

Law made in Germany – einige Überlegungen zu einer verpassten Chance

Meine Damen und Herren, Sie haben mich darum gebeten, Ihnen heute Abend einige Gedanken zu dem weit gespannten Thema zu unterbreiten, welches sich um das Leitwort „Law made in Germany“ rankt. Wie Sie wissen, ist kürzlich die zweite Auflage dieser Broschüre mit diesem Titel erschienen. Man könnte daher meinen, dass dieses Unterfangen in jeder Hinsicht ein beträchtlicher Erfolg ist. Doch ich bin, wie der Untertitel meines Vortrags zeigt, ein wenig skeptisch.

1. Der Beginn der Initiative

Doch um nicht sozusagen das Kind mit dem Bade auszuschütten, scheint es angezeigt, sich zunächst auf den Beginn dieser Initiative zu besinnen. Denn was in der Rechtsgeschichte der Republik wohl noch nicht allzu oft vorgekommen ist, stand am Anfang dieses Bemühens eine gemeinsame Aktion, an der die Richter- und die Anwaltschaft, aber vor allem auch, was gerade heute Abend hervorzuheben ist, die Bundesnotarkammer und der Deutsche Notarverein tatkräftig beteiligt waren. Daraus entstand im Jahr 2008 zusammen mit dem Bundesjustizminister das „Bündnis für das Recht“.

Besonders hervorzuheben ist, dass sich jetzt im Rahmen der zweiten Auflage dieser Broschüre auch der Deutsche Industrie- und Handelskammertag an dieser Initiative beteiligt hat. Denn damit hat das „Bündnis für das Recht“, was für ihr Gelingen ganz und gar unverzichtbar ist und in der Öffentlichkeit eine wesentlich prägendere Wahrnehmung nach sich zieht, auch die offizielle Unterstützung eines wichtigen Teils der deutschen Wirtschaft erhalten.

All das ist, wie ohne Umschweife festzustellen ist, auch der praktisch-politischen Bedeutung dieses Themas angemessen. Denn Es geht um den Wettbewerb der Rechtsordnungen im Rahmen einer sich ungebrochen fortsetzenden Globalisierung.¹

An der Wiege dieser Initiative stand die von der von der englischen Law Society for England and Wales im Oktober 2007 herausgegebene Broschüre „The Jurisdiction of Choice“.² Darin werden die angeblichen oder doch auch sicherlich realen Vorteile des englischen Rechts dargestellt. Streitigkeiten, so wird betont, sollen vor den Gerichten oder auch den Schiedsgerichten in London ausgetragen werden; denn dort haben Richter, Anwälte und auch Schiedsrichter die erforderliche Erfahrung in der Erledigung internationaler Streitigkeiten. Natürlich sollen die zugrunde liegenden Verträge sollen natürlich auch dem englischen Recht unterliegen. Die Darstellung ist von bestechender Brillanz, und es ist sicher, dass die dort getroffenen Aussagen ihre Wirkungen in Osteuropa, aber auch in Asien nicht verfehlen werden.³

Doch auch nur ein kurzer Streifblick in diese Broschüre belegt, dass die englischen Anwälte, nachdem sie den europäischen Anwaltsmarkt schon weithin erobert haben, dem kontinentalen, aber auch jedem anderen Recht mit ihrer Alleinstellungswerbung den Kampf

¹ Hierzu auch Callies/Hoffmann BRAK-Mitteilungen 2010, 247ff.

² Hierzu im Einzelnen Triebel AnwBl. 2008, 305ff.

³ Triebel AnwBl. 2008, 305.

angesagt haben.⁴ Dabei geht es gar nicht darum aufzuzeigen, dass die Broschüre „The Jurisdiction of Choice“ auch gravierende sachliche Fehler enthält.⁵ Viel entscheidender war und ist es, die in dieser Broschüre enthaltenen Äußerungen als eine Kampfansage zu bewerten, die nicht unwidersprochen bleiben sollte. Denn es geht darum, dem angelsächsischen Recht die Vorzüge des deutschen, aber auch die des kontinentalen Rechts entgegenzusetzen, selbstbewusst und auch aggressiv die Vorteile dieser Rechtsordnung gegenüber der angelsächsischen herauszustellen.

Genau das war die Grundidee, die hinter der Kampagne „Law made in Germany“ – und damit auch der Initiative „Bündnis für das Recht“ - steht. Im Jahr 2010 wurde diese Kampagne dann allerdings zusammen mit der französischen „Fondation pour le Droit Continental“ erweitert; das Ergebnis war die mehrsprachige Broschüre „Le droit Continental“, welche dann im Februar 2011 in Berlin der Öffentlichkeit vorgestellt wurde.⁶ Dahinter steht und stand das Bemühen, diesen Kampf der Rechts- und auch damit der Wirtschaftsordnungen nicht als eine zweiseitige deutsch-britische Kontroverse aufzuziehen, sondern den Gedanken von „Law made in Germany“ mit einem bedeutenden kontinentaleren Akzent zu versehen.

Denn auch die französische Wirtschaft – und damit auch deren Richterschaft und die Anwälte – leiden nicht weniger unter der Dominanz des Englischen als die deutsche. Das gilt vor allem für die mittelständische Industrie. Kaum noch ein internationaler Vertrag ist zu finden, der nicht in einem mehr oder weniger schlechten Englisch abgefasst ist. Englisch ist eben die lingua franca des internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehrs geworden. Auch die Systematik der Verträge – gleichgültig, ob es sich um einen M&A-Vertrag, um einen Zuliefervertrag, einen Lizenz- oder einen Kooperationsvertrag handelt – ist inzwischen nahezu immer nach dem englischen System aufgebaut: Definitionen am Anfang und ein umfangreicher, alle oder doch nahezu alle Details regelnder Vertrag am Ende. Kurze Verträge, wie sie für das deutsche Recht empfohlen werden, weil ja die Lücken des Vertrags durch dispositives Recht gefüllt werden, findet man im internationalen Geschäftsverkehr so gut wie nicht mehr.

Dass demgegenüber das europäische Recht, soweit es sich denn als Privatrecht oder – besser gesagt – in seiner Form als Gemeinschaftsprivatrecht - darstellt, im Kern dem Verbraucherschutz zugewiesen ist, nicht aber den unternehmerischen Verkehr adressiert, sei der Vollständigkeit halber hervorgehoben. Das führt ganz zwangsläufig zu erheblichen Friktionen, wie auch am Beispiel des deutschen Privatrechts unter dem Eindruck einiger in jüngster Zeit ergangenen Entscheidungen des EuGH⁷ zu besichtigen. Es gibt dort kaum noch Bestimmungen, welche allein für den Vertragsabschluss eines Kaufmanns vorgesehen sind, sieht man einmal von den Rudimenten ab, welche in den §§ 346 ff. HGB verankert sind. Vielmehr zeichnet sich das BGB – vor allem die Vorschriften über Kauf-, Werk- und Mietvertragsrecht – dadurch aus, dass sie gleichermaßen für den Verbraucher wie für den Kaufmann gelten. Nur die Regeln über den Verbrauchsgüterkauf nach den §§ 474ff. BGB machen hiervon eine recht kurzatmige Ausnahme, erfassen aber dann im Rahmen des Lieferregresses der §§ 478, 479 BGB die gesamte Veräußerungskette, wenn und soweit es sich im Ergebnis um die Lieferung einer neu hergestellten Sache für den Verbraucher handelte.

⁴ Triebel AnwBl. 2008, 305.

⁵ Triebel a.a.O. (Fn. 1).

⁶ Broschüre zu finden unter „Fondation pour le Droit Continental“.

⁷ EuGH NJW 2008, 1433 - Quelle; EuGH NJW 2011, 2269 – Gebr. Weber.

