es trotz dieses Gefahrenpotenzials ermöglichen, dass private Regelwerke ihre vereinheitlichende Funktion erfüllen können.

4. Durch notwendige Anpassungen der Rechtsdogmatik kann die Rechtswissenschaft dazu beitragen, dass eine solche Spruchpraxis der Gerichte normativ verankert werden kann und ihr ein Rahmen zur Verfestigung und Weiterentwicklung gegeben wird. Für die Akteure erhöht sich hierdurch die Rechtssicherheit und private Regelwerke können einen verlässlichen Bestandteil der globalen Regelungsstruktur bilden.

II. Begriffe und Abgrenzung

1. Internationales Einheitsrecht und privates Einheitsrecht

Grundsätzlich baut die vorliegende Arbeit auf einer Unterscheidung zwischen privatem Einheitsrecht und staatlichem Einheitsrecht auf. Allerdings verschwimmen gerade im internationalen Handel die Grenzen zwischen „staatlich“ und „privat“ wie in keinem anderen Rechtsgebiet: Staatliches Recht wird vor privaten Schiedsgerichten angewendet und fortgebildet. Private Normen werden Entscheidungsgrundlage vor staatlichen Gerichten. Eine Verschmelzung von staatlich und privat scheint die notwendige Folge zu sein und eine genaue Trennung erscheint als überaus schwierig.³⁷

Gleichwohl liegt das Erkenntnisinteresse gerade in dieser Unterscheidung, was eine nähere Definition notwendig macht. Um eine analytische Trennschärfe zu gewährleisten, stellt die Arbeit im Folgenden für die Qualifizierung „staatlich“ und „privat“ auf den Ort der Rechtserzeugung ab. Im Ausgangspunkt liegt der Arbeit damit eine positivistische Beschreibung des Rechts zugrunde.³⁸

³⁷ Siehe generell zur diffizilen Unterscheidung von Staat und Gesellschaft *Rupp*, § 31 Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, 2004, Rn. 29 ff.; siehe für eine Darstellung und Analyse dieser Verflechtungen auf dem Gebiet des Seehandelsrechts *Maurer*, *Lex Maritima – Grundzüge eines transnationalen Seehandelsrechts*, 2012.

³⁸ *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, S. 31 ff.

Werden die Normen durch Organe erzeugt, die unmittelbar (Nationalstaaten) oder mittelbar (internationale Organisationen) demokratisch legitimiert sind, so sind sie als staatlich zu qualifizieren. Fehlt ihnen hingegen dieses Moment der autoritativen Gesetztheit, werden sie der privaten Sphäre zugerechnet,³⁹ selbst wenn im Nachhinein ein staatlicher Anerkennungsakt erfolgt.

Unter Zugrundelegung dieser Abgrenzung werden auch die Begriffe des internationalen Einheitsrechts im Gegensatz zum privaten Einheitsrecht definiert.

Grundsätzlich soll dem Begriff des internationalen Einheitsrechts die traditionelle Definition von *Kropholler* zugrunde gelegt werden. Internationales Einheitsrecht bezeichnet damit

„die Gesamtheit derjenigen privatrechtlichen Rechtssätze, die in wenigstens zwei Staaten gleichlautend gelten und ihrem Sinn und Zweck nach auch so gelten sollen“.⁴⁰

Mit *Gruber* ist zu dieser Definition noch hinzuzufügen, dass die international einheitliche Geltung der Rechtssätze auf einer rechtlichen Bindung der beteiligten Staaten beruhen muss.⁴¹

Damit knüpft die traditionelle Doktrin den Begriff des Einheitsrechts an einen Vereinheitlichungswillen (*animus unificandi*)⁴² solcher Organe an, die die Kompetenz zur Rechtsvereinheitlichung haben. Dies sind seit dem 19. Jahrhundert Nationalstaaten als zentrale Regelsetzer oder supranationale oder internationale Organisationen.⁴³ Internationales Einheitsrecht im klassischen Sinne ist damit grundsätzlich das Ergebnis völkerrechtlicher Bestrebungen, die das Ziel verfolgen, international einheitliche Regeln zu erzeugen.⁴⁴ Privates Einheitsrecht hingegen wurde gerade nicht durch ein Organ mit hoheitlicher Kompetenz zur Rechtsvereinheitlichung erzeugt.

