

Schmidtchen, Dieter

**Working Paper**

## Vereinheitlichung des Vertragsrechts in Europa - eine Lösung auf der Suche nach dem Problem? Die Sicht der Neuen Institutionenökonomik

CSLE Discussion Paper, No. 2007-01

**Provided in Cooperation with:**

Saarland University, CSLE - Center for the Study of Law and Economics

*Suggested Citation:* Schmidtchen, Dieter (2007) : Vereinheitlichung des Vertragsrechts in Europa - eine Lösung auf der Suche nach dem Problem? Die Sicht der Neuen Institutionenökonomik, CSLE Discussion Paper, No. 2007-01, Universität des Saarlandes, Center for the Study of Law and Economics (CSLE), Saarbrücken

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/23090>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*

# **Vereinheitlichung des Vertragsrechts in Europa – eine Lösung auf der Suche nach dem Problem?**

## **Die Sicht der Neuen Institutionenökonomik**

von

**Dieter Schmidtchen\***

**Abstract:** It is the purpose of the paper to shed light on the question to what extent there is a need for a unified contract law in the European Union. The paper outlines a concept of constitutional uncertainty in international trade and presents a model of international transactions in the presence of a diversity of legal orders and the territoriality of law. The model is used to identify the problems emerging in contracts and the contracting process due to factors such as the multitude of legal orders and the territoriality of law. Next, the economic arguments in favour of and against harmonisation are discussed. In weighing up the costs that full harmonisation generates against the costs of constitutional uncertainty the paper considers the arguments in favour of the diversity of law to be stronger from an efficiency point of view. The paper makes a plea for freedom of choice of contract law and a free movement of judgements in the European Union. Both conditions are necessary and sufficient for a proper functioning of the internal market – but, as a matter of fact, both conditions are already met.

*JEL classification: F02, F15, K33*

**Keywords:** constitutional uncertainty, territoriality of law, harmonisation of law, conflict of law, international private law, transaction costs, private ordering

Paper für das X. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts: Entwicklungstendenzen des Zivilrechts in Europa, 29. März – 01. April 2006, Travemünde

---

\* Ich danke den Herren Roland Kirstein, Filippo Ranieri, Hans-Jörg Schmidt-Trenz und Frau Birgit E. Will für wertvolle Hinweise.

## ***Inhalt***

- A) Einleitung
- B) Neue Institutionenökonomik internationaler Transaktionen
  - I. Forschungsperspektive
  - II. Konstitutionelle Unsicherheit als Quelle von Transaktionskosten
- C) Die Rolle des Vertragsrechts
  - I. Ein einfaches Tauschspiel
  - II. Das Tauschspiel mit Klagemöglichkeit
    - 1) Das Modell
    - 2) Teilspielperfekte Gleichgewichte
- D) Internationale konstitutionelle Politik
  - I. Internationale Rechtsordnung (Begriffliches)
  - II. Ist Rechtsvereinheitlichung ein erstrebenswertes Ziel? (Grundsätzliches)
  - III. Optionen zur Rechtsangleichung (Harmonisierung)
    - 1) Rechtsangleichung auf der Ebene der Kollisionsnormen
    - 2) Rechtsangleichung auf der Ebene der Sachnormen (internationales Einheitsrecht)
    - 3) Entwicklung eines internationalen Rechts für internationale Transaktionen
    - 4) Entwicklung eines transnationalen Rechts gemäß Langen
    - 5) Schaffung von Gemeinschaftsrecht (Richtlinien)
  - IV. Wohlfahrtsanalyse
  - V. Prüfung der Kommissions-Optionen
- E) Ergebnis und Ausblick

Literaturverzeichnis

## A) Einleitung

Am 11. 07. 2001 hat die Europäische Kommission eine Mitteilung an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht mit der Absicht vorgelegt, eine Diskussion um die Frage zu induzieren, ob durch Unterschiede im Vertragsrecht der Mitgliedsstaaten „das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarktes durch Probleme im Zusammenhang mit dem Abschluss, der Auslegung und der Anwendung von grenzüberschreitenden Verträgen beeinträchtigt sein könnte“ ... und „ob Unterschiede im Vertragsrecht der Mitgliedsstaaten vom Abschluß grenzüberschreitender Geschäfte abhalten oder deren Kosten erhöhen“ (Europäische Kommission 2001, 2). Für den Fall, daß konkrete Probleme ausgemacht werden, enthält die Mitteilung der Kommission eine nicht abschließende Aufzählung denkbarer Lösungen (siehe Europäische Kommission 2001, 21 ff.):

Option I verzichtet auf jegliche gesetzgeberische Aktivität auf der Gemeinschaftsebene. Die Lösung festgestellter Probleme könnte dem Markt überlassen bleiben. Auch könnten nationale Gesetzgeber ihre Rechtsordnungen im Prozeß einer Konkurrenz der Rechtsordnungen anpassen („sanfte Harmonisierung“).

Option II besteht in der „Förderung der Ausarbeitung unverbindlicher gemeinsamer Vertragsrechts-Grundsätze, auf die Vertragsparteien bei der Abfassung von Verträgen, nationale Gerichte und Schiedsgerichte in ihren Entscheidungen und nationale Gesetzgeber bei der Ausarbeitung von Gesetzentwürfen zurückgreifen könnten“ (Europäische Kommission 2001, 2, 17 ff.).

Option III dient der Verbesserung der Qualität bereits geltenden EG-Vertragsrechts, „mit dem Ziel der Vereinheitlichung oder der Anpassung, um auch Fallkonstellationen erfassen zu können, die zur Zeit des Erlasses der Rechtsvorschriften noch nicht absehbar waren“ (Europäische Kommission 2001, 2, 18 ff.). Option III will fallweise durch EG-Richtlinien regulierend in das nationale Vertragsrecht eingreifen.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Kötz nennt dies „fragmentarische Rechtsvereinheitlichung“, die in einem Meer nationalen Rechts Inseln von Einheitsrecht schafft (siehe Kötz 1986, 1, 6). Was das Vertragsrecht anlangt, so enthalten „einige Richtlinien konkrete Vorschriften zum Abschluss von Verträgen, zu Form, Inhalt und Annahme von Angeboten sowie zur Erfüllung eines Vertrages, d. h. zu den Verpflichtungen der Vertragsparteien. Mehrere Richtlinien regeln auch im Einzelnen, welche Informationspflichten die Parteien in den verschiedenen Phasen der Vertragsentwicklung, insbesondere aber vor dem Abschluß eines Vertrages treffen. Einige Richtlinien regeln die Rechte und Pflichten beider Vertragsparteien bei der Vertragserfüllung, auch bei Schlecht- und Nichterfüllung“ (Europäische Kommission 2001, 9 f; siehe auch Anhang I, II, III, ebenda).

Bei Option IV geht es um den Erlaß neuer umfassender Rechtsvorschriften auf EG-Ebene, die neben oder an die Stelle der nationalen Vertragsrechte treten (siehe Europäische Kommission 2001, 2 f., 20 f.).

Vom Europäischen Parlament wurde die Mitteilung der Europäischen Kommission ausdrücklich begrüßt (siehe Europäisches Parlament 2001): Es unterstreicht die Notwendigkeit, das Vertragsrecht mit dem Ziel zu harmonisieren, grenzüberschreitende Transaktionen auf dem Binnenmarkt zu erleichtern. Im Sinne von Option II sollen rechtsvergleichende Untersuchungen gefördert werden, um für alle nationalen Rechtssysteme zu gemeinsamen rechtlichen Begriffen und Lösungen und zu einer gemeinsamen Terminologie zu gelangen. Dabei soll sich Option II nicht nur auf Kaufverträge beschränken, sondern darüber hinaus auch außervertragliche Verpflichtungen wie etwa unerlaubte Handlungen umfassen.<sup>2</sup> Nach einer bis 2010 laufenden Experimentierphase soll dann auf der Grundlage der gemeinsamen Terminologie und Prinzipien ein einheitliches Vertragsrecht etabliert werden („establishment and adoption of a body of rules on contract law in the European Union that takes account of the common legal concepts and solutions established under previous initiatives“ (OJ C140/542, 14. j)). Parallel dazu soll die Option III verfolgt werden und die Kommission wird aufgefordert, Vorschläge zur Konsolidierung des bestehenden Gemeinschaftsrechts vorzulegen (siehe auch Ott/Schäfer 2002, 205 f.).<sup>3</sup> Die Kommission hat mittlerweile reagiert und 2003 in einer Mitteilung einen Aktionsplan vorgelegt, nach dem die Kohärenz im vertragsrechtlich relevanten Acquis verbessert werden, die Ausarbeitung universell anwendbarer Vertragsprinzipien gefördert und die Nutzen und Kosten eines optionalen 26. europäischen Vertragsrechts ermittelt werden sollen (siehe European Commission 2003). Im Jahre 2004 folgte eine Mitteilung zum europäischen Vertragsrecht und zur Revision des Acquis (siehe European Commission 2004).

---

Trotz Existenz eines gemeinschaftlichen Besitzstandes hat die Gemeinschaft auf dem Gebiet des Vertragsrechts nach Ansicht der Europäischen Kommission „nur eine bruchstückhafte Harmonisierung vorgenommen“ (Europäische Kommission 2001, 12).

<sup>2</sup> Die Stellungnahme liest sich z. T. wie ein Beschäftigungsprogramm für Komparatisten.

<sup>3</sup> Das Europäische Parlament hat bereits im Jahre 1989 seine Präferenz für eine Rechtsvereinheitlichung zum Ausdruck gebracht. In einer Entschließung aus dem Jahre 1989 wurden die Mitgliedstaaten und die Organe der EG dazu aufgefordert, „mit den erforderlichen Vorbereitungsaufgaben zur Ausarbeitung eines einheitlichen Europäischen Gesetzbuches für das Privatrecht“ zu beginnen. Zur Begründung wird in der Entschließung angeführt, daß „ein gemeinsames Privatrecht [...] für alle Mitgliedstaaten vorteilhaft [wäre]“. Und zur Vorgehensweise wird vorgeschlagen: „Da wir auf eine ‚Vereinheitlichung‘ des positiven Privatrechts hin arbeiten – denn für die Erfordernisse eines wirklich einheitlichen Binnenmarktes kommt nur eine Vereinheitlichung in Frage –, ist für uns nicht die *theoretisch beste*, sondern eine möglichst *einheitliche Lösung* wichtig, was allerdings eine vorherige Kenntnis der zu harmonisierenden Rechte voraussetzt“ (Europäisches Parlament 1989, 320).

In dieser Mitteilung wird als Ziel formuliert, bis zum Jahr 2009 einen Gemeinsamen Referenzrahmen (Common Frame of Reference) für das Vertragsrecht zu schaffen, der – obgleich kein formeller Rechtsakt – dennoch sowohl für Rechtsakte auf der Gemeinschaftsebene als auch für die Mitgliedstaaten verbindlich sein soll (siehe dazu im einzelnen Jansen und Ranieri in diesem Band). Der Gemeinsame Rechtsrahmen soll die Wertungen des europäischen Vertragsrechts identifizieren, grundlegende Begriffe definieren und ein System von Modellregeln formulieren. Inhaltlich stimmt er mit Option II überein; der wesentliche Unterschied aber besteht in seiner Autorität – er soll verbindlich sein.

Mittlerweile hat der Europäische Rat auf seiner Tagung in London am 28. und 29. September 2005 eine Rücknahme der bisherigen Projekte beschlossen und die Bedeutung des gemeinsamen Rechtsrahmens relativiert (siehe Ranieri in diesem Band). Im offenen Gegensatz zum Europäischen Rat beschloß das Europäische Parlament im März 2006, die Kommission aufzufordern, „die laufenden Arbeiten der Forschergruppen zur Erarbeitung eines europäischen Vertragsrechts und des Netzes zum gemeinsamen Referenzrahmen bereits jetzt zu nutzen, um deren Ergebnisse erstens hinsichtlich der Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz und zweitens für die Entwicklung eines gemeinschaftlichen Zivilrechts zu verwerten“ (siehe Europäisches Parlament 2006).

Die Debatte um die Vereinheitlichung des Vertragsrechts in Europa wird von der Frage beherrscht, ob eine solche Vereinheitlichung möglich ist und auf welchem Wege man die Vereinheitlichung angehen sollte (siehe Smits 2005, V). Aber bevor man eine solche Frage stellt und Lösungen präsentiert, sollte man sich darüber klar werden, ob überhaupt ein Problem existiert. Die unmittelbar Betroffenen sehen offenbar keines. Als Fazit der Auswertung von Stellungnahmen der Wirtschaftsverbände zur Mitteilung der Kommission aus dem Jahre 2001 halten Ott und Schäfer fest, daß ein „Bedarf an Rechtsvereinheitlichung im Bereich des Vertragsrechts ganz überwiegend nicht gesehen wird“ (Ott/Schäfer 2002, 230). Die Confederation of British Industry (CBI) bezeichnet die Vorschläge der Kommission gar als „a solution in search of a problem“ (Zitiert nach Ott/Schäfer 2002, 224).<sup>4</sup> Diese Einstellung kontrastiert jedoch auffällig mit Bestrebungen auf der rechtswissenschaftlichen Ebene und den Aktivitäten einer Vielzahl von Arbeitsgruppen (siehe dazu Ott/Schäfer 2002, 205, 230 ff. und die dort zitierte Literatur), die von der in den letzten zwei Jahrhunderten in der euro-

---

<sup>4</sup> Neuerdings scheinen Teile der Wirtschaft ein optionales Vertragsrecht in Europa zu befürworten (siehe *Vogenaue/Weatherill* 2005).

päischen Rechtsentwicklung feststellbaren Überzeugung getragen sind, daß ein einheitlicher Binnenmarkt auch nach einem einheitlichen Privatrecht verlangt.<sup>5</sup>

Brauchen wir tatsächlich ein einheitliches europäisches Vertragsrecht? Offensichtlich hängt die Antwort auf diese Frage davon ab, welche Vorteile (Nutzen) und welche Nachteile (Kosten) in der Lebenswirklichkeit mit dem Übergang zu einem einheitlichen europäischen Vertragsrecht verbunden sind. Hier sind Erfahrungswissenschaften gefordert, deren Kernkompetenz auf dem Gebiet gesellschaftlicher Rechtsfolgenabschätzungen liegt. Es ist nicht ersichtlich, wie man „rein juristisch“ – sei es im Wege rechtshistorischer, rechtsvergleichender oder rein dogmatischer Studien – eine verlässliche Wirkungsanalyse der Änderungen von Rechtsordnungen vornehmen kann.

