

# **Funktion der Wissenschaft bei der Identifikation des Internationalen Privat- und Handelsrechts**

## **Thesen zum Referat von Prof. Dr. Oliver Remien, Würzburg**

### **I. Rechtsidentifikation und Rechtsmaterien**

1. Bei der Rechtsidentifikation geht es um das Auffinden, genauer Verstehen und Präzisieren des anwendbaren Rechtssatzes. Der Terminus stammt wohl aus dem Völkerrecht. Dem Zivilrechtler vertraut ist die – andere - Frage der Ermittlung und des Beweises des Inhalts des anwendbaren ausländischen Rechts (§ 293 ZPO).

2. In Völkerrechtslehrbüchern findet man einen Paragraphen über „Hilfsmittel zur Feststellung völkerrechtlicher Normen“ oder Ähnliches und zu Art. 38 IGH-Statut. Für das internationale Zivilrecht kann man dieselbe Frage stellen. Es bestehen materiebezogene Unterschiede.

### **II. Rechtsidentifikation als Entwicklungs- und Qualitätsproblem – Oder: Kodifikation und Rechtsstaat – sowie Funktion der Wissenschaft**

3. Rechtsidentifikation ist abhängig von Entwicklungs- und Qualitätsstand. Das Problem hat ein großes Instrument hervorgebracht: die Kodifikation. Sie ist ein Mittel zur Hilfe bei der Rechtsidentifikation.

4. Vgl. Thibaut (1814): „ein endloser Wust einander widerstreitender, vernichtender, buntschäckiger Bestimmungen, ganz dazu geartet, die Deutschen voneinander zu trennen, und den Richtern und Anwälten die gründliche Kenntniß des Rechts unmöglich zu machen.“

5. Fehlt eine einheitliche Rechtskultur, so bleibt ein Problem der Rechtsidentifikation im weiteren Sinne. In Europa aber besteht „keine homogene Juristenkultur“.

6. Zum Europarecht ist die These vertreten worden, es gebe im Grunde viele „nationale Unionsrechte“ und dies sei auch „kein Schaden“. Rechtskultur ist aber kein Feigenblatt für Rechtsungleichheit.

7. Gebietet der Rechtsstaat leichte Rechtsidentifikation und die Kodifikation? Einzelne europäische Verfassungen enthalten Kodifikationsgebote (Art. 107 Grundwet NL).

8. Zum Rechtsstaatsgebot sagt das BVerfG: „Zu den wesentlichen Elementen des Rechtsstaatsprinzips zählt die Rechtssicherheit.“ In einem viel weiteren Sinne wird man aus dem Rechtsstaatsgebot ein Gesetzgebungs- und Kodifikationsgebot in privatrechtlichen Bereichen herleiten können. Die Schaffung einer klaren Rechtsordnung ist „service public“, Zivilrechtsetzung Staatsaufgabe.

9. Auch das Europarecht fordert Rechtsstaatlichkeit. Auf der globalen Ebene ist der Rechtsstaat eher ein Ziel (Rechtsstaatsdialog).

10. Eine Funktion der Rechtswissenschaft ist es, Gesetzgebung und Rechtsanwendung dienlich zu sein. Mit verschiedenen anderen Akteuren bildet sie die Infrastruktur einer Rechtsordnung. In ihren Funktionen interagieren sie.

11. Drei Hauptbereiche mit divergierendem Entwicklungsstand sind hier zu betrachten:

### **III. Internationales Privatrecht und Internationales Zivilverfahrensrecht**

12. Beim Internationalen Privatrecht hat in der deutschen IPR-Reform von 1986 die Wissenschaft eine wesentliche Rolle eingenommen, das deutsche BMJ wird seit Jahrzehnten vom Deutschen Rat für internationales Privatrecht unterstützt. Seit über zehn Jahren hat die EU eine wesentliche Rolle in diesem Bereich übernommen und ein ganzes Geflecht von Verordnungen erlassen.

13. Im europäischen IZVR haben wir also ein beachtliches Netz an Gesetzgebung durch Verordnungen (EuGVVO 2001, 2012 usw.). Legendär ist der Bericht zum EuGVÜ. Kommentierungen sind meist nationale Werke, Ausnahme: Magnus/Mankowski (Hrsg.), „European Commentaries on Private International Law“.

14. In der Judikatur hat der EuGH diverse wichtige Entscheidungen geliefert. Vieles ist dabei anerkannt und gut, aber partiell sind die Entscheidungen von unterschiedlicher Qualität. Sind sie durchaus formalistisch, vielleicht ein „Danaergeschenk“, zu weitgehend oder „nicht von exorbitanter Hilfe“?