Durch den Anknüpfungspunkt an den Ursprung der Regulierung ermöglicht die traditionelle Definition der vorliegenden Arbeit eine klare Grenzziehung zwischen staatlichen Mechanismen der Rechtsvereinheitlichung und privatem Einheitsrecht.

Inhaltlich lassen sich nach dem Grad der bezweckten Vereinheitlichung zudem unterschiedliche Erscheinungsformen des Einheitsrechts ausmachen, die sowohl bei staatlichem als auch privatem Einheitsrecht auftreten können, aber

³⁹ Ebd., S. 34 ff.

⁴⁰ *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, Allgemeine Lehren, 1975, S. 1.

⁴¹ *Gruber*, Methoden des internationalen Einheitsrechts, 2004, S. 14, 20 ff.

⁴² *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, Allgemeine Lehren, 1975, S. 1; *de Ly*, Uniform Contract Law and International Self-Regulation, in: Basedow/Ferrari/Posch/Schnyder/Schulze (Hrsg.), The Unification of International Commercial Law, 1998, S. 59, 59.

⁴³ *Rühl*, Statut und Effizienz, 2011, S. 45.

⁴⁴ *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, Allgemeine Lehren, 1975, S. 1; *Gruber*, Methoden des internationalen Einheitsrechts, 2004, S. 20 ff.

nicht alle Gegenstand der vorliegenden Arbeit sind. Strenges oder echtes Einheitsrecht bezeichnet zunächst einen solchen Regelungszustand, bei dem sowohl internationale als auch nationale Sachverhalte einheitlich geregelt werden.⁴⁵ Im Gegensatz dazu knüpft die zweite Form des weiten oder unechten Einheitsrechts an die Tradition des römischen *ius gentium* oder des englischen *law merchant* an, indem es lediglich für internationale Sachverhalte eine einheitliche Lösung regelt und damit die Regelung nationaler Sachverhalte weiterhin dem nationalen Recht überlässt.⁴⁶ Prominentes Beispiel für staatliches unechtes Einheitsrecht ist das UN-Kaufrecht, welches durch seinen Anwendungsbereich nach Art. 1 Abs. 1 UN-Kaufrecht nur auf internationale Sachverhalte Anwendung findet.⁴⁷ Ein Beispiel für unechtes privates Einheitsrecht ist die neue Fassung der Incoterms 2010, die ausweislich der Kommentierung nicht mehr nur für internationale, sondern auch für nationale Transaktionen Anwendung finden können.⁴⁸

In Abgrenzung zur Rechtsvereinheitlichung unterscheiden sich verwandte Mechanismen wie die Rechtsharmonisierung dadurch, dass hier nicht das Ziel verfolgt wird, Unterschiede in den Regelungen gänzlich abzuschaffen, sondern diese durch Sachrechtsangleichung nur zu reduzieren.⁴⁹ Durch die Rechtsangleichung treten Rechtsakte nicht an die Stelle nationaler Regelungen, sondern machen lediglich Vorgaben für deren Ausgestaltung.⁵⁰ Anschaulich wird dies am Beispiel einer Richtlinie der Europäischen Union, die zwar gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV hinsichtlich des zu erreichenden Ziels für die adressierten Mitgliedstaaten verbindlich ist, jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel überlässt.⁵¹ Ebenso führen neuere Harmonisierungsmetho-

⁴⁵ *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, Allgemeine Lehren, 1975, S. 1–6; *Twigg-Flesner*, Some Thoughts on the Harmonisation of Commercial Law and the Impact on Cross-Border Transactions, in: *Twigg-Flesner/Villalta Puig* (Hrsg.), *The Boundaries of Commercial and Trade Law*, 2011, S. 103, 104.