In diesem Beitrag soll die Frage, ob eine Vereinheitlichung des Vertragsrechts in Europa zum ordnungsgemäßen Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich ist, mit Mitteln der Neuen Institutionenökonomik untersucht werden. Die Neue Institutionenökonomik ist ein Konglomerat aus Transaktionskostenökonomik, Verfügungsrechtsanalyse und ökonomischer Vertragstheorie. Sie analysiert die Ursachen und die Wirkungen von formalen und informellen Regelsystemen – Institutionen genannt –, unter denen die Aneignung, der Transfer und die Nutzung von Verfügungsrechten erfolgt. Ein prominentes Beispiel für Institutionen sind die Rechtsregeln, einschließlich Regeln des Verfassungsrechts.

Eine erste institutionenökonomisch inspirierte Untersuchung der Thematik wurde von Ott und Schäfer 2002 hier in Travemünde präsentiert. Die Autoren konzedieren, daß es Transaktionskosten grenzüberschreitender Transaktionen gibt (Beschaffung von Informationen über das anzuwendende Recht und die daraus folgenden Regelungen sowie über die Unterschiede gegenüber dem nationalen Recht der Vertragsparteien; Rechtsverfolgung vertraglicher Ansprüche), aber sie stellen mit Recht die Frage, inwieweit sich diese gravierend von denen binnenwirtschaftlicher Transaktionen unterscheiden. Ott/Schäfer verneinen die Existenz fühlbarer Zusatzkosten von Außenwirtschaftstransaktionen im Vergleich zu Binnentransaktionen

---

<sup>5</sup> Einheitliches Privatrecht ist das Ergebnis von Rechtsvereinheitlichung. Es geht dabei um die „Herstellung gleichen Rechts an Stelle verschiedenen Rechts“ (Kegel 1971, 10). Bei *v. Bar* steht der Ausdruck internationales Einheitsrecht „in einem umfassenden Sinn für inhaltlich übereinstimmendes Recht privatrechtlichen Inhalts“ (*v. Bar* 1985, 20). Auf dem Gebiet der Begriffsbildung herrscht ein „miniature Babel of terminology“: „One encounters such terms as unification, harmonization, equalization, standardization, coordination, assimilation, approximation, rapprochement, Angleichung, Annäherung, Anpassung, avvicinament of laws“ (Merryman 1978, 196 f.).

und sie kommen zu dem Ergebnis, „dass es klar erkennbare ökonomische Gründe für die Herausbildung eines europäischen Vertragsrechts nicht gibt“ (Ott/Schäfer 2002, 230).<sup>6</sup>

In diesem Beitrag wird die Problematik der Rechtsvereinheitlichung anhand eines Modells einer internationalen Transaktion entfaltet. Zunächst werden die Grundzüge der Neuen Institutionenökonomik internationaler Transaktionen dargestellt (Kapitel II). Hier wird der Zusammenhang zwischen Rechtszersplitterung, Territorialität des Rechts und der konstitutionellen Unsicherheit thematisiert, die als Quelle der Transaktionskosten internationaler Transaktionen zu gelten hat. In Kapitel III wird die Rolle des Vertragsrechts bei einer internationalen Transaktion modellmäßig bestimmt. Das Modell dient dazu, die ökonomischen Variablen und Parameter zu identifizieren, die für das Funktionieren des Binnenmarktes relevant sind und auf die es deshalb bei einer Vereinheitlichung des Vertragsrechts ankommt. Das IV. Kapitel betrachtet Rechtsvereinheitlichung als Gegenstand der internationalen konstitutionellen Politik. Es enthält eine Nutzen-Kosten-Analyse der verschiedenen Optionen zur Rechtsvereinheitlichung. Das V. Kapitel schließt den Beitrag ab.

## **B) Neue Institutionenökonomik internationaler Transaktionen**

### **I. Forschungsperspektive**

Im Gegensatz zur orthodoxen Ökonomie wird in der Neuen Institutionenökonomik die einzelne Transaktion zur elementaren Einheit der wissenschaftlichen Untersuchung erhoben („institutionenökonomischer Imperativ“), wobei unter dem Begriff Transaktion folgendes verstanden sei: „Eine Transaktion besteht in dem zu einer bestimmten kooperativen Zielsetzung von Wirtschaftssubjekten gehörenden konstitutiven System von (Elementar-)Handlungen“ (Schmidt-Trenz 1990, 61). Gefragt wird, wie Transaktionen organisatorisch abgewickelt werden (z. B. Markt oder Unternehmung), welches die komparativen Vorteile verschiedener Organisationsformen sind, und warum bestimmte Organisationsformen in konkreten Fällen gewählt wurden und welche zu wählen wären.

---

<sup>6</sup> In der Tendenz ähnlich argumentieren die Autoren in dem von *Jan Smits* (2005) herausgegebenen Sammelband.

Beim Vergleich verschiedener Institutionen und Organisationsformen zur Herstellung von Kooperation spielen die Transaktionskosten eine zentrale Rolle. Der Begriff schillert (siehe Schmidt-Trenz 1990, 64 ff.). Wenn man an Markttransaktionen denkt, dann lassen sich die Transaktionskosten untergliedern (siehe Richter/Furubotn 2003, 59) in a) Kosten der Anbahnung von Verträgen (Such- und Informationskosten), b) Kosten des Abschlusses von Verträgen (Verhandlungs- und Entscheidungskosten), c) Kosten der Überwachung und Durchsetzung vertraglicher Leistungspflichten und d) Kosten der Anknüpfung und Pflege sozialer Beziehungen (Kosten des Aufbaus von Sozialkapital).

In diesem Beitrag stehen die Kosten der Durchsetzung vertraglicher Leistungspflichten im Mittelpunkt. Zu diesen Kosten gehören auch die Kosten der Installation von Schutzmechanismen gegen Ausbeutung durch den (die) Vertragspartner.

Die Neue Institutionenökonomik internationaler Transaktionen ist eine ökonomische Vertragstheorie, die sich mit den Besonderheiten von internationalen Transaktionen im Vergleich zu Binnentransaktionen befaßt und nach institutionellen Lösungen für diese Besonderheiten sucht (siehe zu einem Überblick Schmidtchen/Schmidt-Trenz 2003; Schmidtchen/Schmidt-Trenz 2006). Als Quelle der Besonderheiten gilt dabei die Zersplitterung des Rechts in viele nationale Rechtsordnungen (Diversität) sowie die Territorialität des Rechts, worunter die territoriale Begrenzung der Kompetenz, Recht zu setzen und Recht durchzusetzen (Jurisdiktion), gemeint ist. Diese Diversität provoziert drei Fragen: (1) Welches Gericht ist im Falle eines Rechtsstreits zuständig? (2) Welches Recht ist auf eine Transaktion anzuwenden? (3) Wie kann man einen Rechtsanspruch, den man in einem Land erworben hat, in einem anderen Land durchsetzen?

Die NIIT hat sich bisher mit der Rechtszersplitterung und der Territorialität des Rechts unter den folgenden vier Gesichtspunkten befaßt:

- (1) Wie kann man die Zersplitterung der Rechtsordnung in der Welt in viele nationale Rechtsordnungen ökonomisch erklären?
- (2) Wie kann man die Existenz von Staatsgrenzen ökonomisch erklären und wo sollten die Grenzen aus Effizienzgründen verlaufen? (Frage nach den optimalen Rechtsräumen)
- (3) Welche spezifischen Probleme entstehen für die grenzüberschreitende (internationale) Kooperation von privaten und staatlichen Akteuren aus dem Umstand der Rechtszersplitterung und der Territorialität des Rechts?
- (4) Welche koordinations-effizienten Problemlösungen gibt es
  - (a) auf der Ebene der Rechtsordnung,

(b) im Schatten derselben oder gar losgelöst von ihr?

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit den Punkten (3) und (4) (zu den Punkten (1) und (2) siehe Schmidt-Trenz/Schmidtchen (2002); Schmidtchen/Neunzig (2004); siehe auch Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie (1997, 1998, 1999).

## II. Konstitutionelle Unsicherheit als Quelle von Transaktionskosten

Der Wunsch nach einem einheitlichen Vertragsrecht in Europa basiert auf der Hypothese, daß die Diversität und die Territorialität des Rechts einem reibungslosen Funktionieren des gemeinsamen Marktes entgegenstehen.<sup>7</sup> So hört man etwa von der Europäischen Kommission: „Insbesondere Verbraucher und KMU, die mit anderweitigen Vertragsrechtssystemen nicht vertraut sind, könnten vom Abschluß grenzüberschreitender Geschäfte abgehalten werden ... Es besteht sogar die Gefahr, dass Anbieter von Waren und Dienstleistungen den Handel mit Verbrauchern in anderen Ländern als unwirtschaftlich erachten und davon Abstand nehmen ... Unterschiedliche nationale Regelungen können auch die mit einem Geschäft verbundenen Kosten (vor allem für die Einholung von Informationen und einen etwaigen Rechtsstreit) bei Unternehmen im Allgemeinen und bei KMU und Verbrauchern im Besonderen hochtreiben ... Diese mit einem Geschäft verbundenen höheren Kosten können darüber hinaus einen Wettbewerbsnachteil darstellen, z. B. wenn ein ausländischer Lieferant mit einem Lieferanten konkurriert, der im selben Land niedergelassen ist wie der potenzielle Kunde“ (Europäische Kommission 2001, 11 f., Nr. 30 – 32). Im folgenden soll diese Hypothese erläutert und auf ihre Richtigkeit überprüft werden.<sup>8</sup>

Aus ökonomischer Sicht hat eine Privatrechtsordnung zwei grundlegende Leistungen zu erbringen, die man mit Kronman (1985) als „possessive security“ (Besitzsicherheit) und „transactional security“ (Transaktionssicherheit) bezeichnen kann. „Besitzsicherheit“ ist gegeben, wenn die Nutzungsalternativen von Gütern und Ressourcen personell eindeutig zugeordnet

---

<sup>7</sup> Daneben spielt manchmal auch der Gedanke eine Rolle, daß ein einheitliches Recht zur Bildung eines europäischen Wir-Gefühls (Identität) beiträgt (siehe auch v. Bar 2004, 1222). Die Vermutung, daß die Kommission ein vereinheitlichtes europäisches Privatrecht nicht nur instrumentell sieht, „sondern auch um seiner selbst willen für ein erstrebenswertes Ziel hält“, äußert auch Jansen (siehe Jansen 2006, 9).

Tatsächlich sollte die Erzeugung eines einheitlichen Rechts als Schritt interpretiert werden, der die politische Integration in Richtung Bundesstaat voranbringt. Die Kommission weiß sich in dieser Zentralisierungszielsetzung einig mit dem Europäischen Parlament (siehe dazu Schmidtchen 2005).

<sup>8</sup> Siehe dazu auch Wagner, Helmut (2005).

sind und diese Zuordnung so weit rechtlich geschützt ist, daß der Nutzungsberechtigte begründete Erwartungen über durch Dritte ungestörte Nutzungen bilden kann. Transaktions-sicherheit ist gewährleistet, wenn gut begründete Erwartungen bestehen, daß die beim Transfer von Nutzungsrechten abgegebenen Versprechen eingehalten werden.

Das staatliche Gewaltmonopol gewährleistet grundsätzlich Besitzsicherheit auf dem Staats-territorium und Transaktionssicherheit bei Binnentransaktionen. Internationale Transaktionen (grenzüberschreitende Transaktionen) berühren jedoch mehrere Rechtsordnungen und mit ihnen verbundene staatliche Gewaltmonopole.

Juristen empfehlen in diesem Zusammenhang zwischen drei Ebenen zu unterscheiden:

- (1) Rechtssetzungsbefugnis: Ein Gesetzgeber kann nur für sein Territorium verbindlich Recht setzen. Die juristischen Stichworte lauten: Geltungsbereich von Gesetzen (=nur territoriale Geltung von Gesetzen); jurisdiction to prescribe (Völkerrecht).
- (2) Rechtsanwendung: Welches Privatrecht anzuwenden ist, bestimmt das Internationale Privatrecht (IPR); Gerichte können ausländisches Privatrecht anwenden. Die Rechtsanwendung ist also nicht territorial begrenzt. Insoweit geht es um die jurisdiction to adjudicate (deren andere Komponente die internationale Zuständigkeit ist). Juristisch ist streng zwischen Geltungsbereich und Anwendungsbereich eines Gesetzes zu unterscheiden.
- (3) Durchsetzung von Urteilen: Urteile sind Hoheitsakte. Damit enden ihre unmittelbaren Wirkungen an der Staatsgrenze. Damit sie auch außerhalb ihres Erlassstaates Wirkungen entfalten können, bedarf es der Mitwirkung des Auslands. Dies ist die Ebene, auf der Anerkennung und Vollstreckbarkeit ausländischer Urteile liegen.

Kurz gefaßt: Rechtssetzungsbefugnis und unmittelbare Wirkung von Urteilen sind territorial, die Rechtsanwendung im Privatrecht nicht. Die beiden territorialen Punkte betreffen direkt die Souveränität von Staaten. Bei der Rechtsanwendung stellen die Staaten jedoch durch das Internationale Privatrecht Savigny'scher Prägung Souveränitätsüberlegungen hintan. Insoweit überwindet IPR Territorialität.