15. Die Europäisierung des IPR ist insgesamt ein großer Fortschritt. Allerdings beseitigt sie ein Kernproblem des IPR immer noch nicht: die fehlende Internationalität. Es besteht dann kein Identifikations-, sondern ein Divergenzproblem: hinkende Rechtsverhältnisse. Die neue Methode der gegenseitigen Anerkennung ist ein Kapitel für sich.

16. Im EulPR ist die Entwicklung weniger weit vorangeschritten als im EulZVR, doch hat das IPR im vergangenen Jahrzehnt wesentlich aufgeholt. Inzwischen ist von Kodifikation die Rede (vgl. „embryon“, „Rom 0-VO“). Der EuGH hat bisher nur wenige Entscheidungen gefällt. Zum Teil wird treffend bemerkt, es „mangelt an der wünschenswerten Klarheit“ in der „unvertrauten Materie“. Ungetrübte Freude ist nicht am Platze. Die Rechtsidentifikation durch die Wissenschaft wird umso wichtiger.

17. In den nationalen Rechtsprechungen findet man unterschiedliche Entwicklungen, die leider in der Wissenschaft ignoriert werden. Sie muss gemeineuropäisch vorgehen. Die Diskurszusammenhänge aber sind noch überwiegend national.

18. In Sachen EuIPR wird der Einflußverlust der nationalen Rechtswissenschaft bereits deutlich thematisiert (W-H Roth). Zu fragen ist, wie die Rechtswissenschaft künftig ihre Aufgaben wahrnehmen kann. In einer Flut von Kommentierungen zu den Rom-Verordnungen findet man Rechtsprechung von Gerichten aus anderen Mitgliedstaaten wenig. Europäische Rechtsquellen, aber nationale Diskurse sind gerade für das IPR ein seltsamer Befund.

#### **IV. Europäisches Privatrecht**

19. Durch Richtlinien und seltener Verordnungen ist in den Bereichen des Verbraucher- und Unternehmensrechts eine beachtliche, allerdings eher punktuell ausgeprägte Regelungsmasse entstanden. Der EuGH spielt auch hier seine Rolle. Bei den verschiedenen Rechtsakten ist diese jedoch sehr unterschiedlich.

20. Zum europäischen Privatrecht hat der EuGH zum Teil verwaschene Entscheidungen geliefert (etwa Ein- und Ausbaurkosten, Widerruf Darlehen als Haustürgeschäft, Vulkanasche). Manchmal erscheint der EuGH als Orakel. Ferner finden sie sehr unterschiedliche Resonanz in den verschiedenen Mitgliedstaaten.

21. Die Wissenschaft bietet sehr unterschiedliche Lehrbücher, Casebooks, europäische Zeitschriften zum Privatrecht. Zur Klausel-Richtlinie hatte die Kommission ein Datenbankprojekt initiiert: CLAB Europa. Das Projekt ist gescheitert.

22. Eine neue Seite würde im Privatrecht der EU aufgeschlagen, wenn es tatsächlich zu einem „optionalen Instrument“ im Kaufrecht oder weiterem kommen sollte (Vorschlag vom Oktober 2011). Im Hintergrund des GEKR steht die Wissenschaft – vor allem Landos PECL, der DCFR und Acquis Principles haben den Entwurf möglich gemacht. Schon zum Entwurf wurde ein Common European Sales Law Commentary herausgegeben (Hälfte der Autoren aus D). Eine deutsche Rezension äußert sich zum Kommentarbeitrag französischer Autoren und zeigt unterschiedliche Geschmäcker.

23. Erwägungsgrund 34 des VO-Vorschlags und Art. 14 der RahmenVOV zum GEKR sehen die Einrichtung einer Urteilsdatenbank durch die Kommission vor. Auch von einem Offiziellen Kommentar ist die Rede, dabei hat die Kommission bei dem Kaufrechtsvorschlag ihre Begründungspflicht nach Art. 296 AEUV auf die leichte Schulter genommen. Das ELI schlägt sogar einen „official advisory body“ vor.

## V. Internationales Handelsrecht

24. Gibt es im Internationalen Handelsrecht eine „lex mercatoria“, ein transnationales Recht, anationales Recht, gar eine „lex petrolea“, eine „lex sportiva“? Als Rechtsordnung wird man die „lex mercatoria“ (usw.) nicht anerkennen können.

25. Allerdings kann jedenfalls bei Schiedsgerichtsbarkeit die Geltung der lex mercatoria vereinbart werden, Art. 28 II UNCITRAL Model Law, § 1051 ZPO ( „rules of law“ oder „Rechtsregeln“). Der Entwurf von Haager Kollisionsrechtsprinzipien will dies allgemein zulassen, soweit ein „set of rules“ „generally accepted“ und „neutral and balanced“ ist. § 1051 ZPO weist eine „voie directe“ zur lex mercatoria zurück.