2. Der Kampf der Rechtsordnungen

Im Hintergrund der Kampagne „Law made in Germany“ steht indessen der Gedanke, dass sich heute – auch und vor allem im Kontext mit der immer dichter werdenden Europäisierung und auch der Globalisierung des Rechts – ein Kampf der Rechtsordnungen abzeichnet. Unmittelbar einleuchtend ist dieser Gedanke, weil – wie jedermann weiß - jede Kommune darum wirbt, dass sie die vorteilhaftesten, weil angeblich unbürokratischen Verwaltungsregeln für die anzusiedelnden neuen Gewerbebetriebe anbietet. Ein liberales, ein quasi unbürokratisches Recht ist in dieser Sicht ein Standortvorteil, der ausgespielt und wahrgenommen werden will. Das gilt vor allem auch im Blick auf die jeweils mehr oder weniger attraktiv ausgestaltete Gewerbesteuer.

Nimmt man auf der Ebene des Nationalstaats das Steuerrecht, aber auch das Sozial- und Arbeitsrecht, das Vertrags- und das allgemeine Wirtschaftsrecht, einschließlich des Verwaltungsrechts hinzu, dann wird deutlich, dass diese Aussage – dies aber ist eine Wertung *via facti* - von der Vorzugswürdigkeit einer liberalen Rechtsordnung auch im internationalen Maßstab gilt. Geht man noch einen Schritt weiter und stellt auch die Frage, ob denn in dem betreffenden Land auch eine verlässliche oder nur eine mehr oder weniger korrupte Gerichtsbarkeit und Verwaltung „herrscht“,⁸ dann hat man einen weiteren Parameter.

Am Ende kann man dann – und das tut ja bekanntlich die Weltbank – ein „ranking“ der einzelnen Rechtsordnungen in dem jährlich publizierten „Doing Business Report“ festlegen, wobei freilich der Blickwinkel sehr stark auf die Förderung ausländischer Investitionsvorhaben gerichtet ist, was jedoch im Blick auf eine wünschenswerte Objektivität kritisch zu sehen ist.⁹ Bekanntlich nimmt die Bundesrepublik in diesem „Report“ nur den 19. Platz ein,¹⁰ an erster Stelle stehen Singapur, Hongkong, Neu Seeland und die USA. Bereits ein erster Blick auf dieses „ranking“ lässt eine gewisse Vorliebe der Verfasser für das anglo-amerikanische Rechtssystem erkennen. Ob sie gerechtfertigt ist, kann hier nicht näher untersucht werden.

2.1 Vorzüge des deutschen Rechts

Die Broschüre „Law made in Germany“ sieht – und das gilt es jetzt auszubreiten - die Vorzüge des deutschen Rechts darin, dass es zum einen „global“, zum anderen „rechtssicher“ und auch „vorhersehbar“ ist, was bereits im Vorwort der Justizministerin betont wird.¹¹ In diesen Attributen wird sozusagen ein „Qualitätssiegel“ des deutschen Rechts und damit auch ein „Wettbewerbsvorteil“ gesehen.¹²

Malt man mit kräftigen Farben – und das war und ist Sinn und Zweck der Campagne „Law made in Germany“ – dann wird man als kontinental geprägter Jurist allemal die Vorzüge des deutschen Rechts in seiner Kodifikation sehen. Denn das dispositive Recht steht den Parteien für fast alle Vertragstypen als „Ersatzordnung“ zur Verfügung, so dass sie nur darauf angewiesen sind, die vertraglichen Regelungen zwischen den Vertragsparteien besonders zu vereinbaren, welche auf ihre speziellen Bedürfnissen zugeschnitten sind und diesen daher

⁸ Vgl. Studie zur Korruption innerhalb des staatlichen Bereichs der EU-Mitgliedstaaten, 2007.

⁹ Kern JZ 2009, 498ff.

¹⁰ Bei der Rubrik „enforcing contracts“ steht Deutschland immerhin an 8. Stelle.

¹¹ Broschüre „Law made in Germany“, 2. Aufl., S. 3.

¹² Ebenda.

auch Rechnung tragen sollen und aus diesem Grund von den allgemein geltenden Regeln des Schuldrechts abweichen.¹³

2.1.1 Wettbewerbsvorteil - welche Perspektive?

2.1.1.1 Vorbehalte

Ich bin mir nicht ganz so sicher, ob man in gleicher Weise den „Wettbewerbsvorteil“ des deutschen Rechts auch darin sehen kann, dass das deutsche Gesellschaftsrecht in ähnlicher Weise eine umfassende Kodifikation aufweist. Denn diese Vorteile, die unbestreitbar vorhanden sind und in der Broschüre als „modern“ und „transparent“ angepriesen werden,¹⁴ kommen ja nur dann, aber auch erst dann zur Anwendung, wenn der Weg in die deutsche Rechtsordnung hinein bereits beschritten ist. Es ist eben die Konsequenz der weithin anerkannten Sitztheorie, die dazu führt, dass das Gesellschaftsstatut an dem Ort zur Anwendung berufen ist, an dem die betreffende – bereits gegründete – Gesellschaft ihre Hauptverwaltung hat.¹⁵ In der Broschüre wird daher auch die Transparenz als deutlicher Vorzug des Handelsregisters ebenso betont wie der des Grundbuchs.¹⁶

Der gleiche Vorbehalt, dass nämlich der Weg in die deutsche Rechtsordnung erst einmal gefunden sein muss, gilt für die gesamte, in der Broschüre mit Recht herausgestellte Tätigkeit der Notare. Auch darin liegt, was mit guten Gründen in der Broschüre beschrieben wird, ein Standortvorteil des deutschen Rechts. Gleiches gilt für das ebenfalls dargestellte Recht der Kreditsicherheiten, wobei der Pfandbrief besondere Erwähnung findet.¹⁷

Es kommt also – und jede Campagne muss, wenn sie denn erfolgreich sein will – eine klare, einprägsame Botschaft vermitteln – auf die Perspektive an, für welche das „Bündnis für das Recht“ steht. Zu fragen ist also: Wem soll sie helfen?¹⁸

2.1.1.2 Die unterschiedlichen Perspektiven

Da bietet sich zunächst ganz allgemein die Sichtweise an, dass ausländische Rechtsordnungen von den Vorzügen unserer Rechtsordnung lernen sollen. Ein solches Unterfangen ist sicherlich dann mit der Zielsetzung verknüpft, dass die jeweilige ausländische Rechtsordnung dann mehr oder weniger zahlreiche Regeln oder auch Institute unserer Rechtsordnungen weithin rezipieren soll. Eine andere Sichtweise zielt darauf ab, ausländische Unternehmen von den Vorzügen unserer Rechtsordnung zu überzeugen, damit sie – und das ist sicherlich die Perspektive des Notariats, aber auch die des deutschen Staates und die der Gerichte – sich innerhalb der Bundesrepublik Deutschland ansiedeln. Dahinter steht so etwas die allgemeine Perspektive, dass Recht – vor allem dann, wenn es sehr liberal ausgeprägt ist – Dienstleistungen mannigfacher Art und damit auch Wachstum der eigenen Volkswirtschaft ermöglichen hilft.¹⁹

¹³ Vgl. hierzu Kötz AnwBl. 2010, 1, 3.

¹⁴ S. 11f.

¹⁵ BGHZ 151, 204, 206.

¹⁶ S. 12.

¹⁷ S. 16.

¹⁸ Hierzu auch Calliess, in Möslein/Leimeister/Möslein/Reichwald, Recht als Dienstleistung, 2012, S. 11ff.

¹⁹ Möslein, in Möslein/Leimeister/Möslein/Reichwald, a.a.O. S. 8, 9.

Gerade deshalb wird man auch die Perspektive nicht aus dem Blick lassen dürfen, die im Ergebnis auf das Interesse ausländischer Unternehmen abzielt; sie ist auf die Vorzüge des Privatrechts begrenzt und geht davon aus, dass deutsches Recht, deutsche Gerichtsbarkeit und auch deutsche Schiedsgerichtsbarkeit als attraktiv angesehen und deshalb – anstelle einer anderen Rechts- und Verfahrensordnung – gewählt werden.