⁴⁶ *Rühl*, *Statut und Effizienz*, 2011, S. 47.

⁴⁷ Ein weiteres Beispiel für diesen Ansatz ist das Montrealer Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 28. Mai 1999, welches nach Art. 1 des Übereinkommens eine internationale Beförderung voraussetzt. Siehe hierzu den Text des Übereinkommens auf <http://www.icao.de/>, zuletzt abgerufen am 01.12.2017; *Twigg-Flesner*, Some Thoughts on the Harmonisation of Commercial Law and the Impact on Cross-Border Transactions, in: *Twigg-Flesner/Villalta Puig* (Hrsg.), *The Boundaries of Commercial and Trade Law*, 2011, S. 103, 104.

⁴⁸ Siehe hierzu die Einleitung der Incoterms 2010, abgedruckt bei *von Bernstorff*, *Incoterms 2010 der Internationalen Handelskammer (ICC) – Kommentierung für die Praxis inklusive offiziellem Regelwerk*, 2017, S. 187 ff.

⁴⁹ *Ferrari*, *Einheitsrecht*, in: *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hrsg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, 2011, S. 376 ff.

⁵⁰ *Rühl*, *Statut und Effizienz*, 2011, S. 47.

⁵¹ *Ebd.*, S. 47.

Stichwortverzeichnis

Die Zahlen beziehen sich auf die Seitenzahlen. Die Seitenzahl ist kursiv gedruckt, wenn sich das Stichwort in einer Fußnote befindet.

- AGB-Kontrolle 6, 109 f., 113, 167, 171, 194, 256
Allgemeine Geschäftsbedingungen 107 ff., 115, 124 f., 146, 166, 168 f., 236, 239, 256
boilerplate clauses 117
Brüssel I-Verordnung 3, 21, 28 f., 153 f., 155 f.
Brüssel Ia-Verordnung 23 f., 28 f., 153, 155 f.
CISG, *siehe* UN-Kaufrecht
codified usage 122
commercial letter of credit,
siehe Dokumentenakkreditiv
contractual terms 116, 123, 176
customary law 116, 120, 123

default rules 117
Delaware effect 65
Dokumentenakkreditiv 156 ff.

einfach zwingende Normen 30, 95, 108 f., 113, 115 ff., 171 f., 194 f., 200, 203 ff., 214, 217 f., 246 ff., 258
Eingriffsnorm 25, 30, 36, 95 f.
Einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditiv, *siehe* ERA
ERA 1, 128, 156 ff., 192 f., 198, 200, 203 ff., 212, 214 ff., 225, 236 ff., 249 f., 256, 259
Erfüllungsort 153 f.
EuGVVO, *siehe* Brüssel I-Verordnung
exclusionary rule 197, 201 f.
express terms 117, 176 f., 222

forum shopping 22 ff., 43
fraud 179 f.

Gerichtsstandsvereinbarungen
– Begriff 3, 22, 29
– halbseitige ausschließliche 28 f.
Gewohnheitsrecht 102, 105, 107, 113 ff., 118, 123 f., 139, 144, 149, 166, 176, 236 ff., 243, 256
Governance-Mechanismen 6, 88, 90 ff., 200 f.
grenzüberschreitender Handel 12, 76

Haager Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen 3
Haager Prinzipien für die Rechtswahl in internationalen Handelsverträgen 98 f., 248
Handelsbrauch 105, 107, 111 ff., 123 f., 131, 138 f., 142, 144 ff., 154, 156, 166 f., 176, 204, 236, 239, 243, 256
Handelsgewohnheitsrecht 46, 113 ff., 124, 256
Handelsklausel 131 ff., 138, 140 ff., 145, 147 f., 151 f., 206, 236