26. Hinsichtlich der lex mercatoria steht der internationale Handelsrechtler im Schiedsverfahren vor ähnlichen Fragen wie der Völkerrechtler. Für die Rechtsidentifikation gibt es unterschiedliche Hilfsmittel.

27. Eines sind Listen von Principles - Mustill (zwanzig Principles), Berger („schleichende Kodifizierung“: zunächst 68 „Grundsätze, Regeln und Institute“, 2012 dann 130, inzwischen 133 in Translex).

28. Handhabbarer sind Restatements. Hier stehen die UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts (UPICC oder UPr.) hervor, ein Zwitter der europäischen Lando-Principles. Sie sind durch die Datenbank UNILEX und einen englischsprachigen Kommentar sehr gut erschlossen.

29. Das klassische Instrument des Internationalen Handelsrechts sind Staatsverträge. Der moderne Klassiker zur einheitlichen Auslegung ist heute Art. 7 CISG. Methodisch empfiehlt sich dafür eine „systematische Rechtsprechungsvergleichung“ (Kramer). Gerade das CISG ist gut erschlossen.

30. Dies gilt zum einen für Kommentare. Eindrucksvoll sind zum CISG entstandene Datenbanken: Pace Law School, UNILEX von Unidroit, Cisg-online des Basler Globalsaleslaw Projektes, CLOUT Case Law on UNCITRAL TEXTS).

31. Interessant ist der CISG Advisory Council: eine private Initiative, 16 Mitglieder, dabei 8 Eur., 3 USA (1 aus Arg), 1 TR, 1 Rus, 1 Jap, 1 China und 1 SAfr, alle Wissenschaftler. Bisher 16 Gutachten, zum Teil von Rspr. zitiert.

## VI. Funktion der Wissenschaft

32. Das Bild frappiert: Zum einen ist die Europäisierung grundsätzlich als Gewinn für Rechtssicherheit im IPR und IZVR anzusehen. Im materiellen Privatrecht in Europa herrscht große Unsicherheit und anscheinend wenig echte Europäisierung. Paradoxerweise ist es im Internationalen Handelsrecht anders: Die lex mercatoria

gibt es wohl gar nicht als eigenständige Rechtsordnung, aber Hilfsmittel zur Identifikation dieser „Rechtsregeln“ sind international ziemlich gut entwickelt. Es ist zudem erstaunlich, dass das CISG besser erschlossen erscheint als EuGVVO/EuIPR.

33. Der EuGH ist Generalist und kleinstaatendominiert. Für das Privat- und Handelsrecht ist dies ein antiquiertes und inadäquates System. Um die Lage im Europäischen Kollisions- und Privatrecht zu verbessern, sollte man auch eine Reform des EuGH ins Auge fassen. Das ist leichter gesagt als getan, wäre aber eine Europäisierung des EuGH und zugleich seine privatrechtliche Erdung. Zugleich sollte der EuGH der Rechtswissenschaft mehr Aufmerksamkeit schenken. Bisher droht Europäisierung ein Bedeutungsverlust der Privatrechtswissenschaft.

34. Als *amicus curiae* ist die Rechtswissenschaft bisher in Europa nicht zugelassen. Gäbe es den europarechtlichen *amicus curiae* geben, so könnte sich die Rechtswissenschaft dieses Instituts bedienen.

35. Statt nachfolgender Entscheidungsbesprechungen könnten vorausgehende Entscheidungsvorschlagsaufsätze verdienstvoll sein, doch sind die Anreize dazu fraglich.

36. Erforderlich ist die Europäisierung der Kommentierung.

37. Ein „Official Advisory Council“, wie vom ELI vorgeschlagen, ist eine Schimäre. Maßgebend sein und bleiben sollte der freie wissenschaftliche Wettbewerb ohne Mediatisierung.

38. Das European Law Institute hat einen bedauerlichen monolingualen Ansatz. Es scheint sich weniger als Dienstleister für die Wissenschaft zu verstehen, vielleicht eher als Dienstleister für die Integrationspolitik.

39. Datenbanken sind heute ein gutes Mittel, um international und europäisch die Rechtsidentifikation zu erleichtern. Für das UN-Kaufrecht CISG bietet das Internationale Handelsrecht hervorragende bewährte Beispiele.

40. Rechtsidentifikation ist nach allem auch für das europäische und internationale Zivil- und Handelsrecht eine Aufgabe. Rechtsstaatlichkeit verlangt Sicherheit bei der Rechtsidentifikation. Eine Aufgabenbeschreibung liegt hier als Vorschlag vor.