Es liegt auf der Hand, dass die jeweiligen Vorzüge des deutschen Rechts durchaus mit einer unterschiedlichen Akzentuierung bewertet werden müssen, je nachdem, welche Perspektive ins Auge gefasst wird, um die tatsächlichen Wettbewerbsvorteile der deutschen Rechtsordnung überzeugend und nachhaltig zu benennen.

Sieht man die Bemühungen um „Law made in Germany“ vor allem in der Weise, dass nämlich dem ausländischen Unternehmer oder auch dem Anwalt die allgemeinen Vorzüge des deutschen materiellen Privatrechts näher zu bringen sind, dann wird man den soeben gegen die notarielle Sicht geäußerten – leisen – Vorbehalt zunächst nicht weiter in den Blick nehmen müssen. Dann wird man nämlich betonen müssen, dass ein ausländisches Unternehmen, welche sich dazu entschließt, seinen Hauptsitz oder auch nur eine Zweigniederlassung oder etwa nur eine Betriebsstätte nach Deutschland zu verlagern, insgesamt von den Vorzügen des deutschen Rechts, aber auch der deutschen politischen Ordnung überzeugt sein muss. Hat man aber dieses Ziel einmal erreicht, dann wird man natürlich mit breiter Zustimmung all das lesen, was in der Broschüre „Law made in Germany“ mit guten Gründen als weiterer Vorteil des deutschen Rechts beschrieben wird, nämlich dass letztlich auch die Justiz und damit die allgemeine Gerichtsbarkeit mit Kompetenz und Effizienz ausgestattet ist und dass es eine Kalkulierbarkeit des Kostenrisikos gibt.²⁰

Liest man hingegen die vielfältigen Bemühungen um ein Gelingen der Initiative „Law made in Germany“ vor allem unter dem Blickwinkel, dass es auf die Perspektive des Unternehmers – und damit auch auf die des Anwalts – ankommt, dann geht es entscheidend darum, für die Attraktivität der deutschen Rechtsordnung in Konkurrenz zu anderen Rechtsordnungen zu werben. Dann kommt es wohl in erster Linie auf eine – freilich: noch zu begründende – höhere Attraktivität des deutschen Vertragsrechts, aber auch in einem zweiten Schritt der deutschen Gerichtsbarkeit und auch der deutschen Schiedsgerichtsbarkeit an. Denn nach den anerkannten Regeln des Kollisionsrechts steht es den Parteien eines transnationalen Kontrakts frei, entweder das deutsche Recht zu wählen und auch die Zuständigkeit deutscher Gerichte zu prorogieren oder auch, was bislang nur recht selten in den Blick genommen wird, die Verfahrensregeln einer deutschen Schiedsgerichtsordnung im Rahmen einer Schiedsklausel zu vereinbaren, etwa die der DIS.

2.2 Die unternehmerische Perspektive

Auf die Erläuterung der aus dieser Sicht beleuchteten Wettbewerbsvorteile des deutschen Privatrechts will ich mich zunächst konzentrieren und bitte gleichzeitig um Nachsicht, dass ich quasi die anwaltliche Sicht gegenüber der notariellen bevorzuge, obwohl – außerhalb des Rheinlandes – beide Perspektiven durchaus im Kopf des Anwaltsnotars miteinander korrespondieren können.

2.2.1 Der Grundsatz der freien Rechtswahl

²⁰ S. 18ff.; Calliess, a.a.O. S. 11.

Damit ist also die Perspektive des Wettbewerbs der privatrechtlich organisierten Rechtsordnungen als maßgebliche Richtschnur ins Auge gefasst. Denn auf diesem Feld – also: vor allem dem des Exports des deutschen Rechts²¹ - konkurriert das deutsche Recht unmittelbar mit anderen Rechtsordnungen. Die Parteien sind eben frei, welches Schuldrecht sie ihrem Kontrakt zugrunde legen und in welcher Weise sie glauben, dass etwa entstandene Streitigkeiten zweckmäßigerweise – und das heißt: weithin gerecht und auch kostengünstig – erledigt werden sollen.

2.2.2 Länderübergreifende Rechtsordnungen

Doch ist dieser Wettbewerb der Privatrechtsordnungen zwischen dem deutschen Recht und anderen Rechtsordnungen keineswegs nur auf das anglo-amerikanische Recht begrenzt, weil – wie jedermann weiß – in internationalen Verträgen oft das schweizerische Recht als gleichsam „neutrales“ Recht vereinbart wird. Und man wird an dieser Stelle auch nicht ganz außer Acht lassen dürfen, dass die Vorzüge des UN-Kaufrechts als ein einheitliches, international hoch angesehenes Kaufrecht durchaus von den Parteien mehr und mehr in den Blick genommen wird. Denn seine Vorzüge gegenüber dem deutschen Recht sind jedenfalls im Rahmen des im UN-Kaufrecht nicht geltenden zwingenden Lieferregresses der §§ 478, 479 BGB durchaus beachtlich. Auch wird man nicht unerwähnt lassen dürfen, dass der von der EU-Kommission am 11.10.2011 herausgegebene Vorschlag einer Verordnung betreffend ein Europäisches Kaufrecht²², wenn er denn eines Tages Gesetz wird, eine zweite nationale Rechtsordnung für den Bereich grenzüberschreitender Verträge gegenüber dem Verbraucher schafft und auch im Übrigen von KMUs gewählt werden kann.

Im Kampf der privaten Rechtsordnungen sind diese Entwicklungen durchaus von Belang. Legt man aber den Akzent zu sehr auf diese internationale oder auch europarechtliche Perspektive, dann nimmt man der Campagne „Law made in Germany“ von vornherein etwas die Luft zum Atmen. Daher soll dieser Strang der Erwägungen hier nicht weiter verfolgt werden.

2.2.3 Wahl des deutschen Schuldrechts

Wird jedoch – und damit ist an die unternehmerische Perspektive anzuknüpfen - vermehrt deutsches Recht in internationalen Verträgen gewählt, so stärkt dies vor allem den Anwaltsmarkt. Erstreckt sich die Wahl des anwendbaren Gerichtsstandes sogar vermehrt auf deutsche Gerichte, dann stärkt das nicht nur die Reputation der deutschen Gerichte, sondern auch über die vermehrt fließenden Gerichtskosten den Justizhaushalt der Länder. Wählt man gar eine deutsch-rechtliche Schiedsgerichtsordnung, dann ist der wirtschaftliche Nutzen zwar privatisiert, aber immerhin auch noch deutlich zu erkennen.

Genau dieser Zielsetzungen dienen auch die bislang von Vertretern der „ARGE Internationaler Rechtsverkehr“ des DAV an verschiedenen Botschaften in Osteuropa durchgeführten Vortragsveranstaltungen. Hierbei ging es primär darum, für die Attraktivität des deutschen Rechts zu werben, damit künftig abzuschließenden Verträgen vor allem deutsches Recht zugrunde gelegt wird. Freilich kann man diese vereinzelt gebliebenen Bemühungen noch keineswegs in den Rang einer Kampagne heben. Auch die für die unmittelbare Zukunft von den deutschen Außenhandelskammern geplanten Vortragsveranstaltungen für „Law made in Germany“ zielen in diese Richtung.

²¹ Kötz AnwBl. 2010, 1, 2.

²² KOM (2011) 635 endg.

2.3 Angeblichen Vorteile des deutschen Privatrechts

Um es nochmals aufzugreifen: Die Broschüre „Law made in Germany“ preist die höhere Rechtssicherheit des deutschen Rechts ebenso als Wettbewerbsvorteil an wie die unbestreitbare Tatsache, dass Verträge, welche dem deutschen Schuldrecht unterworfen sind, auf detaillierte Regelungen vielfach verzichten können, weil eben dispositives Recht im Rahmen der Lückenfüllung bereit steht.