Die Diversität staatlicher Rechtsordnungen, gepaart mit der Territorialität des Rechts, bewirkt, daß die rechtlichen Verhältnisse im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr von Normierungslücken, Normkollisionen und Vollzugsdefiziten geprägt sind, und zwar in einem Ausmaß, wie wir es bei Binnentransaktionen nicht kennen. Property-rights theoretisch gesprochen: Infolge des Fehlens eines weltweiten protektiven Staates sind die property rights der am Außenhandel beteiligten Wirtschaftssubjekte häufig inkompatibel definiert und man-

gelhaft geschützt. Dadurch wird im Bereich der privaten Außenwirtschaftsbeziehungen eine spezifische Form von Unsicherheit erzeugt, die man „konstitutionelle Unsicherheit“ nennen kann (siehe Schmidt-Trenz 1990, 232 ff.). Dies ist eine Unsicherheit, die sowohl bei unvollständigen wie bei vollständigen Verträgen eine Rolle spielt; wobei zu beachten ist, daß ein vollständiger Vertrag nicht nur die Leistungen der Vertragsparteien in allen Weltzuständen regelt, sondern auch welchem Recht der Vertrag unterliegt und welches Gericht zuständig sein soll. Die aus der Unvollständigkeit von Verträgen hinsichtlich der Leistungsbedingungen in Gegenwart von Opportunismus und spezifischen Investitionen resultierenden Probleme sind wohlbekannt (siehe z. B. Hart 1987; Tirole 1988, 31 ff.). Sie brauchen hier nicht wiederholt zu werden. Aber auch wenn der Vertrag in dieser Hinsicht vollständig ist, verbleibt Unsicherheit bezüglich des anzuwendenden Rechts. Wenn die Parteien es selbst gewählt haben sollten, dann ist zwar diese Unsicherheit beseitigt, nicht aber notwendigerweise auch die bezüglich der Durchsetzung eines Urteils. Im übrigen können die Rechtswahl und die Wahl des Gerichtsstandes miteinander kollidieren. Denn das von einem Gericht anwendbare Recht bestimmt sich bei Transaktionen mit Auslandsberührung nach dem jeweiligen IPR. Dieses kann aber ein anderes Sachrecht zur Anwendung erklären als das von den Parteien gewählte. Wenn der Vertrag keine Regelung bezüglich des Sachrechts enthält, muß im Streitfall (wenn keine Schiedsvereinbarung getroffen wurde) zunächst das zuständige Gericht gemäß Internationalem Prozeßrecht bestimmt werden. Damit ist zugleich das anzuwendende IPR bestimmt, aus dem sich das anzuwendende Sachrecht ermitteln läßt. Ergeht ein Urteil und hat die unterlegene Partei kein Vermögen in dem Land, in dem das Urteil gesprochen wird, dann taucht das Problem der Anerkennung und Vollstreckbarkeit im Ausland auf. Es wird deutlich, daß die konstitutionelle Unsicherheit international agierende Wirtschaftssubjekte vor qualitativ besondere Koordinationsprobleme stellt, die sich in entsprechenden Transaktionskosten widerspiegeln.

Wenn die Parteien entscheiden können, welches Recht auf ihren Vertrag anwendbar sein soll, dann verursachen unterschiedliche nationale Regelungen bei grenzüberschreitenden Rechtsgeschäften keine Probleme (siehe Europäische Kommission 2001, 11, Nr. 28), aber Konflikte zwischen zwingenden Vorschriften können sich nach Ansicht der Kommission gleichwohl nachteilig auf grenzüberschreitende Geschäfte auswirken (siehe Europäische Kommission 2001, 11, Nr. 28).

Nach der hier vertretenen Ansicht geht konstitutionelle Unsicherheit auf ein Rechtsfindungs- und ein Rechtsdurchsetzungsproblem zurück. Zwei Probleme, die sich in dieser Form in der Binnenwirtschaft nicht stellen. Auch das sogenannte Souveränitätsrisiko etwa in Form des

Enteignungs- und Repudiationsrisikos (siehe dazu Schnitzer 2002; allgemein Herring 1984) gehört zur konstitutionellen Unsicherheit.

## **C) Die Rolle des Vertragsrechts**

Die Diskussion um die Rechtsvereinheitlichung leidet darunter, daß die Zusammenhänge vornehmlich aus der Sicht der juristischen Rechtswissenschaft untersucht werden; daß es auch einschlägige nichtjuristische Rechtstheorien gibt wie z. B. die ökonomische Rechtstheorie, wird häufig nicht zur Kenntnis genommen. In den zahlreichen Kommissionen arbeiten keine Ökonomen mit, und die Lektüre der Gutachten vermittelt nicht den Eindruck, daß man einschlägige ökonomische Theorien berücksichtigt hätte. Juristen beschäftigen sich anhand der Materie mit sich selbst. In diesem selbstreflexiven Diskurs wird manchmal aus den Augen verloren, daß die gesellschaftliche Legitimation des Rechts von einer außerhalb des Rechts liegenden Sphäre kommt: Es hat eine dienende Funktion als Mittel der Steuerung gesellschaftlicher und damit auch ökonomischer Prozesse. Die aus ökonomischer Sicht entscheidende Frage ist, wie die Rechtsmaterie in Parameter umgesetzt werden kann, die im Entscheidungskalkül wirtschaftender Menschen die zentrale Rolle spielen.

In diesem Beitrag wird davon ausgegangen, daß das Recht aus Sicht eines Entscheiders im wesentlichen eine Sicherungsfunktion übernimmt: Diese wird nicht dann relevant, wenn in einem Vertragsverhältnis alles glatt-, sondern wenn etwas schief läuft. Dann sind folgende Parameter bedeutsam: Wahrscheinlichkeit des Erfolgs einer Klage, die Höhe des Schadensersatzes (Streitwert), die Wahrscheinlichkeit und die Kosten, einen Rechtstitel durchzusetzen, die Kosten einer Klage und die Kostenallokationsregel.

### **I. Ein einfaches Tauschspiel**

Man stelle sich eine internationale Transaktion zwischen einem Mitglied des Staates A und einem Mitglied des Staates E vor, wobei beide Akteure als risiko-neutral angesehen werden sollen. Adam, ein Bürger des Staates A, verspricht Eva, einer Bürgerin des Staates E, ein Gut zu liefern, das für ihn den Wert X hat, für Eva hingegen den Wert Z. Im Gegenzug soll Eva ebenfalls ein Gut liefern, das beide Akteure mit Y bewerten. Es soll hierbei die Relation  $Z >$

$Y > X > 0$  gelten, was dazu führt, daß beide Seiten von dem Tausch profitieren, wenn die Versprechungen eingehalten werden<sup>9</sup>. Die Kooperationsrente, die Adam und Eva gemeinsam realisieren und aufteilen können, ist  $(Z-X) > 0$ . Wenn beide Seiten die Vereinbarung erfüllen, dann erhält Adam eine Auszahlung von  $(Y-X) > 0$  und Eva würde  $(Z-Y) > 0$  erhalten. Die Bedingung  $(Z-X) > 0$  alleine ist allerdings nicht ausreichend, um zu garantieren, daß sich beide Seiten tatsächlich wie abgesprochen verhalten, da die Vereinbarung nicht selbst-durchsetzend ist.<sup>10</sup> Die Extensivform dieses als „Trust Game“ bekannten Spiels ist in Abbildung 1 abgetragen. Die Extensivform eines Spiels beschreibt die Spieler (hier Adam und Eva), die möglichen Aktionsfolgen und den Informationsstand der Spieler, wenn sie am Zuge sind. Jeder Aktionskombination, mit der das Spiel beendet ist, werden die Auszahlungen der Spieler zugeordnet.

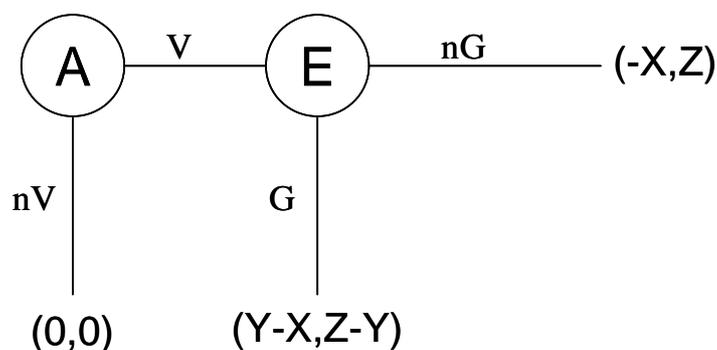


Abbildung 1: Tauschspiel in Extensivform

Im Spiel hat Adam (A) zunächst die Wahl, seine Vorleistung X zu erbringen (heißt: Aktion V wählen) oder dies nicht zu tun, also (nV) zu wählen. Entscheidet er sich für (nV), so ist das Spiel beendet; beide Parteien erhalten eine Auszahlung von Null. Leistet Adam – für Eva beobachtbar – vor, dann muß Eva entscheiden, ob sie die vereinbarte Gegenleistung erbringt (Aktion G) oder nicht (Aktion nG). Mit der Entscheidung ist das Spiel beendet. Erbringt Eva die Gegenleistung, dann erhält sie eine Auszahlung von  $(Z-Y)$  und Adam eine in Höhe von

<sup>9</sup> Zur Vereinfachung der Darstellung wird hier auf externe Effekte des Tauschs mit Dritten verzichtet. Informations- und Verhandlungskosten sind in den Auszahlungen bereits berücksichtigt.

<sup>10</sup> Die Analyse einer internationalen Transaktion in Form eines Gefangendilemma-Spiels, das auf beiden Seiten vorhandene Vertragsrisiken verdeutlicht, ist in *Schmidt-Trenz/Schmidtchen* (1991) nachschlagbar.

(Y-X). Verweigert Eva die Gegenleistung, dann beträgt ihre Auszahlung (Z) und die von Adam (-X).<sup>11</sup>

Die Lösung des Spiels besteht im teilspielperfekten Nash-Gleichgewicht. Der einfachste Weg, ein solches Gleichgewicht herzuleiten, ist die Rückwärtsinduktion. Adam sieht voraus, dass Eva im Falle seiner Vorleistung nG wählen wird (weil  $Z > Z - Y$ ) und er deshalb eine Auszahlung von (-X) erhält. Da er durch die Wahl von nV sich eine Auszahlung von 0 garantieren kann, wird er nV wählen (weil  $0 > -X$ ).

Daraus resultiert als einziges teilspielperfektes Gleichgewicht dieses Spiels das Strategieprofil  $\{nV, nG\}$ . Dieses Gleichgewicht ist Pareto-ineffizient, da beide Parteien besser dastehen würden, würde der Pfad  $\{V, G\}$  gespielt.<sup>12</sup>

Man kann die aus dem Tauschspiel resultierende Ineffizienz als „Koordinationsineffizienz“ bezeichnen. Sie resultiert aus dem Fehlen jedweden Mechanismus', der Adams Interessen schützen würde. Die mögliche Verletzung der Vereinbarung durch Eva hat Opportunitätskosten in Höhe von  $(Z - X)$  zur Folge, die sich in Abhängigkeit der genauen Ausprägung der „terms of trade“, repräsentiert durch Y, auf die beiden Akteure aufteilen. Aus diesem Grund würden beide Seiten der Einschaltung einer Institution zustimmen, die die Handlungsalternative V zu Adams präferierter Wahl macht, solange die Kooperationserträge ‚Z - X‘ die Kosten dieser Einrichtung übersteigen.

## II. Das Tauschspiel mit Klagemöglichkeit

### 1) Das Modell<sup>13</sup>

Wie der vorhergehende Abschnitt zeigt, sind für zwei Spieler grundsätzlich vorteilhafte Vereinbarungen zum Scheitern verurteilt, sobald mindestens eine der beteiligten Parteien fürchten muß, daß die andere die Vereinbarung nicht einhält. Gerichtsverfahren sind ein Mechanismus, diesem Opportunismus vorzubeugen. In diesem Abschnitt wird zum „Trust Game“ die weite-

---

<sup>11</sup> Prinzipiell kann auch Eva vorleisten; außer den Bezeichnungen in Abb. 1 ändert sich aber nichts.

<sup>12</sup> Eine Strategiekombination ist Pareto-effizient, wenn keine der Parteien bessergestellt werden kann, ohne daß die andere Partei schlechter gestellt wird. Eine Strategiekombination ist Pareto-ineffizient, wenn eine Partei bessergestellt werden kann, ohne die andere schlechter zu stellen.

<sup>13</sup> Dieses Modell ist eine vereinfachte Version des Modells von *Kirstein/Neunzig* (1999).

re Stufe des Gerichtsverfahrens hinzugefügt. In der Extensivform des resultierenden Spiels (siehe Abbildung 2) hat Adam nun die Möglichkeit Eva auf die Summe  $Y$  zu verklagen (siehe Knoten  $A_2$ ).<sup>14</sup> Damit ist also  $Y$  der Streitwert.

Entscheidet sich Adam dafür zu klagen, erreicht das Spiel den Knoten  $J$ , der eine juristische Entscheidung darstellt. In vorliegender Arbeit wird der Weg der Entscheidungsfindung, den die das Gericht repräsentierenden Personen durchlaufen, nicht näher betrachtet, sondern lediglich die Wahrscheinlichkeit des Klägers, den Prozeß zu gewinnen.<sup>15</sup> Der Richter entscheidet an Knoten  $J$  mit der Wahrscheinlichkeit  $p_i$  im Sinne des Klägers Adam, mit Wahrscheinlichkeit  $(1-p_i)$  bekommt Eva Recht. Der Indikator  $i$  mit  $i \in \{A; E; H\}$  erfaßt die Nationalität des Gerichts, an dem der Fall vorgebracht wird. Dabei steht  $A$  für das Gericht in Adams Heimatland,  $E$  für das in Evas Heimatland und  $H$  für ein Gericht in einem anderen Land. Das Internationale Privatrecht ergänzt um bilaterale oder multilaterale völkerrechtliche Verträge regelt die Frage, in welchem Land Adam Klage erheben kann.