ICC, *siehe* Internationale Handelskammer
illegality-Einwand 175, 180 f.
implied terms 117, 119, 122, 150
incorporation by reference 117, 167, 193
Incoterms 2, 10, 128, 131 ff., 192 f., 198, 200, 203 ff., 212, 217 f., 236 ff., 245, 256, 259
International Commercial Terms, *siehe* Incoterms

- International Institute for the Unification of Private Law, *siehe* UNIDROIT
- international zwingende Normen, *siehe* Eingriffsnormen
- Internationale Handelskammer 1 f., 75, 81 f., 131 ff., 137, 143, 156 f., 164 f., 170, 188, 212, 215 f., 221, 238 f., 248
- internationaler Entscheidungseinklang 2, 20 ff., 42 f., 124
- internationales Einheitsrecht 4, 8 f., 41 ff., 66, 84, 194
- internationales Privatrecht 2 f., 12, 42 ff., 76, 93, 95 ff., 119 ff.
- internationales Zivilverfahrensrecht 2 f. 12, 19 ff., 42 ff., 76
- law merchant* 10, 82, 102 f.
- legal pluralism*, *siehe* Rechtspluralismus
- letter of credit*, *siehe* Dokumentenakkreditiv
- lex mercatoria* 5, 82 ff., 92, 97, 102 ff., 190, 199, 247
- transnationales Recht 83 f., 241
- lock-in*-Effekt 73, 75, 77, 245
- mandatory law* 201
- materiellrechtliche Verweisung 108, 193
- Netzwerkeffekte 69 ff.
- New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1959 90
- nullity*-Einwand 118, 180, 225
- ordre public* 95 f., 123, 246, 250 ff., 258
- Parteiautonomie
– Begriff 26 ff., 95
– Grenzen 27 ff., 95 ff.
- PICC 129, 184 ff.
- Privatautonomie 27, 95, 105, 107 ff.
- privates Einheitsrecht, Definition 243 ff., 251, 258
- Privatisierung 80 ff., 235 ff.
- race to the bottom* 63, 65
- race to the top* 63, 65, 74
- Rechtsbegriff 98 ff., 241 f.
- Rechtsdogmatik
– Begriff 228 ff.
– Funktion 231 ff.
- Rechtsharmonisierung 10 f.
- Rechtspluralismus 88, 241 f.
- Rechtssicherheit 2, 5, 8, 11 ff., 15 ff., 41 ff., 86 ff., 127, 222 ff., 227
- Rechtsvereinheitlichung
– Kollisionsrechtsvereinheitlichung 42 ff.
– Sachrechtsvereinheitlichung 10, 42 ff., 84
- Rechtswahl 26, 29 ff., 36, 69, 94 ff., 108, 138, 190, 193 f., 199 ff., 203, 246 ff.
- Rom I-Verordnung 24, 30, 97 f., 138, 193 f., 243, 247
- Schiedsgerichtsbarkeit 8, 89, 91 f., 99, 104, 199, 202
- standard terms* 116 f., 123, 177 f., 194, 204
- trade terms* 132 f., 139, 144, 151 f., 207
- trade usage* 116, 121 ff.
- Transaktionskostentheorie 33 ff.
- UCP, *siehe* ERA
- UNIDROIT 47, 50, 54, 55, 58, 75, 129, 184 ff., 259
- UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, *siehe* PICC
- Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, *siehe* ERA
- UN-Kaufrecht 51 f., 55 ff., 72, 139, 186, 188, 194, 201, 240, 259
- Versteinerung 58, 73 f., 77, 85, 258
- Vertragsklausel 107 ff., 115 f., 123 f., 149, 152, 184, 239, 243, 256
- Wettbewerb der Rechtsordnungen 13, 61 ff., 85, 210, 212 f., 245, 255
- Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, *siehe* UN-Kaufrecht