Diese Sicht wirft sofort die von *Kötz* mit Recht in die Debatte eingeführte Frage auf, wie viel dispositives Recht denn eine internationale Transaktion benötigt.²³ Die jeweilige Antwort ist entscheidend davon abhängig, in welchem Umfang die Parteien – aus welchen Gründen auch immer – darauf verzichten, anstelle des dispositiven Ersatzrechts eigene vertragliche Regelungen zu setzen. Denn im Rahmen des Auslegungskanons der §§ 133, 157 BGB kommt dispositives Recht nur dann zur Anwendung, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind: Zum einen müssen die Parteien eine Regelungslücke gelassen haben. Die Rechtsprechung nennt diese eine „planwidrige Unvollständigkeit“ im vertraglichen Pflichtenprogramm der Parteien.²⁴ Zum anderen muss dann eben auch dispositives Gesetzesrecht bereit stehen, um diese Lücke zu füllen.²⁵

Trifft dies nämlich nicht zu, so dass keine den Interessen beider Parteien gerecht werdende gesetzliche Lösung gefunden werden kann,²⁶ dann kommt man dazu, dass Instrumentarium der ergänzenden Vertragsauslegung einzuschalten.²⁷ Im Rahmen der hypothetischen Vertragsauslegung ist also zu fragen, welche vertragliche Regelung denn beide Parteien unter angemessener Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen und unter Beachtung der Gebote von Treu und Glauben getroffen hätten, wenn sie in redlicher Weise die Ausfüllung der „planwidrigen Unvollständigkeit“²⁸ bedacht hätten.²⁹

Damit sind jedenfalls zwei markante Stichworte gefallen, welche in der Konkurrenz der Rechtsordnungen von Belang sind: Für den deutschen Juristen ist die Arbeit mit einer Generalklausel, wie sie in § 242 BGB und dem Gebot zu finden ist, dass Treu und Glauben stets als Richtschnur für das Verhalten beider Parteien gelten, tägliches Brot. Für den im anglo-amerikanischen Recht erzogenen Juristen ist jedoch eine solche Generalklausel das Einfallstor für „legal uncertainty“ und damit geeignet, dem primär geltenden Willen der Parteien einen Tort anzutun.³⁰ Darüber hinaus setzt das englische Recht dem Instrumentarium der ergänzenden Vertragsauslegung durch den Richter sehr viel engere Grenzen.³¹ Es gilt weithin der Grundsatz, dem Richter sei es nicht gestattet, „to rewrite the contract“.

Eindrucksvoll wird dies auch durch die unterschiedliche Handhabung von Schriftformklauseln belegt: Jedenfalls dann, wenn diese nach deutschem Recht nur

²³ *Kötz AnwBl.* 2010, 1, 2.

²⁴ BGHZ 127, 138, 143; Palandt/Ellenberger, BGB, 71. Aufl., München 2012, § 157 Rdnr. 4.

²⁵ BGH NJW 1982, 2190, 2191.

²⁶ Palandt/Ellenberger, BGB, § 157 Rdnr. 6; Erman/Armbrüster, BGB, 123 Aufl., Köln 2011, § 157 Rdnr. 15ff.

²⁷ BGHZ 111, 214, 217.

²⁸ BGHZ 127, 138, 143.

²⁹ BGH NJW-RR 2008, 562.

³⁰ Hierzu *Kötz AnwBl.* 2010, 1, 3.

³¹ Hierzu *Kötz AnwBl.* 2010, 1, 4.

deklaratorische Bedeutung besitzt,³² haben die Parteien auf Grund einer abweichenden mündlichen Abrede die Rechtsmacht, die Schriftformklausel außer Funktion zu setzen.³³ Demgegenüber gilt im anglo-amerikanischen Rechtssystem weithin die gegenteilige Regel: Im Rahmen der so genannten „parol evidence rule“ wird den Parteien die Möglichkeit aus der Hand geschlagen, sich auf eine mündliche Abrede mit Erfolg zu berufen, welche den schriftlich nieder gelegten Vertragsbestimmungen widerstreitet.³⁴

2.4 Angebliche Nachteile des deutschen Rechts

Freilich, allzu holzschnittartig darf der Wettkampf um die je bessere Rechtsordnung – gerade unter der Perspektive der Rechtssicherheit und der Vorhersehbarkeit - nicht geführt werden, will man nicht mangels hinreichender Redlichkeit – jedenfalls gegenüber Kundigen – von vornherein jeden Kredit verspielen.³⁵ Denn es geht auch und nicht zuletzt darum, dass Justizdienstleistungen im Wettbewerb miteinander stehen.³⁶

Doch es ist immerhin hervorzuheben, dass die Frage nach der dem deutschen Recht zukommenden „Rechtssicherheit“ und „Vorhersehbarkeit“ in der deutschen Debatte um „Law made in Germany“ dahingehend gestellt wurde, ob denn nicht die Rechtsprechung zur richterlichen Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln im unternehmerischen Verkehr nicht ein eklatanter Wettbewerbsnachteil des deutschen Rechts ist.

2.4.1 Das AGB-Recht

Nicht wenige haben daher die Bemühungen um „Law made in Germany“ zum Anlass genommen, nach einer Reform des deutschen AGB-Rechts im unternehmerischen Verkehr das Wort zu reden.³⁷ Denn die vom BGH vorgenommene richterliche Inhaltskontrolle beschränke, so wird in einem ersten Schritt geltend gemacht, die unternehmerische Freiheit, weil die Voraussetzungen des Aushandelns einer AGB-Klausel zu strikt seien. In einem zweiten Schritt wird dann beklagt, dass die eigentlich dem deutschen Vertragsrecht zuzuweisende Vorhersehbarkeit und auch Rechtssicherheit in Zweifel gerät, weil keiner verbindlich voraussagen könne, ob denn eine bestimmte Klausel im unternehmerischen Verkehr nach § 307 BGB wirksam oder unwirksam ist. Darin wird dann ein Wettbewerbsnachteil des deutschen Rechts gesehen.³⁸ Daher soll schweizerisches Recht bevorzugt werden; verschiedentlich findet sich auch die Meinung, dass - selbst für den internen deutschen Vertrag – schweizerisches Recht gewählt werden soll.³⁹

³² Hierzu MünchKomm/Einsele, BGB, 5. Aufl., München 2007, § 125 Rdnr. 69.

³³ Palandt/Ellenberger, BGB, § 125 Rdnr. 17 m.w.N.

³⁴ Das kontrastiert zu der Rechtsregel des Art. 29 UN-Kaufrecht, welche rigide daran festhält, dass grundsätzlich eine mündliche Abrede sich gegenüber einer Schriftformklausel nicht durchsetzt.

³⁵ Vgl. auch Kötz AnwBl. 2010, 1, 2, der behauptet, er kenne keine „belastbaren Beweise“ im Verhältnis des deutschen und des angelsächsischen Rechts, der insoweit zugunsten des deutschen Rechts ausschlage.

³⁶ Calliess, a.a.O. S. 11.

³⁷ Berger NJW 2010, 465, 466; Schwenger/Lübbert AnwBl. 2012, 292.

³⁸ Vgl. etwa auch die Stellungnahme des Zivilrechtsausschusses des DAV Nr. 2012/23 „zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Rechts durch Änderung des AGB-Rechts“.

³⁹ Hierzu auch Pfeiffer, FS für Graf von Westphalen, Köln 2010, S. 555ff.

2.4.2 Die europäische Antwort (CESL)

Ich will die weithin bekannte Debatte hier nicht erneut beleben. Vielmehr möchte ich nur auf einen Gesichtspunkt aufmerksam machen, der in der Diskussion bislang kaum erwähnt wurde: Die Europäische Kommission hat, wie bereits erwähnt, am 11.10. 2011 einen Vorschlag für eine Verordnung betreffend ein Europäisches Kaufrecht (CESL) vorgelegt.⁴⁰ Dieses sieht in Art. 7 CESL die gleiche Abgrenzung vor, wie wir sie im deutschen Recht sowohl in § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB⁴¹ als auch in § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB vorfinden.⁴² Erforderlich ist danach, dass der Vertragspartner des Verwenders in die Lage versetzt worden ist, auf die inhaltliche Gestaltung der AGB tatsächlich Einfluss zu nehmen. Dabei ist auch zu bedenken, dass der Anwendungsbereich des CESL auf grenzüberschreitende Verträge bezogen ist, an dem auf der einen Seite jedenfalls auch ein SME beteiligt war, also ein KMU, welches weniger als 250 Mitarbeiter hat und einen Umsatz von weniger als 50 Mio Euro.⁴³ Das aber sind in Europa etwa 98% der Marktteilnehmer.