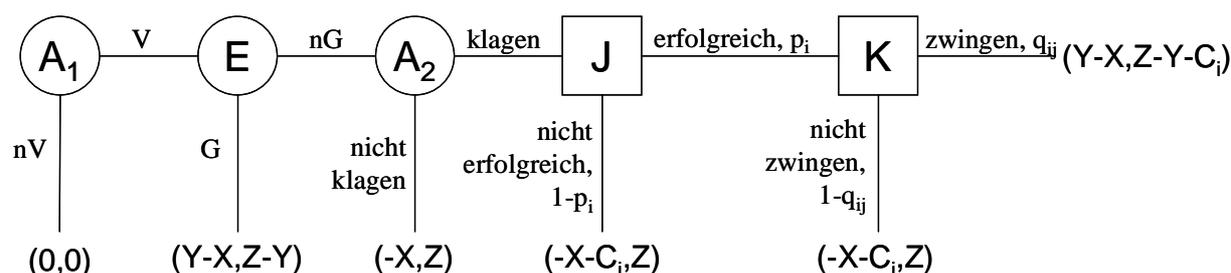


Abbildung 2: Das Vertragsspiel (Tauschspiel mit Klagemöglichkeit)

Obsiegt Adam mit seiner Klage, entsteht dann ein neues Problem, wenn Eva in dem Land, in dem das Urteil gefällt wurde, über keine Vermögenswerte verfügt. In diesem Fall ist das das Urteil sprechende Gericht nur dann eine effektive Durchsetzungseinheit, wenn das Urteil in dem Land, in dem Eva über Vermögen verfügt, anerkannt und durchgesetzt wird. Jenes Land

<sup>14</sup> Adam die Möglichkeit der Klage gegen Eva einzuräumen, kann zwar als Mechanismus gegen den Vertragsopportunistismus angesehen werden, läßt aber eine andere Ausprägung opportunistischen Verhaltens zu: Adam könnte nun durchaus auch dann eine Klage einreichen, wenn er wüßte, daß Eva alle vertraglichen Pflichten erfüllt hätte, was als opportunistischen Klageverhalten bezeichnet werden könnte. Die Möglichkeit des Zustandekommens solch eines Gerichtsverfahrens wird hier fallengelassen (zu einer umfassenden Betrachtung dieser Möglichkeit siehe *Kirstein/Schmidtchen* 1997).

<sup>15</sup> Selbstverständlich könnte auch dieser Entscheidungsprozeß im einzelnen modelliert werden, aber das wäre aus Sicht der Zielsetzung dieses Papers unangebracht.

sei mit  $j$  bezeichnet.<sup>16</sup> Normalerweise ist die Anerkennung ausländischer Urteile und deren Durchsetzung Aufgabe eines inländischen Gerichts (in Abbildung 2 durch den Knoten K repräsentiert). Auch dieses Gerichtsverfahren wird auf eine Wahrscheinlichkeitsverteilung reduziert. Die Wahrscheinlichkeit, daß ein Gericht K in Land  $j$  ein ausländisches Urteil aus Land  $i$  anerkennt (und die Erlaubnis erteilt es durchzusetzen) wird hier mit  $q_{ij}$  bezeichnet (mit  $i, j \in \{A; E; H\}$ ). Mit Wahrscheinlichkeit  $(1-q_{ij})$  wird dies hingegen abgelehnt. Zur Vereinfachung wird angenommen, daß Anerkennung und Durchsetzung keine zusätzlichen Kosten verursachen. Der Kläger Adam muß die Prozeßkosten begleichen, bevor die Anhörung beginnt. Im Weiteren wird die britische Regel der Kostenallokation angewandt, die besagt, daß derjenige, der in einem Verfahren verliert, die Prozeßkosten beider Parteien ( $C_i$ ) aufbringen muß. Die Auszahlungen für jeden Ast des resultierenden Spielbaums sind leicht einsichtig und an den betreffenden Stellen abgetragen.

## 2) Teilspielperfekte Gleichgewichte

Im Folgenden sollen Relationen abgeleitet werden, die bilaterale Vertragstreue, also das Einhalten des Vertrags von beiden Spielern, garantieren. Mit Hilfe der Rückwärtsinduktion beginnt die Analyse am Knoten  $A_2$ . An diesem Knoten hat ein Vertragsbruch stattgefunden und Adam muß entscheiden, ob (und gegebenenfalls wo) er eine Klage einreicht oder nicht.

Adam würde eine Klage in Land  $i$  einreichen, wenn die erwartete Auszahlung einer Klage nicht kleiner ist als die Auszahlung bei einem Verzicht auf die Klage. Er wird deshalb klagen, wenn folgende Bedingung erfüllt wäre:

$$(1) p_i \cdot [q_{ij} \cdot (Y - X) + (1 - q_{ij}) \cdot (-X - C_i)] + (1 - p_i) \cdot (-X - C_i) \geq -X$$

Diese Bedingung kann umgeformt werden zu:

$$(2) p_i \cdot q_{ij} \geq \frac{C_i}{Y + C_i}$$

Daraus folgt, daß die Wahrscheinlichkeit des effektiven Rechtsschutzes für Adam einen Schwellenwert überschreiten muß, der durch die Gerichtskosten  $C_i$  und den Streitwert  $Y$  be-

---

<sup>16</sup> In einer Welt mit vielen Nationalstaaten ist ein Urteil, das in einem Land gesprochen wird, nicht automatisch auch in einem anderen Land gültig und selbst wenn es diese Gültigkeit besitzt, ist keineswegs garantiert, daß die angeordnete Zahlung auch wirklich durchgesetzt werden kann.

stimmt wird. Sobald Bedingung (2) erfüllt ist, geht Eva davon aus, daß Adam den Fall (in Land i) vor Gericht bringen wird. Sie zieht es daraufhin vor, den Vertrag nicht zu brechen, wenn folgendes gilt:

$$(3) Z - Y \geq p_i \cdot [q_{ij} \cdot (Z - Y - C_i) + (1 - q_{ij}) \cdot Z] + (1 - p_i) \cdot Z$$

Umgeformt ist dies äquivalent zu:

$$(4) p_i \cdot q_{ij} \geq \frac{Y}{Y + C_i}$$

Im letzten Schritt der Rückwärtsinduktion ist zu prüfen, welche Aktion Adam am Knoten  $A_1$  wählt. Adam hat am Knoten  $A_1$  die Wahl zwischen nV, was ihm eine Auszahlung in Höhe von Null bringen würde, und V, wodurch er  $Y - X$  erhalten würde. Er wird V wählen und Eva wird G wählen. Da Eva nicht liefern wird, wenn Adam nicht klagt, sind die Bedingungen (2) und (4) notwendig und hinreichend für bilaterale Vertragstreue. Dies führt zu folgendem Ergebnis:

Bei gegebener Britischer Regel der Kostenallokation im Vertragsspiel führt die Möglichkeit, eine Klage in Land i einzureichen und in Land j durchsetzen zu lassen, genau dann zu bilateraler Vertragstreue, wenn gilt:

$$(5) \frac{C_i}{Y + C_i} \leq p_i \cdot q_{ij} \geq \frac{Y}{Y + C_i}.$$

Bilaterale Vertragstreue bedeutet, daß Transaktionen reibungslos ablaufen, d. h. daß Gerichte nicht angerufen werden müssen; die internationale Transaktion findet im **Schatten der Gerichte** statt.

Relation (5) erlaubt folgende Interpretation: Je höher die Werte von  $p_i$  oder  $q_{ij}$  sind, desto eher ist die Bedingung für eine beiderseitig vorteilhafte internationale Transaktion erfüllt.<sup>17</sup> Umformen von Relationen (2) und (4) erlaubt es, die Transaktionskosten zu isolieren und deren Einfluß auf bilaterale Vertragstreue zu verdeutlichen. Adam erbringt seine Leistung, wenn gilt:

$$(2a) p_i \cdot q_{ij} \cdot Y \geq (1 - p_i \cdot q_{ij}) \cdot C_i.$$

---

<sup>17</sup> Unterstellt man imperfekte Richter sowie die Möglichkeit zu opportunistischen Klagen, dann können niedrige Werte von  $q_{ij}$  ein Korrektiv sein, zweiseitige Vertragstreue zu erzeugen (siehe dazu *Kirstein/Neunzig* 1999). Imperfekte Richter lehnen mit positiver Wahrscheinlichkeit eine berechtigte Klage ab und geben mit positiver Wahrscheinlichkeit einer opportunistischen Klage statt.

Das ist äquivalent zu:

$$(2b) Y \geq \frac{(1 - p_i \cdot q_{ij})}{p_i \cdot q_{ij}} \cdot C_i .$$

Die rechte Seite der Ungleichung (2b) ist der Schwellenwert, der Adams Entscheidungssituation beherrscht. Wenn der auf dem Spiel stehende Streitwert,  $Y$ , mindestens so groß ist, wie dieser Schwellenwert, wird Adam die Klage einreichen. Der Schwellenwert hängt von Parametern ab, die von den zu erwartenden Transaktionskosten des internationalen Handels aus Adams Sicht beeinflusst werden. Die erwarteten Transaktionskosten stehen im Zähler des Schwellenwerts: je höher  $(1 - p_i \cdot q_{ij}) \cdot C_i$  ist, desto höher ist auch der Schwellenwert  $\bar{Y}_A$ . Eine ähnliche Formel kann aus Relation (4) abgeleitet werden:

$$(4a) p_i \cdot q_{ij} \cdot (Y + C_i) \geq Y .$$

Dies ist äquivalent zu:

$$(4b) Y \leq \frac{p_i \cdot q_{ij}}{(1 - p_i \cdot q_{ij})} \cdot C_i .$$

Die rechte Seite der Ungleichung (4b) ist der Schwellenwert, der für Evas Entscheidungssituation von Relevanz ist. Wenn der Streitwert  $Y$  diesen Wert übersteigt, ist Eva nicht dazu motiviert, die Gegenleistung zu erbringen. Dieser Schwellenwert hängt von Parametern ab, die die erwarteten Kosten des Betrugs definieren. Diese Kosten entsprechen  $p_i \cdot q_{ij} \cdot C_i$ . Je niedriger  $p_i$  und  $q_{ij}$  sind, desto niedriger sind auch die erwarteten Betrugskosten und desto niedriger ist der Schwellenwert.

Bilaterale Vertragstreue erfordert:

$$(5a) \frac{1 - p_i \cdot q_{ij}}{p_i \cdot q_{ij}} \cdot C_i \leq Y \leq \frac{p_i \cdot q_{ij}}{1 - p_i \cdot q_{ij}} \cdot C_i .$$

Interpretiert man  $Y$  als die „terms of trade“, läßt Relation (5a) eine interessante Schlußfolgerung zu: damit internationaler Handel auftreten kann, müssen zwei Bedingungen erfüllt sein – die „terms of trade“ müssen das Pareto-Kriterium  $Y \in [X; Z]$  erfüllen, und gleichzeitig muß die „Vertragstreuebedingung“ (5a) gewährleistet sein.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Die traditionelle ökonomische Außenhandelstheorie unterstellt, daß die Vertragstreuebedingung (5a) immer erfüllt ist.

Das präsentierte Modell thematisiert nicht die Frage, welches Vertragsrecht die Parteien ihrer Transaktion zugrundelegen, wenn das Pareto-Kriterium erfüllt sein sollte. Läßt die internationale Rechtsordnung (siehe dazu im einzelnen IV. 1.) die Rechtswahl zu, dann werden die Parteien ein Recht wählen, das die Vertragstreuebedingung gewährleistet. Wenn ein solches Recht nicht existiert (oder keine Wahlfreiheit besteht), dann scheitert die Transaktion. Wenn die Vertragsrechte verschiedener Staaten die Vertragstreuebedingung gewährleisten, aber z. B. die Kostenallokationsregeln oder die Schadenersatzregeln die Parteien unterschiedlich belasten, dann wird diesem Umstand in der Verhandlung über das anzuwendende Vertragsrecht durch eine Anpassung der terms of trade Rechnung getragen. Bevorzugt z. B. das gewählte Recht eher Eva, dann wird dies durch eine Erhöhung von  $Y$  ausgeglichen, mit der Folge, daß  $Z - Y$  sinkt und  $Y - X$  steigt.

Da die erwarteten Kosten internationalen Handels ausschließlich von den Verfahrensvariablen ( $p_i$ ,  $q_{ij}$ ,  $C_i$ ) abhängen, können Gesetzgeber diese prinzipiell so festsetzen, daß internationaler Handel ermöglicht wird. In diesem Fall sind die ‚ex post‘-Transaktionskosten gleich Null, da nun kein Anlaß für Adam zur Klageerhebung mehr besteht. Wird jedoch Relation (5a) verletzt, unterminieren die Transaktionskosten die Wirtschaftlichkeit internationaler Transaktionen und diese unterbleiben trotz gegebenen Wertschöpfungspotentials.

Vor dem Hintergrund dieses Modells läßt sich nun der Unterschied zwischen einer nationalen und einer internationalen Transaktion bestimmen: Wäre die Transaktion zwischen Adam und Eva eine nationale Transaktion in A-Land, dann wäre in (5)  $q_{ij}$  durch  $q_{ii}$  ( $i = A$ ) zu ersetzen, mit  $q_{ii} = 1 > q_{ij}$ . Dadurch würde zwar noch nicht garantiert, daß Bedingung (5) erfüllt ist; denn  $p_i < 1$  ist möglich. Aber wegen  $q_{ij} < q_{ii}$  scheitert eine internationale Transaktion eher als eine nationale.

Die Rechtsordnung könnte aber auch regeln, daß Adam in Land  $j$  Klage erheben muß. Dann wäre  $p_i$  durch  $p_j$  zu ersetzen. Gilt für eine inländische Transaktion  $p_i$  (mit  $p_i > p_j$ ), dann würde auch hier wieder Bedingung (5) eher bei einer internationalen als einer nationalen Transaktion verletzt.