In Art. 86 CESL wird die richterliche Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln im unternehmerischen Verkehr an den Test gebunden, ob denn ein „Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs“ vorliegt und daher die Klausel „gröblich von der guten Handelspraxis abweicht“. Das ist der gleiche Test, der bereits auf Grund der Zahlungsverzugs-Richtlinie über § 307 BGB ins deutsche Recht transformiert wurde.⁴⁴ Mehr noch: Der Unterschied zwischen einem von der Rechtsprechung des BGH zu § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB geforderten missbräuchlichen Wahrnehmen der eigenen Interesse zu Lasten des Vertragspartners⁴⁵ und einem „gröblichen“ Abweichen von der guten Handelspraxis und den Geboten von Treu und Glauben dürfte, wenn er denn überhaupt vorhanden ist, bestenfalls unter dem Mikroskop zu besichtigen sein. Man wird daher bei aller Kritik am AGB-Recht kaum an der Erkenntnis vorbeisehen dürfen, dass der europäische Gesetzgeber in dem Entwurf einer Verordnung für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL) Wertungen zum Schutz des unternehmerischen Verkehrs gegenüber AGB-Klauseln vornimmt, die vom deutschen Recht kaum zu unterscheiden sind.⁴⁶

Daher meine ich, dass die Kampagne „Law made in Germany“ nicht dazu herhalten sollte, eine Reform des AGB-Rechts voranzutreiben. Dies würde auch – und dieser Einwand wiegt schwerer – den Blick nach innen richten, nicht aber darauf, dass nur dann ein Erfolg dieser Kampagne sicher gestellt werden kann, wenn man alles daran setzt, die Vorzüge des deutschen Rechts vor allem im Ausland bekannt zu machen und für sie zu werben.

2.5 Reale Nachteile

2.5.1 Im Bereich des Schuldrechts

Soweit zu sehen, hat *Kötz* im deutschen Rechtskreis als erster darauf aufmerksam gemacht, dass einer der tragenden Unterschiede zwischen der angelsächsischen und der deutschen Rechtsordnung in dem Fallmaterial besteht, welches die Parteien den Gerichten zur

⁴⁰ COM (2011) 365 final.

⁴¹ BGH NJW 2010, 1131.

⁴² BGH NJW 2000, 1110.

⁴³ Vgl. Art. 7 der VOE.

⁴⁴ Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl., München 2012, § 286 Rdnr. 31.

⁴⁵ BGH NJW 2005, 1774, 1775; BGH NJW 2000, 1110, 1112 – ständige Rechtsprechung.

⁴⁶ Im Einzelnen Graf von Westphalen NJOZ 2012, 441ff.

Entscheidung vorlegen.⁴⁷ Gerade wenn man in Rechnung stellt,⁴⁸ dass das deutsche Zivilrecht auch mehr und mehr vom richterlichen Fallrecht geprägt wird, dann ist der Unterschied frappant: Ganz im Gegensatz zum englischen Recht, dessen Gerichtspraxis – schon wegen des hohen Kostenrisikos – von großen Fällen geprägt ist, herrschen beim BGH vor allem die kleinteiligen Fälle. Sie sind es, die – auch und gerade im Zusammenhang mit der Reform des Schuldrechts ist dies empirisch nachzuweisen⁴⁹ – das Fallrecht im Rahmen der Präjudizien prägen. Schon bei der ersten Übersicht für die Jahre 2002 und 2003 beklagte *Dauner-Lieb*, dass das Fallmaterial von Autos und Pferden handelte.⁵⁰ An diesem Befund hat sich auch nach zehn Jahren nichts geändert, wenn man vor allem die vom EuGH entschiedenen „big cases“ – *Quelle*⁵¹ und *Gebrüder Weber*⁵² – heranzieht. Im ersten ging es um den Wertersatz für eine mangelhafte Herdplatte im Gegenwert von Euro 67,86, der verneint wurde; im zweiten Fall drehte es sich um Ausbaurkosten im Rahmen einer Ersatzlieferung, die mit Euro 5.830,57 beziffert wurden.⁵³

Nimmt man hinzu, dass auch alle sonstigen wichtigen Präjudizien zum modernisierten Schuldrecht entweder dem Bereich des Verbrauchsgüterkaufs oder einer kleinteiligen mittelständischen Streitigkeiten zu verdanken sind,⁵⁴ dann ist die Feststellung nicht mehr weit: Das deutsche Schuldrecht gilt zwar auch für Großunternehmen; aber die wesentlichen Gerichtsentscheide entstammen dem Bereich der kleineren Streitwerte. Und in Bezug auf das AGB-Recht lässt sich im Ergebnis sehr leicht die gleiche Schlussfolge ziehen.⁵⁵ Dabei ist auch zu bedenken, dass der für das Kaufrecht zuständige VIII. Zivilsenat in den letzten Jahrzehnten keinen einzigen mehr oder weniger spektakulären Fall zum Bereich von M&A-Verträgen entschieden hat.

Denn diese Perspektive drängt zum Resümee: Der wohl gravierende Nachteil des deutschen Rechts besteht jedenfalls im Bereich des Schuldrechts darin, dass die Wirtschaft offensichtlich nur mittelständisch geprägte Streitigkeiten gerichtlich ausfechten lässt. Das führt aber ganz zwangsläufig zu einem dramatischen Defizit: Erstens, je weniger Gerichte Erfahrungen mit großen Streitigkeiten haben, desto mehr wird die Wirtschaft diese dann im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit mediatisieren. Zweitens, die durch mittelständisch geprägte Präjudizien geschaffene Rechtslage erweist sich mehr und mehr als für große Streitigkeiten nicht eben als sehr geeignet. Diese Entwicklung erweckt jedenfalls kein Vertrauen in die Kompetenz der Gerichtsbarkeit.

Immerhin ist es so, dass die zuletzt berichteten Zahlen erkennen lassen: Zwischen 1994 und 2008 ist die Gesamtzahl der an den Kammern für Handelssachen behandelten Fälle um ca. 25% und damit real: um 44.000 zurückgegangen.⁵⁶ In der gleichen Zeit stieg die Zahl der

⁴⁷ Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, 3. Aufl., 1996, S. 256f.; vgl. auch die Studie von Beale/Bishop/Furmston, *Contract, Cases and Materials*, 3. Aufl., 1994, S. 79ff.

⁴⁸ Kötz *AnwBl.* 2010, 1, 4f.

⁴⁹ Graf von Westphalen *AnwBl.* 2012, 668ff.

⁵⁰ *Dauner-Lieb AnwBl.* 2004, 597, 598.

⁵¹ EuGH NJW 2008, 1433.

⁵² EuGH NJW 2011, 2269; hierzu auch Kramer/Koziol, *Mangelfolgeschäden in Veräußerungsketten*, Wien 2012, S. 1ff.

⁵³ EuGH a.a.O.

⁵⁴ Vgl. Graf von Westphalen *AnwBl.* 2012, 668ff.

⁵⁵ Vgl. Graf von Westphalen a.a.O.

⁵⁶ Calliess, a.a.O. S. 11, 12; hierzu auch Hoffmann/Mauer, *Entstaatlichung der Justiz*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Bd. 31, S. 279ff.

unter den Regeln des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) verhandelten Fälle um 275%;⁵⁷ doch ist, um ein Missverständnis zu vermeiden, hinzuzusetzen, dass die DIS ihre Tätigkeit erst im Jahr 1994 aufnahm.

Um nicht missverstanden zu werden: Das ist nicht als Verdikt gegen die Kompetenz der Gerichtsbarkeit zu verstehen, wohl aber als eine Anklage gegen die Wirtschaft, sich der staatlichen Kontrolle bei der Bewältigung von zivilrechtlichen Konflikten mehr und mehr zu entziehen. Denn fehlende staatliche Aufsicht und Kontrolle führt in vielen Fällen dazu, dass Recht und Gerechtigkeit bei der Streitentscheidung auf der Strecke bleiben. Man könnte – freilich: ohne hinreichenden empirischen Beleg – auch mutmaßen, dass sich hier oft das Recht des Stärkeren durchsetzt.

2.5.2 Im Bereich des Gesellschaftsrechts

Offen bleibt hier die weitere Frage, ob sich diese beklagenswerte Entwicklung nur auf den Bereich des Zivilrechts beschränkt, oder ob auch der Sektor des Gesellschaftsrechts von diesem Bazillus erfasst wird. Dafür sprechen zumindest drei Faktoren:

Goette, der bis vor kurzem Vorsitzender des für Gesellschaftsrecht zuständigen II. Zivilsenats war, hat kürzlich die Klage erhoben, dass in seinem Bereich nur noch „Aschenputtel-Fälle“ dem Gericht vorgelegt werden.⁵⁸ Das ist eine mehr als ernst zu nehmende Feststellung, weil im gleichen Atemzug deutlich wird, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten dann vermehrt den privat organisierten Schiedsgerichten zugewiesen werden. Das mag man begrüßen, weil damit Verschwiegenheit und Diskretion verbunden sind. Doch man darf – rechtspolitisch gewertet – nicht an der tragenden Tatsache vorbeisehen: Es entsteht auf diese Weise, wie *Goette* zutreffend unterstrichen hat, eine Art „Schattenrecht“.⁵⁹ Seine Ergebnisse entziehen sich der öffentlichen Debatte und damit auch der öffentlichen Kontrolle.

Ob eine solche Entwicklung dem Gemeinwesen und auch dem Gemeinwohl zuträglich ist, ist mehr als nur eine rhetorische Frage. Denn unsere Rechtskultur ist geprägt – und das ist wohl einmalig im Rahmen der europäischen Rechtsordnungen – dass alle Judikate immer wieder kritisch hinterfragt, angezweifelt oder auch belobigt werden. Erst in dem öffentlich, nicht nur privat geführten Dialog zwischen den Gerichten, der Wissenschaft und der Anwaltschaft entsteht ein belastbares, aber auch ein weithin als gerecht und verlässlich angesehenes Recht. Ein so gestaltetes Recht entwickelt in jedem Fall präjudizielle Wirkung. Aber insoweit gilt eben der alte englische Satz, wonach „bad cases“ stets auch „bad law“ machen.

Der zweite im Rahmen des Gesellschaftsrecht zu nennende Aspekt betrifft das Bemühen, für die freien Berufe die Möglichkeit zu eröffnen, eine über die bisherige Haftungsregel des § 8 Abs. 2 PartGG hinausreichende Regelung zu schaffen, welche an die englische LLP angelehnt ist.⁶⁰ Zugrunde liegt eine doppelte Entwicklung. Auslöser war die Entscheidung des BGH vom 9.11.2009.⁶¹ Danach haftet der Anwalt persönlich nach § 8 Abs. 2 PartGG auch in den Fällen, in denen der berufliche Fehler von einem anderen Partner begangen wurde, obwohl er erst später in die Sozietät aufgenommen wurde, also im Rahmen seiner Fallbearbeitung auch keine Möglichkeit mehr besaß, den entstandenen Fehler zu korrigieren.

⁵⁷ Calliess ebenda.

⁵⁸ Goette AnwBl. 2012, 33.

⁵⁹ Goette AnwBl. 2012, 33, 34.

⁶⁰ Hellwig AnwBl. 2012, 345ff; Pleister AnwBl. 2012, 801ff.

⁶¹ BGH NJW 2010, 1360.

Als Folge dieser Entscheidung rückte mehr und mehr das Problem in den Blick,⁶² dass große und auch mittlerweile kleinere Anwaltskanzleien die Rechtsform einer englischen LLP annehmen.⁶³ Die Gründung wird dann in England vollzogen, und die Konsequenz der Entscheidung des EuGH in Sachen „Inspire Art“⁶⁴ ist es dann, die so wirksam gegründete LLP auch in der Bundesrepublik anzuerkennen.⁶⁵ Folglich ging es darum, dass das deutsche Gesellschaftsrecht in diesem Punkt an das englische Vorbild angepasst wird, so dass auch in Zukunft eine Haftung für berufliche Fehlleistungen auf das Gesellschaftsvermögen – hinreichende Versicherung des handelnden Partners in Höhe von Euro 2,5 Mio vorausgesetzt – beschränkt werden soll. Das Bundeskabinett hat diesen Vorschlag am 18.5.2012 gebilligt; der weitere Gang des parlamentarischen Verfahrens bleibt allerdings noch abzuwarten.

2.6 Zwischenergebnis

Doch kann als Schlussfolgerung immerhin so viel gesagt werden: Ungeachtet der sicherlich nicht zu leugnenden Schwächen des deutschen Rechts wird man das „Bündnis für das Recht“ und damit auch die Kampagne „Law made in Germany“ als unbedingt notwendig betrachten müssen, um die Attraktivität der deutschen Rechtsordnung im Rahmen eines globalen Wettbewerbs der Rechtsordnungen wesentlich mehr ins Bewusstsein – sowohl im In- wie im Ausland – zu rücken. Diese Forderung gilt unabhängig davon, welche Perspektive man einnimmt, ob die des Unternehmers, die des Anwalts oder die des Notars oder auch schlicht die der Politik.

3. Verpasste Chancen - Forderungen

Daher stellen sich zwei wichtige Fragen: Was also sollte geschehen? Mehr noch: Was ist bisher schon an Chancen versäumt worden? Beginnen wir mit diesem Aspekt.

3.1 Versäumte Chance: Englisch als Gerichtssprache

Ich persönlich halte es für schwer nachvollziehbar, dass die von allen Bundesländern unterstützte Initiative, Englisch als Gerichtssprache im Rahmen einer Ergänzung von § 187 GVG zu gestatten und Kammern für internationale Handelssachen zu etablieren⁶⁶ trotz einer im Wesentlichen befürwortenden Anhörung von Sachverständigen am 9.11.2011 zumindest für diese Legislaturperiode gescheitert ist.

Diese Initiative hätte jedenfalls zwei beträchtliche Vorteile gebracht: Die unbestritten kompetente und auch effizient und kostengünstig arbeitende deutsche Justiz hätte auf Sicht internationale Reputation gewinnen können. Denn immerhin ist zu bedenken, dass die englische Gerichtsbarkeit sich inzwischen als ungeeignet für die Bewältigung mittlerer Streitigkeiten erwiesen hat, weil das Kostenrisiko – „the winner and the loser pay“ – oft unvertretbar groß zum Vorteil eines möglichen Obsiegens ist. Der von der englischen Regierung in Auftrag gegebene Report von Lord Jackson schlägt nämlich an verschiedenen Stellen vor, das englische Modell der Gerichts- und Anwaltskosten an dem deutschen Vorbild

⁶² Ewer AnwBl. 2010, 857ff.

⁶³ Rumberg/Schneider RIW 2012, 272ff.; kritisch allerdings Römermann AnwBl. 2012, 288ff.

⁶⁴ EuGH NJW 2003, 3331.

⁶⁵ Kienle/Weller DStR 2005, 1060ff; 1102ff.; zur Umwandlung einer GbR in eine LLP vgl. Schlinker NJW 2011, 2091ff.