Weitere Varianten werden im nächsten Abschnitt diskutiert.

Einem Einwand gegen das hier präsentierte Modell soll vorweg begegnet werden. Er lautet, die vertragliche Lebenswirklichkeit sei viel zu komplex, um sie mit einem „schnöden“ ökonomischen Modell zu erfassen. Der Einwand ist verfehlt. Er übersieht, daß das Modell einen wesentlichen Aspekt jedes Vertragsverhältnisses der Lebenswirklichkeit pointierend abstrahierend hervorhebt – nämlich den Umstand, daß im Vertragsverhältnis etwas schief läuft. Kluge

Vertragsparteien werden vor und nach Abschluß eines Vertrages die Möglichkeit einer Leistungsstörung bedenken und sich im Falle eines möglichen erlittenen Schadens fragen, ob sie Recht bekommen und wenn ja, was das Recht wert ist. Genau dieser Aspekt der Wirksamkeit des Schattens des Rechts steht im Zentrum des Modells. Dabei werden die Zusammenhänge aus der Sicht der Entscheidungsträger untersucht, denn diese sind die Adressaten des Rechts.

## D) Internationale konstitutionelle Politik

Übertriebene Rechtszersplitterung hat bekanntlich zu mancherlei Spott Anlaß gegeben: Voltaire bezeichnete es als „étrange barbarie“, daß man als Reisender „auf der Fahrt durch das Königreich an jeder Poststation zugleich mit den Pferden auch das Recht wechselte“.<sup>19</sup> Auf der anderen Seite ließe sich von einem „nivellement barbare“ sprechen, wenn man die Rechtsvereinheitlichung (ohne Nutzen-Kosten-Vergleich) um ihrer selbst Willen betriebe.

Im folgenden soll zuerst ein allgemeines Konzept zur Beschreibung internationaler Rechtsordnungen dargestellt werden. Dieses Konzept wird dann benutzt, um dem Begriff der Rechtsvereinheitlichung eine ökonomische Interpretation zu geben. Im Anschluß daran wird die Frage diskutiert, ob das Ziel der Rechtsvereinheitlichung ökonomisch wünschenswert ist. Abschließend sollen die Optionen zur Rechtsvereinheitlichung ökonomisch beurteilt werden.

### I. Internationale Rechtsordnung und Rechtsangleichung (Begriffliches)

Die Rechtsordnung eines Staates  $i$  beeinflußt die Entscheidungen von international tätigen wirtschaftlichen Akteuren hinsichtlich eines bestimmten Transaktionstyps über 5 Parameter:

- die Wahrscheinlichkeit eines Sieges des Klägers im Klagefall ( $p_i$ );
- die Wahrscheinlichkeit, ein Urteil aus Land  $i$  in Land  $j$  durchzusetzen ( $q_{ij}$ );
- die Höhe des Schadenersatzes (einschließlich Bestimmung des Streitwertes);
- die Kostenallokation (Prozeßkostenanteile von Kläger und Beklagtem; Kosten der Beweislast);

---

<sup>19</sup> Zitiert nach *Kötz*, (1986, 1)

- Kosten der Durchsetzung eines gerichtlich anerkannten Anspruchs.

Eine internationale Rechtsordnung kann beschrieben werden durch die Ausprägung dieser Parameterwerte für jedes einzelne Land in der Welt.

Einige Beispiele für die Gewinn- und Durchsetzungswahrscheinlichkeiten mögen die Natur einer internationalen Rechtsordnung beschreiben (dabei wird der Einfachheit halber nur auf die Länder A, Heimatland von Adam, und E, Heimatland von Eva, abgehoben):

- Wenn das nationale Recht in A und E eine Klage nur in Land E erlaubt, dann gilt:  $p_A = 0$ ;  $p_E \geq 0$ ;  $q_{EA} = 0$ ;  $q_{EE} = 1$ ;  $q_{AE} \geq 0$ .
- Wenn das Recht in A und E regelt, daß nur im Heimatland des Klägers geklagt werden darf, dann gilt:  $p_E = 0$ ;  $p_A \geq 0$ ;  $q_{EE} \geq 0$ ;  $q_{EA} = 0$ ;  $q_{AE} = 0$ ;  $q_{AA} = 1$ .
- Hier ist ein Fall von Kollisionen, mit  $p_i q_{ij} = 0$ : das Recht in jedem Land schreibt vor, daß nur im anderen Land geklagt werden kann:  $p_A = 0 = p_E$ ;  $q_{AE} = 0 = q_{EA}$ .
- Die nationalen Rechtsordnungen mögen Klagen in beiden Ländern zulassen, aber ausländische Urteile müssen von einem inländischen Gericht anerkannt und für vollstreckbar erklärt werden:  $p_A \geq 0$ ;  $1 \geq q_{AE} \geq 0$ ;  $p_E \geq 0$ ;  $1 \geq q_{EA} \geq 0$ ;  $q_{AA} = 1$ ;  $q_{EE} = 1$ .
- Eine Vereinbarung zwischen A und E, ihre Urteile unbedingt wechselseitig anzuerkennen und zu vollstrecken, führt zu:  $q_{AA} = q_{AE} = q_{EA} = q_{EE} = 1$ .

Das Modell erfaßt auch Unterschiede in den Gewinnwahrscheinlichkeiten. Man betrachte den Fall  $p_A > p_E > 0$ : Eine solche Differenz könnte auf eine Diskriminierungsneigung gegen Ausländer zurückzuführen sein (Xenophobie). Der Unterschied könnte aber auch aus Differenzen im anwendbaren materiellen Recht oder im Prozeßrecht resultieren.

Die Ausprägungen der fünf entscheidungstheoretisch relevanten Komponenten einer Rechtsordnung stehen nicht mit dem Anspruch der Wahrheit am schwarzen Brett angeschlagen. Sie müssen aus den Gesetzestexten und den Verfahrensweisen der Gerichte herauskristallisiert werden. Deshalb ist durchaus fraglich, ob die Partner einer grenzüberschreitenden Transaktion überhaupt die exakten Werte von z. B.  $p_i$ , und  $q_{ij}$  kennen. Es herrscht sozusagen Unsicherheit über die relevanten Ausprägungen der entscheidungsrelevanten Komponenten der nationalen Rechtsordnungen.<sup>20</sup> Dieser Umstand führt zunächst zu der Frage, ob das Wesen der konstitutionellen Unsicherheit im obigen Modell vollständig erfaßt wurde. Dort erschien sie nämlich als Form eines Risikos, dem man in einem Entscheidungskalkül rational Rechnung tragen kann.

Wenn man  $p_i$ ,  $q_{ij}$  und den Streitwert kennt, dann ist die Frage leicht zu beantworten, ob Bedingung (5) erfüllt ist oder nicht. Tatsächlich ist aber genau das das Problem. Die Wahr-

scheinlichkeiten sind häufig nicht bekannt. Wir haben es dann mit „echter“ oder Knightscher Unsicherheit zu tun, die einen simplen Kalkül à la Bedingung (5) ausschließen würde. Es wäre deshalb zu prüfen, inwieweit eine Rechtsvereinheitlichung diese Art der Unsicherheit reduziert. Eine solche Untersuchung würde jedoch den Rahmen dieses Beitrages sprengen.

Selbst wenn die Gesetzestexte in mehreren Ländern identisch wären, wäre es voreilig zu schließen, daß auch die Gewinnwahrscheinlichkeiten und die Urteilsdurchsetzungswahrscheinlichkeiten gleich groß sind (also:  $p_i = p_j$  und  $q_{ij} = q_{ji}$ , für alle  $i, j$  und  $i \neq j$ ). Die konkreten Werte der Parameter (gleiches gilt für die anderen oben erwähnten Parameter einer Rechtsordnung) hängen maßgeblich von der Anwendung der Rechtsregeln ab. So kennen wir z. B. Unterschiede in den Gewinnwahrscheinlichkeiten einer Klage auch im Rahmen einer nationalen Rechtsordnung.

## II. Ist Rechtsvereinheitlichung ein erstrebenswertes Ziel? (Grundsätzliches)

Versteht man unter Rechtsvereinheitlichung den Ersatz von 25 Vertragsrechtssystemen (materielles und prozessuales Recht) durch ein einheitliches europäisches Vertragsrecht – das ist das Ziel, das über den Umweg eines Gemeinsamen Referenzrahmens angestrebt wird –, dann hätte dies folgende Wirkungen: alle Gerichte in Europa würden dieselben Rechtsregeln anwenden (aber vermutlich nicht auf identische Art und Weise); Juristen würden über denselben Rechtstext disputieren; alle Parteien würden dieselben Rechte und Pflichten besitzen (es sei denn, sie würden diese einvernehmlich abändern). So wie die Einführung des Euro die Transaktionskosten gesenkt hat, so wird – das ist die Hoffnung – das Einheitsrecht die aus der Fragmentierung des Vertragsrechts resultierenden Transaktionskosten senken und das Funktionieren des Binnenmarktes fördern. Aber selbst wenn eine Vereinheitlichung zu den erhofften Kosteneinsparungen führen sollte, so ist damit bestenfalls eine notwendige aber nicht hinreichende Bedingung für dessen Einführung erfüllt. Die entscheidende Frage lautet nämlich, welches die Kosten sind, die durch die Vereinheitlichung hervorgerufen werden, und ob die eingesparten Transaktionskosten größer oder kleiner als diese Kosten sind.

Rechtsvereinheitlichung hat ihren Preis (siehe auch Ranieri in diesem Band). Diesen Preis zu vernachlässigen wäre genau so töricht wie zu behaupten, daß Diversität und Territorialität von

---

<sup>20</sup> Diese Unsicherheit kann durch Aufwendung von Kosten für Rechtsberatung reduziert, aber nicht beseitigt werden.

Rechtsordnungen erhalten werden sollten, ohne zu bedenken, daß beides Barrieren für internationale Transaktionen darstellen können. Ein Blick auf die Theorie der monopolistischen Konkurrenz verdeutlicht die Problemlage: Heterogene Produkte in einem Markt gewährleisten Vielfalt. Aber diese ist mit höheren Durchschnittskosten und Preisen verbunden – im Vergleich zu einer Situation, in der es nur eine Produktart gibt, bei deren Produktion positive Skalenerträge auftreten. Kein vernünftiger Mensch würde Einheitsbrei anstelle von Breivariationen fordern, nur weil Einheitsbrei billiger zu haben wäre.

Das Folgende kann nicht eine quantitative Abschätzung der Nutzen und Kosten einer Rechtsvereinheitlichung liefern. Es dient lediglich dazu, die ökonomischen Faktoren zu identifizieren, die für die Frage der Rechtsvereinheitlichung relevant sind.

Generell gilt: Die Herstellung der Rechtseinheit ist dann ein erstrebenswertes Ziel, wenn dadurch der internationale Handel gefördert wird, ohne daß mit der Herstellung der Rechtseinheit Kosten entstehen, die die Vorteile aus einer Förderung des internationalen Handels überkompensieren.

Wird der internationale Handel durch Vereinheitlichung des Vertragsrechts gefördert?

- Vertragsparteien stehen häufig vor der Frage, welchem Recht sie den Vertrag unterwerfen sollen. Sie müssen Informationskosten aufwenden, um das aus ihrer Sicht „beste“ Recht zu finden. Diese Informationskosten stellen eine Transaktionsbarriere dar. Die Schaffung eines zwingenden Einheitsrechts beseitigt die Barriere, weil man nun nichts mehr zu suchen hat.

Aber dieses Argument entpuppt sich als zweischneidig: Einheitsrecht garantiert nämlich nicht, daß Bedingung (5) erfüllt wird. Es kann sogar die Ursache für eine Verletzung sein, wenn die Vertragsparteien unter Aufwendung von Informationskosten ein geeignetes Recht gefunden hätten, bei dem Bedingung (5) erfüllt gewesen wäre (und auch die Informationskosten gedeckt würden), und durch die Vereinheitlichung dieses Recht nicht mehr zur Verfügung steht.

- Von Ott und Schäfer wurde mit Recht darauf hingewiesen, daß auch bei Binnentransaktionen, die einem Einheitsrecht unterliegen, Informationsprobleme auftauchen, die hier auf Knightsche Unsicherheit zurückgeführt werden. Auch bei Binnentransaktionen ist die Gewinnwahrscheinlichkeit vor Gericht selbst eine unsichere Größe; sie schwankt von Gericht zu Gericht. Auch ist die Höhe des Schadenersatzes ungewiß. Warum sollte von einem Einheitsrecht in Europa anderes zu erwarten sein?

- Im Modell wird der internationale Handel dann gefördert, wenn durch Vereinheitlichung des Rechts  $p_i$  und  $q_{ij}$  derart erhöht werden, daß Bedingung (5) – die ohne Vereinheitlichung als verletzt angenommen sei – nunmehr erfüllt ist. Es ist aber nicht ersichtlich, wie durch Rechtsvereinheitlichung als solche die Gewinnwahrscheinlichkeit des Klägers steigen sollte. Es ist durchaus denkbar, daß sich eine Gewinnwahrscheinlichkeit ( $p$ ) ergibt, für die gilt:  $p < p_i$ .

Bei der Komponente  $q_{ij}$  sieht die Lage anders aus: Rechtsvereinheitlichung bedeutet hier, daß quasi binnenwirtschaftliche Verhältnisse hergestellt werden mit der Folge, daß  $q_{ij} = q_{ii} = 1$ .

- Unternehmen, die in 25 Ländern aktiv sind, müssen 25 Vertragsrechte beachten und ihre Geschäftspolitik darauf abstellen. Das impliziert Kosten. Aber solche Unternehmen operieren entweder mit Tochtergesellschaften oder verfügen über Rechtsabteilungen, die das nötige Rechtswissen verschaffen.