⁶⁶ BR-Drucks. 17/2163.

auszurichten.⁶⁷ Der zweite Vorteil hätte darin bestanden, die weitgehend beklagte Vorherrschaft der privaten Schiedsgerichtsbarkeit zurückzudrängen, die ja überwiegend bei internationalen Streitigkeiten zum Zuge gelangt, aber keineswegs immer hinreichend rasch arbeitet und kompetent entscheidet.

3.2 Was sollte geschehen?

3.2.1 Export des deutschen Rechts

Sieht man einmal von der durchaus als segensreich zu bezeichnenden Tätigkeit der IRZ-Stiftung ab, so drängt sich eine zweifache Feststellung auf: Vergleicht man – und dies ist durchaus geboten – die finanziellen Hilfeleistungen der französischen Wirtschaft, die im Rahmen der „fondation pour un droit continental“ erbracht werden mit den Geldern, die aus der deutschen Wirtschaft fließen, um den Export des deutschen Rechts zu befördern, dann wird deutlich, welches Defizit hier besteht. Ausweislich der Webseite der „fondation“ sind das französische Wirtschafts- und Justizministerium im „collège des membres de droit“ vertreten wie auch das Außenministerium sowie der „conseil d'état“ und die „cour de cassation“. Und bei den „membres fondateurs“ findet man so gewichtige Namen wie Total oder Schneider Electric.

Verglichen mit den Aktivitäten der „fondation“ muten die bisherigen Bemühungen für „Law made in Germany“ eher schmal an. Nichts anderes gilt auch, wenn man mal einen Blick auf die Webseite der „fondation“ richtet und sieht, wie viele Veranstaltungen dort national wie vor allem international angeboten werden. Dabei geht es nicht immer eine „civil law initiative“, sondern auch und vor allem darum, für das französische Recht zu werben.

Fast drängt sich der Verdacht auf, dass die deutsche Wirtschaft sich noch nicht darüber klar geworden ist, wie wichtig es für Deutschland als erstrangige Exportnation in der Welt ist, nicht nur Güter und allgemeine Dienstleistungen in Drittländer zu exportieren, sondern auch die Vorteile der deutschen Rechtsordnung. Hier muss noch viel getan werden, um dieses Defizit bewusst zu machen.

Es ist aber mit Händen zu greifen, wenn man bedenkt, wie wenige deutsche Anwaltskanzleien sich auf den Weg ins Ausland gemacht und dort eigene Niederlassungen gegründet haben. Jedenfalls fällt dieser Vergleich sehr schlecht für die deutschen Kanzleien aus, wenn man sieht, dass von den großen deutschen Anwaltskanzleien nur noch erschreckend wenige sich als rein deutsche Sozietäten behauptet und den Eroberungsgelüsten der englischen und amerikanischen Großkanzleien widerstanden haben. Ohne hier ins Detail zu gehen und nach den vielfältigen Ursachen dieses Phänomens suchen zu wollen, so ist doch festzuhalten, dass sich von den zehn ersten Großkanzleien nur noch drei als rein deutsch betrachtet werden können.⁶⁸

Dahinter verbirgt sich nicht der anzustrebende Export deutschen Rechts, sondern ein beträchtlicher Importsog zugunsten des englischen und des amerikanischen Rechtsmarkts. Die wöchentliche Lektüre von „JUVE“, dem deutschen Ableger einer englischen „yellow press“ des internationalen Anwaltsmarkts, belegt das Gesagte nachdrücklich. Denn der Anwalt, wie ihn § 3 BRAO als den berufenen Vertreter des Bürgers in allen Rechtsangelegenheiten sieht, hat in diesem Journal inzwischen keinerlei Stimme und auch, wie man ein wenig schmallippig hinzusetzen muss, praktisch kein Existenzrecht mehr.

⁶⁷ Jacksonfinalreport140110.pdf

⁶⁸ Hengeler, Gleiss und Nörr.

3.2.2 Publikationen in englischer Sprache

3.2.2.1 Allgemeiner Befund

Betrachtet man die Szene der wissenschaftlichen Publikationen, dann wird sehr schnell deutlich, wie zutreffen die Grundthese von Niklas Luhmann von den „selbstreferentiellen“ Systemen ist, in denen wir alle heute leben und uns bewegen. Das ist mir überaus deutlich – fast wie in einem Brennglas – deutlich geworden, als ich vor einigen Monaten an einer Autorenkonferenz in einem Münchner Verlag zum „Europäischen Kaufrecht“ teilgenommen habe. Die Kommentierung dieses neuen Gesetzes soll, wenn es denn Wirklichkeit wird, sowohl in deutscher als auch in englischer Sprache im Format des „Palandt“ erscheinen. Die wichtige Frage, ob denn sicher gestellt werden könne, dass auch die englischsprachige Fachliteratur und nicht nur die deutschsprachige zu diesem Gesetz von allen Kommentatoren ausgewertet und den einzelnen Autoren zur Verfügung gestellt werden könne, konnte weder von den IPR-Instituten noch von den beteiligten Anwaltskanzleien mit „ja“ beantwortet werden.

Es drängt sich also die Schlussfolgerung auf, dass die wissenschaftliche Debatte um das deutsche Recht selbst dann nur in deutscher Sprache abgewickelt wird, wenn es sich um aus dem europäischen Recht ins deutsche Recht transformierte Richtlinien oder Verordnungen handelt. Hier wird man, wenn man denn die Kampagne „Law made in Germany“ ernst nehmen will, erheblichen Nachholbedarf anmelden müssen. Sicherlich, es gibt inzwischen schon einige größere Publikationen oder auch Vertragsmuster in englischer Sprache, und auch sind Übersetzungen deutscher Gesetzestexte ins Englische hier und dort verfügbar. Aber die ganz überwältigende Masse der Publikationen ist nur in Deutsch verfügbar. Für die Zwecke des Exports des deutschen Rechts sind sie weithin unbrauchbar.

3.2.2.2 Das Manko an deutschen Universitäten

Das hängt auch damit zusammen, dass es an deutschen Universitäten bislang fast unmöglich ist, seine Dissertation auf Englisch abzufassen, obwohl mittlerweile vielfach auch Vorlesungen in englischer Sprache angeboten werden. Bis vor einigen Jahrzehnten war dieses Manko noch kein Nachteil. Denn die deutschen juristischen Fakultäten hatten einen international exzellenten Ruf. Sie waren für Ausländer höchst attraktiv. Und viele, die bei uns studiert und auch promoviert hatten, konnten dann von sich aus, weil sie auch von der Richtigkeit des Ergebnisses überzeugt waren, deutsches Recht in ihr Heimatland exportieren, um etwaige Reformen ihres eigenen Rechts am deutschen Vorbild auszurichten oder doch an ihm Maß zu nehmen.

Das hat sich inzwischen gründlich geändert. Heute haben die großen englischen und auch vor allem die amerikanischen „Law Faculties“ den Primat. Harvard, Princeton, Yale, Oxford, Cambridge oder wie immer sie heißen mögen. Ihr Ansehen und ihre Reputation veranlasst, ausländische Studenten in Scharen dorthin zu gehen, dieses Recht zu studieren und auch dann in ihre Heimat zu „importieren“.

3.3 Zwischenergebnis

Vielleicht ist es ein wenig übertrieben, in Bezug auf die Kampagne „Law made in Germany“ schon jetzt – und dies auch relativ apodiktisch – von verpassten Chancen zu sprechen. Doch es führt kaum ein Weg an der Erkenntnis vorbei: Wenn man in der Tat die Initiative des „Bündnisses für das Recht“ nicht nur als reine Binnenveranstaltung der Vertreter der

deutschen Rechtsberufe sehen und bewerten will, dann wird man alles daran setzen müssen, die Industrie, die Ministerien, aber auch die Universitäten mit ins Boot zu holen. Denn der Export des deutschen Rechts – und damit auch die Attraktivität des Standorts Deutschland für die international und global agierende Wirtschaft – wird nur dann gelingen, wenn man alle Kräfte bündelt. Geschieht dies nicht, wird man sich kaum der anglo-amerikanischen Offensive auf Sicht erwehren können.

4. Ein letzter Vorbehalt

4.1 Vom Vorrang des europäischen Rechts

Indessen bleibt, bevor denn die Summe der hier anzustellenden Erwägungen gezogen werden kann, ein letzter Vorbehalt zu bedenken, von dem ich keineswegs sicher bin, ob er überhaupt mit guten Gründen auch aus dem Weg geräumt werden kann: Es fragt sich nämlich, ob im Zuge einer zunehmenden und noch lange nicht abgeschlossenen Europäisierung des gesamten nationalen Rechts der Mitgliedstaaten der Europäischen Union es überhaupt angezeigt ist, sich im Rahmen einer Kampagne für „Law made in Germany“ einzusetzen, ohne im Auge zu behalten, dass auf Dauer dem europäischen Privatrecht das Sagen und die entscheidende Bedeutung zuzumessen ist. Die mit den französischen Rechtsberufen zusammen im Jahr 2010 erarbeitete Broschüre „Droit Continental“ war der Versuch, einen Schritt zum europäischen Privatrecht hin zu tun; doch er war auf die kontinentale Sicht begrenzt, weil die Frontstellung gegen das angelsächsische Recht nur so deutlich wurde.

Doch müssen im europäischen Rahmen die Arbeiten, welche zur Vereinheitlichung des Kollisionsrechts im Kontext von Rom I und Rom II geführt haben, hier ebenso in den Blick genommen werden wie der gesamte, inzwischen fast abundante Verbraucher acquis. Denn das ist der Kern des europäischen Privatrechts.

Freilich ist das für den unternehmerischen Rechtsverkehr geltende Privatrecht noch weithin unvereinheitlicht, wenn man von dem bereits kurz apostrophierten Europäischen Kaufrecht einmal absieht. Diese als zweite nationale Rechtsordnung, auf der Ebene einer von den Parteien frei gewählten optionalen Rechtsordnung ausgestaltete Instrument⁶⁹ erfasst, wenn denn die Parteien dies so vereinbaren, auch die Transaktionen zwischen Unternehmern. Aber es erfasst eben auch die gesamten kaufvertraglichen Rechtsbeziehungen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, weil der acquis dort integriert wurde. Es ist ein umfassendes Einheitskonzept.

Verfolgt man die historische Entwicklung dieses Verordnungsentwurfs von den Anfängen des Einheitlichen Kaufrechts über das UN-Kaufrecht, den dann von Ole Lando veröffentlichten „Principles of European Contract Law“ bis hin zum „Common Frame of Reference“, dann wird deutlich: Diese Entwicklung hat weithin die Fesseln des nationalen Rechts hinter sich gelassen. Sie ist auf der Ebene eines einheitlichen europäischen Privatrechts angelangt, welches nicht mehr nur das Minimum an Gemeinsamkeiten in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen als Basis nimmt, sondern die „best practise“-Regeln. Sie fragt also primär nach den jeweiligen Interessen der einen wie der anderen Partei und danach, inwieweit Vertragsfreiheit oder Schutz gegenüber dem Mächtigen gewährt werden muss, um eine Vertragsgerechtigkeit zu erreichen.

4.2 Nachlassende Bedeutung des nationalen Privatrechts

⁶⁹ Staudenmayer NJW 2011, 3491ff.; Mansel WM 2012, 1253ff.; 1309ff.; Ayad/Schnell BB 2012, 1487ff.

Begibt man sich auf diesen Weg, ein europäisches Vertragsrecht zu schaffen, dann liegt es freilich nahe, die Bedeutung des jeweils nationalen Rechts und damit auch den Kampf um den Export des eigenen Rechts als ein nur noch historisch einzuordnendes Scharmützel aufzugeben. Für diese Sicht spricht einiges. Doch der Weg, über das Arsenal der Rechtsvergleichung zur Rechtsvereinheitlichung zu gelangen, um in Europa auf Sicht die nationalen Rechtsordnungen im Privatrecht abzulösen, ist für den einzelnen sehr beschwerlich. Und es sind nur sehr wenige Praktiker, die bislang mitgeholfen haben, die auf diesem Weg liegenden Steine wegzuräumen und ein gemeinsames europäisches Privatrecht zu begründen.

Denn eines ist dabei sicher – und dies macht die zentrale Schwierigkeit aus - : Gegen die Bemühungen, ein europäisches Privatrecht zu schaffen, kann und darf redlicherweise nicht mit dem Argument gefochten werden, dass diese – neue – Entwicklung dem eigenen nationalen (bisherigen) Recht zuwider läuft. Denn genau dies ist die *raison d'être* des europäischen Privatrechts.

Es ist eben etwas Neues, das hier geschaffen wird und auch im Zeichen der europarechtlichen Grundfreiheiten geschaffen werden muss. Aber diese Entwicklung zum europäischen Privatrecht ist allemal der Tendenz vorzuziehen, das jeweilige nationale Recht durch immer wieder neue sektorale Brüsseler Richtlinien oder Verordnungen zu zerschneiden und dem nationalen Recht damit auf Sicht wegen der Höherrangigkeit des Europarechts die Luft zum Atmen zu nehmen.

4.3 Die andauernde englische Europafeindlichkeit

Doch das ist jetzt der Krebsgang: Alle Erfahrungen deuten darauf hin, dass diese – europafreundliche – Sicht in der Rechtspolitik von den Engländern in keiner Weise geteilt wird. Denn sie kämpfen – ganz und gar unverdrossen und in der Regel höchst kundig – gegen alles, was sich als Europarecht in Brüssel zu entfalten beginnt. Denn damit wird der Rang des eigenen Rechts ebenso zurück gedrängt wie die Bedeutung der Streiterledigung vor den in London tagenden Gerichten und Schiedsgerichten. Das alles wird sich, wenn man die Politik von David Cameron in den letzten Wochen im Kampf um den mittelfristigen EU-Haushalt verfolgt, auf Sicht nicht ändern, sondern wird durch die Euro-Krise noch befördert. Darauf sollte man sich politisch einrichten.

5. Schlussbemerkung

Das führt mich an den Anfang zurück, an die Kampfansage der Broschüre „Jurisdiction of Choice“ gegen das fremde Recht und die fremde Gerichtsbarkeit, an das Loblied zugunsten des „common law“. Diese Zielrichtung also bleibt der gültige Kern der Botschaft, der sich die Kampagne „Law made in Germany“ verschrieben hat. Das bleibt der Auftrag, dieses Unterfangen zu unterstützen, ideell wie auch finanziell. Dieser Appell ist indessen nicht nur an die Rechtsberufe, sondern – das zu zeigen war mein wichtiges Anliegen – auch an die deutsche Exportwirtschaft gerichtet, an Wirtschaft und Politik allgemein, aber auch an die Universitäten.

Das deutsche Recht braucht sich keineswegs hinter der angelsächsischen Rechtsordnung zu verstecken. Es hat allen Grund, selbstbewusst aufzutreten und dafür im In- und Ausland zu werben, dass es vielen fremden Rechtsordnungen überlegen und der angelsächsischen

zumindest gleichwertig ist. Die Vorteile und auch die Vorzüge der staatlichen Justizdienstleistung in Deutschland sind – trotz aller Mängel - nicht zu übersehen.⁷⁰

Doch wir stehen erst am Beginn dieses Mühens; wertvolle Zeit ist leider schon verstrichen. Die allgegenwärtige Euro-Krise macht es auch zusehends schwer, Kräfte zu finden, die sich jetzt mit Nachdruck der Kampagne „Law made in Germany“ nachhaltig und engagiert für die Zukunft verschreiben, sich auch für die Fortentwicklung des europäischen Rechts einsetzen und den Fehdehandschuh der „Law Society for England and Wales“ tatendurstig aufnehmen. Hier, meine Damen und Herren, einige Impulse zu geben, war Ziel meiner Ausführungen.

⁷⁰ Calliess a.a.O. S. 11, 12.