Daß Rechtsvielfalt keine Markteintrittsbarriere für mittelständische Unternehmen darstellt, beweist die Praxis (siehe Gert Wagner 2002). Im übrigen bleiben durch eine Vereinheitlichung des Vertragsrechts andere Faktoren unberührt, die für internationale Transaktionen mindestens so bedeutsam sind wie das Vertragsrecht: Sprache, Sitten und Gebräuche, Steuerunterschiede und Regulationen. Hierzu zählt auch das, was unter dem Begriff „ordre public“ zusammengefaßt wird.<sup>21</sup>

- Die Höhe von  $p_i$  und  $q_{ij}$  sind nicht nur eine Frage des Rechts in den Büchern, sondern auch eine Frage der Rechtspraxis, also das, was Richter und Administratoren daraus machen. Es ist eine Illusion zu glauben, daß einheitliches Privatrecht auch zu  $p_i = p_j$  und  $q_{ij} = q_{ii} = 1$  führt.

Welche Kosten sind mit der Herstellung von Rechtseinheit verbunden?

- Es sei vorweg betont, daß die Schaffung eines einheitlichen Rechts im definierten Sinne ein Wissen voraussetzt, das niemand besitzen kann. Man müßte nämlich den funktionalen Zusammenhang zwischen der Veränderung der Rechtsmaterie und der Veränderung der Komponenten der nationalen Rechtsordnungen kennen. Dieses Wissen zu beschaffen wür-

---

<sup>21</sup> Die Theorie des „second-best“ ist einschlägig. Selbst wenn ein einheitliches Vertragsrecht – für sich betrachtet – ideal wäre, so verringert sich mit seiner Einführung die Wohlfahrt, wenn andere gesellschaftliche Phänomene nicht ihre Idealform aufweisen (oder sich von Staat zu Staat unterscheiden). Im übrigen kann ein Einheitsrecht dann nicht ideal sein, wenn die 25 nationalen Rechte optimal an die Präferenzen der jeweiligen Staaten angepaßt sind.

de unendlich hohe Kosten verursachen. In der Tat, eine „übertriebene“ Rechtsvereinheitlichung könnte das implizieren, was Hayek „Anmaßung von Wissen“ genannt hat.

- Rechtsvereinheitlichung setzt voraus, daß man sich auf ein Einheitsrecht einigt. Diese Einigung ist mit Entscheidungskosten verbunden. Welches Leitbild der Gesellschaft soll rechtlich verwirklicht werden? Eine bürgerliche Gesellschaft? Welche Kompetenz traut man den Vertragsparteien zu? Wird das Weltbild von ubiquitären Störungen der Vertragsparität beherrscht oder von einer nahezu schrankenlosen Parteienautonomie?
- Die Vereinheitlichung des Rechts ist eine politische Entscheidung, bei der Nationalstolz ebenso eine Rolle spielt wie politische Tauschgeschäfte. Ein Esperanto-Recht muß nicht effizientes Recht sein.<sup>22</sup>
- Die Implementierung des Einheitsrechts erzeugt Kosten, die den Produktionskosten von Gütern vergleichbar sind. In der Übergangsphase steigt zudem die Rechtsunsicherheit, was Irrtumskosten auf Seiten der Rechtsprechung und auf Seiten der Rechtsgenossen zur Folge hat. Schließlich sind Umstellungskosten in Rechnung zu stellen, wenn das Einheitsrecht nicht nur grenzüberschreitende Transaktionen erfaßt, sondern gleichermaßen für Binnen-transaktionen gilt.
- Einheitsrecht erschwert Rechtsinnovationen, weil die Zahl der am diesbezüglichen kollektiven Willensbildungsprozeß Beteiligten steigt. Es stellt außerdem – wenn es mandatorisch ist – eine Homogenisierung des Gutes „Recht“ dar. Aber was in traditionellen Gütermärkten gilt, daß nämlich die Heterogenität von Gütern den Nutzen steigert, gilt auch im Fall des Gutes Recht: Die Besonderheiten von Transaktionen verlangen nach maßgeschneider-ten Rechtsmänteln, also nach unterschiedlichen Vertragsrechten. Allerdings gibt es einen „trade-off“ zwischen Heterogenität und Kosten: Einheitliches Recht könnte die Kosten der Nutzung desselben so stark reduzieren, daß die mit dem Verlust der Heterogenität verbundenen Nachteile überkompensiert werden.

Im übrigen könnte auch ein „trade-off“ zwischen statischer und dynamischer Effizienz auftreten: Die Vereinheitlichung mag statische Effizienz sichern, aber die dynamische Effizienz gefährden (und umgekehrt). Eine Parallele bietet sich mit der Schaffung neuen Wissens an: Nachdem neues Wissen etwa über die Schaffung eines bisher nicht bekannten Pro-

---

<sup>22</sup> Das Vertrauen in die Weisheit eines europäischen Gesetzgebers hält sich in Grenzen, wenn man an die flächendeckende Einführung von Recht in anderen Rechtsgebieten denkt (siehe z. B. das Folgerecht; hierzu: *Kirstein/Schmidtchen* 2001; *Schmidtchen/Kirstein* 2002).

dukts vorhanden ist, fordert die Herstellung statischer Effizienz, dieses Wissen allgemein zugänglich zu machen. Aber genau dies wäre ein Verfahren, die Schaffung neuen Wissens zu gefährden (dynamische Ineffizienz).

### III. Optionen zur Rechtsangleichung (Harmonisierung)

Schmidt-Trenz hat vor vielen Jahren darauf hingewiesen, daß es vier grundsätzliche Vorgehensweisen bei der Harmonisierung des Rechts gibt (siehe Schmidt-Trenz 1990, 299 f.).

*Rechtsangleichung*: Hierbei geht es um die Rechtsvereinheitlichung, also die „Herstellung gleichen Rechts an Stelle verschiedenen Rechts“ (Kegel 1971, 10). Rechtsangleichung kann auf der Ebene der Kollisionsnormen erfolgen oder auf der Ebene der Sachnormen („internationales Einheitsrecht“). Die vier Kommissions-Optionen sind Varianten zur Schaffung internationalen Einheitsrechts.

Daneben gibt es die Möglichkeit der speziellen Rechtsfortbildung im Sinne der Entwicklung eines *internationalen* Rechts für internationale Transaktion und der Entwicklung eines *transnationalen* Rechts gemäß Langen (1981).

Diese vier Formen der Rechtsangleichung erfolgen entweder spontan, unilateral oder multilateral auf der Grundlage internationaler Verträge.

Daneben existiert in Europa noch eine weitere Harmonisierungsform, nämlich Rechtsakte auf gemeinschaftlicher Ebene.

Einige Erläuterungen zu diesen Möglichkeiten erscheinen angebracht.<sup>23</sup>

#### 1) Rechtsangleichung auf der Ebene der Kollisionsnormen

Internationales Privatrecht (IPR) ist Kollisionsrecht; ein Recht über Rechte, ein Recht zweiter Stufe, ein Meta-Recht, das angibt, welches Recht zur Anwendung kommt, wenn ein Sachverhalt Beziehungen zu mehr als einer Rechtsordnung aufweist (siehe Mankowski 2002, 118). Daneben spielt das Internationale Prozeßrecht eine zentrale Rolle. Es regelt u. a. die folgen-

---

<sup>23</sup> Siehe zum folgenden Schmidt-Trenz (1990) und Schmidtchen/Schmidt-Trenz (2003).

den Aspekte: „(1) Die internationale Zuständigkeit von Gerichten: Die Gerichte welchen Staates dürfen entscheiden? Oder aus Sicht des angerufenen Gerichts: Dürfen die Gerichte meines Staates überhaupt entscheiden? (2) Die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Entscheidungen: Welchen Wert haben Entscheidungen aus einem anderen Staat im Inland? Kann man aus ihnen einen inländischen Vollstreckungstitel machen, mit dem man im Inland Forderungen pfänden oder den Gerichtsvollzieher losschicken kann? (3) Die Zustellung von Schriftstücken in das Ausland ... (4) Die Rechtshilfe der Gerichte untereinander, insbesondere bei der Beweisaufnahme: Kann man auf die Mithilfe der dortigen Gerichte zählen, wenn man einen Beweis im Ausland erheben muß? Ist eine solche Mithilfe überhaupt notwendig?“ (Mankowski 2002, 118 f.).

Internationales Privatrecht ist nationales Recht. Es gibt demgemäß so viele Internationale Privatrechte, wie es Staaten gibt, mit der Folge, daß es zu Kollisionen auf der Ebene der Kollisionsrechte kommt (eine transaktionskostentheoretische Untersuchung des IPR findet man in Schmidtchen 1995).

Rechtsvereinheitlichung auf dem Gebiet des IPR hat den Vorteil, daß die nationalen Privatrechtsordnungen nahezu unberührt bleiben. Unterstellt man, daß jede Nation eine an die jeweiligen nationalen Gegebenheiten optimal angepaßte Rechtsordnung besitzt (siehe zur Ableitung einer solchen Schmidt-Trenz 1990, 201 ff.), dann können die mit einer Abweichung davon verbundenen Kosten vermieden werden. Das IPR übernimmt Funktionen, die der Devisenmarkt bei Existenz unterschiedlicher Währungen, der Dolmetscher bei Existenz unterschiedlicher Sprachen und der Adapter bei Existenz unterschiedlicher Stromspannungen erfüllen. Klares Schnittstellenmanagement ist kostengünstiger als die Umwälzung nationaler Rechtsordnungen (zu den Kosten der letzteren siehe Ott/Schäfer 2002, 220 ff.).

Die EG beschritt den Weg der IPR-Harmonisierung über völkerrechtliche Abkommen der Mitgliedstaaten auf der Grundlage von Art 220 EWGV (jetzt 293 EG). Die wichtigsten einschlägigen Bestimmungen finden sich im Übereinkommen von Rom aus dem Jahre 1980:<sup>24</sup> „Die Bestimmungen des Übereinkommens von Rom gelten für vertragliche Schuldverhältnisse bei Sachverhalten, in denen das Recht verschiedener Staaten zur Wahl steht. Demnach können die Parteien vereinbaren, welches Recht auf ihren Vertrag anwendbar sein soll. Das Übereinkommen beschränkt jedoch die Wahlmöglichkeiten der Parteien und legt

---

<sup>24</sup> Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (konsolidierte Fassung, ABL. C27 vom 26. 1. 1998, 34).

fest, welches Recht anwendbar ist, wenn die Parteien keine solche Wahl treffen.“ (Europäische Kommission 2001, 9.)

Neben diesem Übereinkommen gibt es noch das Brüsseler Übereinkommen vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen. Es legt fest, welches Gericht im Falle eines Rechtsstreites zuständig ist und bezweckt der Tendenz nach die freie Mobilität von Gerichtsurteilen in Europa (im Modell bedeutet dies ein  $q_{ij} = q_{ii} = 1$ ).<sup>25</sup>

## 2) Rechtsangleichung auf der Ebene der Sachnormen (internationales Einheitsrecht)

Eine Rechtsangleichung auf der Ebene des materiellen Privatrechts bedeutet „inhaltlich übereinstimmendes Recht privatrechtlichen Inhalts“ (von Bar 1985) zu schaffen. Dies läuft auf eine Beseitigung der rechtlichen Unterschiede zwischen Binnen- und Außenhandel hinaus, vorausgesetzt, es wird einheitlich ausgelegt. Einerseits mögen dadurch Transaktionskosten im Außenhandel eingespart werden, dem stehen jedoch neben den Änderungskosten und den Kosten erhöhter Rechtsunsicherheit in der Übergangsperiode höhere Transaktionskosten im Binnenhandel gegenüber (siehe Schmidt-Trenz 1990, 300). Denn eine Angleichung materiellen Rechts bedeutet die Angleichung an ein „schlechteres“ Recht; einige Staaten müssen ihre optimale Rechtsordnung aufgeben und die Bürger verlieren Quasirenten (siehe Schmidt-Trenz 1990, 300 f.). Unter diesem Gesichtspunkt wird eine vollständige Harmonisierung in der Regel nicht sinnvoll sein: „The benefit of smoother international transactions must then be balanced against the loss of cherish aspects of one’s own legal system“ (Merryman 1978, 202). Ähnlich Kahn-Freund: „I submit that it is not only useless, but dangerous to extend attempts at harmonization into fields in which legal differences reflect differences in political or social organization or in cultural or social mores“ (Kahn-Freund 1978, 164).

Internationales Einheitsrecht wird darüber hinaus aufgrund komplexer Entscheidungsprozesse schwerfälliger gegenüber Veränderungen (siehe Schmidt-Trenz 1990, 301; Calabresi 1978, 291 - 307). Das Rechtssystem gewinnt dadurch an Starrheit; Irreversibilität wird verstärkt und Veränderungssperren (Kötz) reduzieren die Möglichkeiten der Rechtsevolution (siehe

---

<sup>25</sup> An die Stelle dieses Übereinkommens ist ab dem 1. März 2002 in allen Mitgliedstaaten bis auf Dänemark die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die

Schmidt-Trenz 1990, 301; Diamond 1984, 45 - 59; Kötz 1986, 10; siehe auch Neuhaus, Kropholler 1981).

### **3) Entwicklung eines internationalen Rechts für internationale Transaktionen**

Unter Wahrung der nationalen Rechtsordnungen für reine Inlandssachverhalte wird auf der Grundlage einer bi- oder multilateralen konzertierten Aktion ein internationales Recht speziell für Sachverhalte mit Auslandsberücksichtigung geschaffen (siehe Schmidt-Trenz 1990, 301).

Der wichtigste Vertrag dieser Art (so die EU-Kommission 2001, 9) ist das UN-Übereinkommen über den internationalen Warenkauf von 1980 (United Nations Convention on contracts for the international sale of goods, CISG). Das Abkommen wurde von allen Mitgliedsstaaten bis auf Großbritannien, Portugal und Irland ratifiziert. Die Vorschriften des CISG sind anwendbar, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben (siehe EU-Kommission 2001, 9).<sup>26</sup>

Eine Folge dieser Form der Rechtsangleichung ist es, daß sich die Bürger mit zweierlei Recht auseinandersetzen müssen, was nicht unerhebliche Informationskosten erzeugen kann (siehe Schmidt-Trenz 1990, 301).

### **4) Entwicklung eines transnationalen Rechts gemäß Langen**

Das transnationale Recht ist „weder ‚inter‘, d. h. zwischen den nationalen Rechten hängend vorzustellen, noch ‚supra‘ über diesen nationalen Rechten auf einer höheren Ebene ohne Fundamente schwebend, sondern ‚trans‘, d. h. beide nationalen Rechte gleichermaßen durchwirkend“ (Langen 1981, 16).

Im transnationalen Recht kann grundsätzlich jede nationale Rechtsordnung zur Lösung eines Rechtsstreits herangezogen werden. Es wählt „diejenige Lösung eines Rechtsfalles, die nach

---

Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen getreten (ABL. L12 vom 16. 1. 2001, 1).

<sup>26</sup> „Das Übereinkommen enthält Vorschriften über den Abschluß eines Vertrages (Angebot und Annahme) sowie über die Rechte und Pflichten von Käufer und Verkäufer. Das Übereinkommen regelt weder die Gültigkeit des Vertrages oder einzelner Vertragsbestimmungen noch die Wirkungen, die der Vertrag auf das Eigentum an der

Vergleichung der möglicherweise zur Anwendung kommenden nationalen Rechtsordnungen im Bereich jeder dieser Rechtsordnungen gültig und vollstreckbar ist“ (Langen 1981, 13). Auf eine Stellungnahme zu dieser Idee sei hier verzichtet (man findet eine kritische Beurteilung bei v. Bar 1985, 38 ff.).

## 5) Schaffung von Gemeinschaftsrecht (Richtlinien)

Artikel 3 h EWGV [nun Art 3 EG] fordert „die Angleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften, soweit dies für das ordnungsmäßige Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderlich ist“. Wichtigstes Instrument der Rechtsangleichung ist die Richtlinie (siehe EU-Kommission 2001, 2, 9), für die Art 189 EWGV (jetzt Art 249 EG) folgendes bestimmt: „Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überläßt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.“

Die Frage, wann eine Richtlinie unmittelbar anwendbares Recht darstellt und wann sie lediglich Staatsverpflichtungen begründet, soll hier nicht weiterverfolgt werden. Entscheidend ist in unserem Zusammenhang, daß sich der Bereich der angleichungsfähigen Rechtsnormen auf solche Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten bezieht, „die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken“ (Art 100 EWGV; nunmehr Art 95 EG).

In der juristischen Literatur (siehe etwa Beutler u. a. 1982, 351) wird der Begriff „unmittelbare Auswirkung“ im Sinne von Art 100 EWGV (jetzt Art 95 EG) als „Spürbarkeit“ von „Rechtsgegensätzen aufgrund der Unterschiedlichkeit oder der territorialen Beschränkung der Rechtssysteme“ interpretiert. Aus institutionenökonomischer Sicht läßt sich dieser Sachverhalt wesentlich prägnanter wie folgt umschreiben: Eine unmittelbare Wirkung von Rechtsnormen auf das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes ist gegeben, wenn „Normenhäufung oder Normenmängel im internationalen Wirtschaftsverkehr zu höheren Transaktionskosten führt, als dies bei einer Beseitigung dieser Normwidersprüche der Fall wäre, wobei hierbei auch die Kosten der Änderung des institutionellen Arrangements zu berücksichtigen sind“ (Schmidt-Trenz 1990, 308).

---

verkauften Ware haben kann (Artikel 4). Schließlich findet das Übereinkommen keine Anwendung auf die außervertragliche Haftung des Verkäufers (Artikel 5).“ (EU-Kommission 2001, 9.)

Sollte sich die Rechtsangleichung nicht nur auf das IPR, sondern auf das materielle Privatrecht beziehen, dann verändern sich auch die rechtlichen Grundlagen des Binnenhandels, was dort positive oder negative Transaktionskostenänderungen auslösen kann. Die Richtlinie besitzt den Vorteil, daß der negative, „die Koordinationsleistung der Binnenwirtschaft belastende Effekt der Bildung von Einheitsrecht“ abgeschwächt wird (siehe Schmidt-Trenz 1990, 308). Denn sie ermöglicht eine flexible Anpassung einer gemeinschaftlich zu treffenden Regelung an die historisch und kulturell bedingten besonderen Verhältnisse der Mitgliedstaaten (siehe Beutler u. a. 1982, 179).

Auf einen weiteren Vorteil dieses Weges der Rechtsvereinheitlichung weisen Ott/Schäfer (2002, 219) hin: Dieser Weg hat den Vorzug, „dass Art und Umfang der Rechtsvereinheitlichung sich nach konkret auftretenden und nachweisbaren Problemen richten und dass sich die Rechtsvereinheitlichung mit wirklichen und nicht nur theoretischen Problemen befasst. Nachteile ergeben sich daraus, dass dieser Weg zu einem Verlust der Kohärenz zwischen den aufgrund von EG-Richtlinien vereinheitlichten Bereichen des Vertragsrechts führen kann.“ (Ott/Schäfer 2002, 219.)

#### **IV. Wohlfahrtsanalyse**

In diesem Abschnitt soll eine Effizienzbeurteilung der Einführung der genannten Varianten von Einheitsrecht vorgenommen werden. Als Kriterium für die Beurteilung dient die Veränderung der Wohlfahrt der an der Rechtsangleichung beteiligten Nationen.

Die ökonomische Theorie legt folgende Hypothese nahe: Eine verfeinerte internationale Arbeitsteilung bedeutet eine Wohlfahrtsverbesserung. Wir interpretieren das Gelingen von Transaktionen wie zwischen Adam und Eva als eine Vertiefung der internationalen Arbeitsteilung und messen den gesamten Wohlfahrtsgewinn mit Hilfe der Kooperationsrente  $Z - X$ . Realistischerweise kann man ferner annehmen, daß ein Potential von Außenhandelstransaktionen existiert, die sich hinsichtlich der Größe von  $(Z-X)$  und/oder  $Y$  unterscheiden.

Wir greifen zur Ableitung von Ergebnissen auf Bedingung (5a) zurück. Bei gegebenen Werten von  $p_i < 1$  und  $q_{ij} < 1$  mögen Transaktionsmöglichkeiten existieren, die wegen der Verletzung von Bedingung (5a) nicht verwirklicht werden. Steigt der Wert von  $p_i \cdot q_{ij}$ , dann vergrößert sich die Spanne zwischen dem linken und dem rechten Ausdruck in (5a) und Trans-

aktionen mit Werten von  $Y$ , die in der Ausgangssituation Bedingung (5a) verletzen, werden verwirklicht. Die Zahl der Außenhandelstransaktionen nimmt zu und damit die Weltwohlfahrt. Dies wird in Abb. 3 dargestellt.

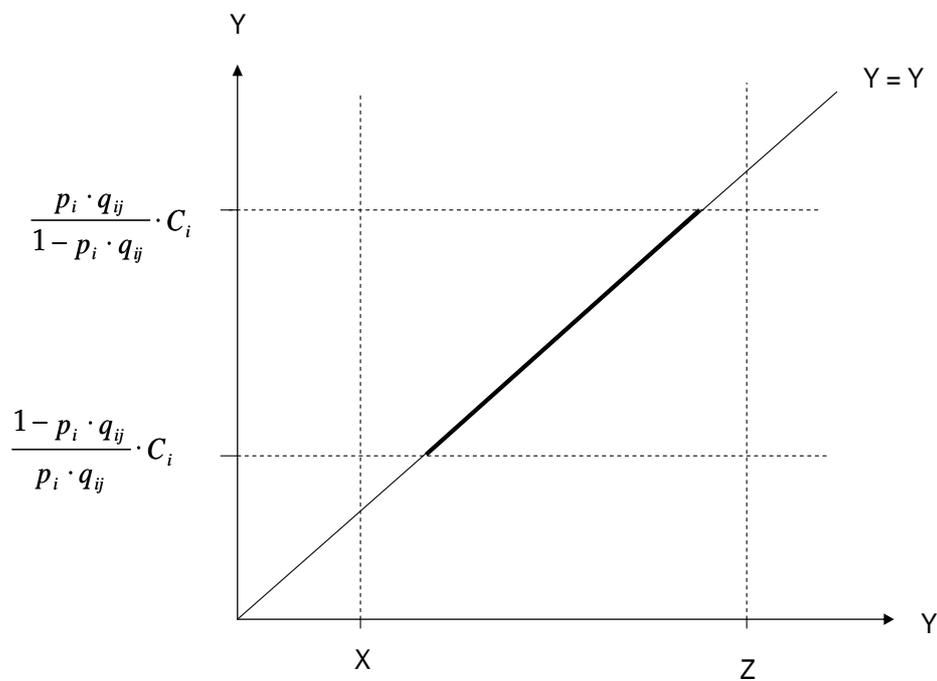


Abbildung 3: Rechtsvereinheitlichung und Außenhandelsvolumen

Für gegebenes  $Z$ ,  $X$  und  $Y$  bedeutet eine Vergrößerung der Spanne zwischen dem linken und dem rechten Ausdruck in (5 a), daß die Zahl der internationalen Transaktionen zunimmt. In Abb. 2 erfüllen alle Transaktionen, die durch Punkte auf der dick ausgezogenen Linie repräsentiert werden, sowohl die Pareto- wie die Vertragstreuebedingung. Man erkennt, daß Transaktionen existieren, die die Pareto- aber nicht die Vertragstreuebedingung erfüllen (siehe Punkte auf der nicht dick ausgezogenen Geraden  $Y = Y$  bis zu  $Y = X$  bzw.  $Y = Z$ ). Würde  $p_i \cdot q_{ij}$  steigen, vergrößert sich der Korridor und ehemals nicht durchgeführte Transaktionen werden realisiert, wodurch die Wohlfahrt beider Länder steigt. Zu prüfen ist, wie die verschiedenen Formen von Rechtsvereinheitlichung die Lage und Größe des Korridors in Abb. 2 beeinflussen.

Zunächst sei ein Szenario betrachtet, in dem die Diversität der Rechtsordnungen einhergeht mit der Abwesenheit jeglichen internationalen Privatrechts.

Ohne IPR gilt absolute Territorialität des Rechts ( $q_{ij} = 0$ ); man könnte auch von internationaler Anarchie sprechen. Internationale Transaktionen sind möglich, aber sie unter-

liegen keinem Rechtsschutz. Bedingung (5a) ist bei  $q_{ij} = 0$  notwendigerweise verletzt (die obere Grenze des Korridors in Abb. 2 verläuft auf der Abszisse und die untere Grenze verschiebt sich nach oben gegen unendlich). Es finden keine internationalen Transaktionen statt, wenn man von Schutzmaßnahmen absieht, die die Lex Mercatoria bereitstellt. Der Wohlfahrtsgewinn aus Auslandstransaktionen ist gering.

Die Einführung eines unvereinheitlichten IPR kann ein  $q_{ij} > 0$  bewirken. Ob sich dadurch auch  $p_i$  im Vergleich zum Zustand internationaler Anarchie verändert, ist unklar. Zwar steigt das außenwirtschaftliche Transaktionsvolumen an (wenn in Abb. 2 ein Korridor erzeugt wird, für den  $Y \geq X$  und  $Z \geq Y$  gilt), aber die Nationalstaatlichkeit und fehlende Abstimmung dieser internationalen Privatrechte begrenzen das mögliche Volumen der internationalen Transaktionen und damit den Wohlfahrtsanstieg.

Mit internationalem Einheitsrecht (Sachrecht) nimmt auf den ersten Blick die Rechtssicherheit in der Außenwirtschaft zu. Sachverhalte werden von den Gerichten verschiedener Länder einheitlich beurteilt. Entscheidungstheoretisch läßt sich das dadurch erfassen, daß die internationale Streuung der Siegeswahrscheinlichkeiten eines Klägers sinkt.<sup>27</sup> Dies kann aber durchaus mit einer Reduktion des Niveaus der Siegeswahrscheinlichkeiten einhergehen, wodurch die Erfüllung von Bedingung (5 a) gefährdet werden könnte. Ein extremes Beispiel mag dies verdeutlichen: Vor der Rechtsvereinheitlichung möge  $p_i > p_j$  gegolten haben und Bedingung (5 a) sei erfüllt gewesen. Die Rechtsvereinheitlichung beseitigt die Streuung ( $p_i = p_j$ ), aber senkt  $p_i$  auf das Niveau von  $p_j$  ab. Bedingung (5 a) kann nun verletzt sein. Negative Wohlfahrtswirkungen wären die Folge. Wenn das Einheitsrecht darüber hinaus die Transaktionskosten für Binnentransaktionen erhöhen sollte, dann kann dieses Transaktionsvolumen schrumpfen – mit negativen Wohlfahrtswirkungen.<sup>28</sup>

Mit vereinheitlichtem IPR ( $q_{ij} = 1$ ) oder speziellem internationalem Recht oder transnationalem Recht kann ein Wohlfahrtsanstieg im Vergleich zu einheitlichem Sachrecht erfolgen. Während die Rechtsgrundlagen der Binnenwirtschaft unangetastet bleiben, werden die möglichen außenwirtschaftlichen Vorteile eines Einheitsrechts gewahrt. Senkt eine Richtlinie die Transaktionskosten im Außenwirtschaftsverkehr, ohne den Binnenwirtschaftsverkehr all-

---

<sup>27</sup> Die Streuung wird nicht Null, weil einheitliches Sachrecht keine Garantie für identische Siegeswahrscheinlichkeiten darstellt.

<sup>28</sup> Einen solchen Effekt könnten Berman/Kaufman mit Blick auf das Einheitliche Gesetz zum Internationalen Kauf beweglicher Sachen gemeint haben, wenn sie schreiben: „Much time and much ink were expended at the Hague Conference to achieve a result which has pleased no one“ (Berman/Kaufman 1978, 267).

zu sehr zu strapazieren, dann könnte dieser Wohlfahrtseffekt auch bei (wohlgestalteten) Richtlinien auftreten.

## V. Prüfung der Kommissions-Optionen

Die von der Kommission 2001 formulierten Optionen scheinen zur Zeit nicht mehr aktuell zu sein. Aber die Lage ist unübersichtlich, so daß eine Wiederbelebung derselben nicht auszuschließen ist. Aus diesem Grund und auch aus einem grundsätzlichen Interesse heraus soll im folgenden eine Wohlfahrtsanalyse durchgeführt werden.

In der EU ist das IPR praktisch vereinheitlicht ( $q_{ij} = 1$ ). Auch existiert freie Rechtswahl. Der Wert von  $p_i \cdot q_{ij}$  ist vermutlich durch Rechtsvereinheitlichung auf dem Gebiet des materiellen Rechts nicht zu steigern (es sei denn  $p_i$  steigt). Deshalb ist Option IV nicht empfehlenswert, wenn die neuen umfassenden Rechtsvorschriften an die Stelle der nationalen Vertragsrechte treten sollten. Ähnliches gilt für ein europäisches Vertragsrecht gemäß dem Gemeinsamen Referenzrahmen, der offensichtlich nicht auf ein optionales, sondern auf ein zwingendes einheitliches Vertragsrecht (inklusive des Verfahrensrechts?) abzielt.

Zwar mögen Transaktionskosten eingespart werden, weil Informationskosten und Kosten, die aus Risiken und Unsicherheiten hinsichtlich der anwendbaren Rechtsregeln entstehen, entfallen (siehe Ott/Schäfer 2002, 221), aber es ist fraglich, ob ein gemeineuropäisches Vertragsrecht den Präferenzen der Vertragsparteien (einschließlich solcher bei Binnentransaktionen) mehr entspricht als die derzeitigen nationalen Rechtsordnungen (siehe Ott/Schäfer 2002, 221). Denn im Prozeß der Herausbildung eines europäischen Vertragsrechts spielen nationale Interessen, Eitelkeiten, Regulierungsbedürfnisse und nationale Rentensuche (public-choice-Konstellationen) eine wichtige Rolle (siehe Ott/Schäfer 2002, 221). Politische Kompromisse werden erforderlich, die zu nicht effizienten Lösungen führen (siehe Ott/Schäfer 2002, 221). Auch gewährleistet eine Kodifizierung des Vertragsrechts allein noch keine Rechtseinheit, denn letztere hängt entscheidend von der Rechtsprechung ab (Ott/Schäfer 2002, 221).

Darüber hinaus sind die Kosten des Übergangs vom jetzigen zum künftigen Rechtszustand in Rechnung zu stellen (siehe dazu Ott/Schäfer 2002, 223). Diese Kosten der Eliminierung der nationalen Rechtsordnungen und der Installation einer einheitlichen Rechtsordnung sind beträchtlich: „They include costs of political decision-making and the costs of effective

realisation of the reform as well as the costs of adaptation to the new regime (such as the costs of amending contracts and of educating lawyers and judges)” (Smits 2005, 178).<sup>29</sup>

Sollte ein europäisches Recht neben die 25 nationalen Rechte treten, dann vergrößert sich lediglich der Menükatalog der möglichen Vertragsrechte, aus dem Transaktionspartner auswählen können. Es ergeben sich dann ähnliche Probleme wie bei der Rechtswahl zwischen verschiedenen nationalen Rechtsordnungen (siehe Ott/Schäfer 2002, 220).

Bei heterogenen Präferenzen bezüglich des Vertragsrechts mag ein 26. Vertragsrecht wünschenswert sein. Auf der anderen Seite erinnert uns die ökonomische Theorie daran, daß es einen optimalen Grad an Heterogenität gibt. Denn typischerweise ist Maßschneiderei mit höheren Kosten verbunden, so daß ein trade-off existiert. Die hier nicht beantwortbare Frage lautet deshalb: Benötigen wir neben den 25 existierenden nationalen Vertragsrechten noch ein weiteres?

Option III ist besser zu bewerten als Option IV, bei der die nationalen Vertragsrechte durch ein Einheitsrecht ersetzt werden, wenn die Verbesserung der Qualität bereits geltenden Vertragsrechts den Außenhandel fördert, ohne zugleich Binnentransaktionen zu gefährden.

Option II (Förderung unverbindlicher gemeinsamer Vertragsrechts-Grundsätze) läuft auf die Bereitstellung von Fokalfpunkten hinaus. Fokalfpunkte sind geeignet, Koordinationsprobleme in Spielen zu lösen, die mehrere Gleichgewichte haben. Sollte das in Europa der Fall sein (ich kenne keine solche Untersuchung), dann könnte Option II empfohlen werden. Allerdings ist fraglich, ob das nach einer Gemeinschaftsinitiative verlangt. Denn wenn Fokalfpunkte nützlich sind, dann werden sie oft privat-autonom zur Verfügung gestellt.

Abgesehen von diesem Argument muß allerdings bezweifelt werden, daß die Vereinbarung allgemeiner vertragsrechtlicher Prinzipien den Vertragsparteien Transaktionskostenvorteile bringt. Wie Ott/Schäfer unter Verweis auf die von der Lando-Kommission entwickelten Prinzipien feststellen, enthalten diese nur zum Teil präzise formulierte Regeln und sind mittels Generalklauseln und unbestimmter Rechtsbegriffe formuliert (siehe Ott/Schäfer 2002, 217). Insgesamt kommen die Autoren zu dem Ergebnis, „dass die Verwendung der allgemeinen Prinzipien gegenüber einer Rechtswahl die Risiken für die Parteien nicht vermindert, sondern eher erhöht. Es besteht deshalb für die Parteien kein Anreiz, derartige Prinzipien gegenüber

---

<sup>29</sup> „When a new civil code was introduced in the Netherlands in 1992, it was estimated that the costs of this recodification amounted to almost 7 billion euro over a period of 20 years” (Smits 2005, 178). Generell zu den Kosten einer Rechtsänderung *Van Alstine* (2002).

der Verwendung des IPR oder gegenüber der Rechtswahl zu bevorzugen“ (Ott/Schäfer 2002, 219).

Option I (sanfte Harmonisierung über den Markt) vertraut auf die Konkurrenz der Rechtsordnungen, die durch die Wahl eines nationalen Vertragsrechts, das auf das Vertragsverhältnis anwendbar sein soll, stattfindet.<sup>30</sup> Allerdings funktioniert die Konkurrenz nur dann, wenn durch die Rechtswahl von Vertragsparteien gesetzgeberische Anpassungsprozesse ausgelöst werden. Hier ist Skepsis geboten: „Ein evolutorischer Druck auf den nationalen Gesetzgeber hinsichtlich einer Verbesserung des Vertragsrechts besteht nicht, weil die Legislative keine Vorteile aus der internationalen Bevorzugung ihrer Rechtsordnung zieht. Eine Einschränkung ergibt sich möglicherweise dann, wenn die ‚Abwanderung‘ aus der nationalen Rechtsordnung so umfangreich ist, dass das nationale Recht einen schwerwiegenden Ansehensverlust erleidet“ (Ott/Schäfer 2002, 216). Ein „Ansehensverlust“ dürfte jedoch nur dort eine Rolle spielen, wo die Zahl der Außenwirtschaftstransaktionen eines Landes relativ zur Zahl der Binnenwirtschaftstransaktion ins Gewicht fällt.

Option I (sanfte Harmonisierung über den Markt) ist immer akzeptabel, wenn man ausschließen kann, daß es zu Marktversagen kommt. Was Marktversagen beim Prozeß spontaner Koordination von Vertragsrechten bedeutet (und auch was effiziente Koordination bedeutet), müßte noch definiert werden. Im Anschluß daran wäre modellmäßig zu zeigen, unter welchen Voraussetzungen es zu Marktversagen und unter welchen es zur Effizienz kommt.

Als Fazit ergibt sich: Mit der Vereinheitlichung des IPR, d. h. der fünften Freiheit in Form der freien Beweglichkeit von Gerichtsurteilen, und der freien Wahl des Vertragsrechts durch die Vertragsparteien hat Europa eine brauchbare Lösung für das Problem der konstitutionellen Unsicherheit gefunden (siehe auch Mankowski 2002, 124 ff.). Eine Vereinheitlichung des materiellen Rechts erscheint – abgesehen von der Beseitigung von Inkonsistenzen im einschlägigen Acquis und bei einzelnen wichtigen Handelsgeschäften, die für den internationalen Verkehr bedeutsam sind – nicht erforderlich. Eventuell noch vorhandene internationale Transaktionen hemmende Regelungen im IPR sollten überprüft werden.

---

<sup>30</sup> Art 3 der Rome Convention erlaubt eine solche Wahl. Allerdings können Regelungen des Konsumentenschutzes und Forderungen aus dem „ordre public“ nicht umgangen werden (siehe Art 5 Rome Convention).

Für heimische Transaktionen gibt es keine Wahlfreiheit bezüglich des die Transaktion begleitenden Vertragsrechts.

## E) Ergebnis und Ausblick

Dieser Beitrag befaßte sich mit der Frage, ob Europa ein einheitliches Vertragsrecht benötigt. Die ökonomische Notwendigkeit einer Vereinheitlichung auf der Ebene des materiellen Rechts wird bezweifelt (in der Tendenz ähnlich Ott/Schäfer 2002). Allenfalls scheint eine Verbesserung der Kohärenz des europäischen vertragsrechtlichen Acquis, der im großen und ganzen identisch ist mit Richtlinien zum Verbraucherschutz, wünschenswert. Die den Vertragsparteien offenstehende Möglichkeit, das ihre Beziehung regelnde Vertragsrecht frei zu wählen, in Verbindung mit der fünften Freiheit in Form der freien Beweglichkeit von Gerichtsurteilen entschärft die aus der Diversität und Territorialität des Rechts resultierenden Transaktionsprobleme.

Die Frage eines optionalen europäischen Vertragsrechts wurde nicht ausführlich behandelt. Durch ein 26. Vertragsrecht würde die Diversität des Rechts in Europa erhöht. Es ist nicht ersichtlich, wie dadurch die mit der konstitutionellen Unsicherheit erzeugten Transaktionskosten (kosteneffizient) reduziert werden könnten.

Plädiert wird für ein System, in dem die Vertragsparteien das die Vertragsbeziehung regelnde Recht frei wählen können (Nähe zu Option I) und in dem ein Gerichtsurteil in jedem Land Europas reibungslos anerkannt und durchgesetzt werden kann (freie Konvertibilität von Urteilen). Dazu ist es notwendig, das Kollisionsrecht zu entrümpeln, d. h. es von einem an der Souveränität der Staaten orientierten System auf ein effizienzorientiertes System umzustellen.

Wo es gelingt, ein einheitliches internationales Kollisionsrecht zu schaffen, ist Rechtsvereinheitlichung auf dem Gebiet des Sachrechts entbehrlich (siehe auch Kahn-Freund 1978).

Nach wie vor gilt das, was Kahn-Freund vor vielen Jahren angemahnt haben:

„The selection of areas of law to be harmonized must be dictated by practical requirements and by nothing else. The harmonization of fundamental principles of private law, of the general principles of the law of contract, tort or property ... does not belong to these requirements. It is not needed for a functioning and successful economic Community” (Kahn-Freund 1978, 141).

Befürworter einer Rechtsvereinheitlichung machen sich selten die Mühe zu fragen, wie es trotz der von ihnen beklagten Rechtszersplitterung in der Welt zu der enormen Entwicklung der internationalen Arbeitsteilung kommen konnte. Bedingt durch eine „déformation pro-

fessionnelle“ (was die Rechtswissenschaftler anlangt) bzw. das eigennützige Interesse an einer Beförderung der Idee eines europäischen Zentralstaats (was die Kommission, das EP und den EuGH anlangt), wird die Bedeutung der Rechtszersplitterung als Transaktionshemmnis aufgebauscht. Als Beleg für diese Behauptung sei auf die Stellungnahmen von Wirtschaftsverbänden, Verbraucherverbänden und Juristen aus Praxis und Wissenschaft verwiesen, die von der Kommission um ihre Meinung hinsichtlich der Mitteilung zum Europäischen Vertragsrecht gebeten wurden.<sup>31</sup> Aus den Stellungnahmen der Wirtschaftsverbände ziehen Ott/Schäfer die folgenden Schlußfolgerungen (Ott/Schäfer 2002, 230): „Ein Bedarf an Rechtsvereinheitlichung im Bereich des Vertragsrechts wird ganz überwiegend nicht gesehen ... Ein europäisches Vertragsrecht als kurz- oder mittelfristige Lösung wird von den Wirtschaftsverbänden ganz überwiegend und teilweise massiv abgelehnt. ... Daraus kann nur geschlossen werden, dass die Bedeutung der durch die Rechtsdivergenz erzeugten Transaktionskosten von den Interessenvertretern der Wirtschaft als gering eingeschätzt wird und dass diese sich von legislativen Veränderungen im Sinne der Option IV keine Vorteile versprechen, sondern im Gegenteil Nachteile erwarten.“<sup>32</sup> Selbst wenn neuere Untersuchungen auch andere Präferenzen der Wirtschaft offenbaren, so bleibt dieser Befund erklärungsbedürftig. Eine Erklärung findet man in der privatautonomen Manipulation von Kooperationsanreizen, die in der Neuen Institutionenökonomik „private ordering“ genannt wird. „Private ordering“ spielt eine prominente Rolle im B2B-Bereich, dessen Transaktionsvolumen das des B2C-Bereichs bei weitem übersteigt.<sup>33</sup>

Verträge werden häufig abgeschlossen in dem Wissen, daß die gerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen aus mannigfachen Gründen nur in Ausnahmefällen in Frage kommt. Ein wichtiger Grund wird von Williamson immer wieder betont: die Unvollkommenheit des Gerichts-

---

<sup>31</sup> Eine Auswertung der Stellungnahmen durch die Kommission ist verfügbar unter <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract-law/comments>.

Ein Fazit zu den Stellungnahmen findet man in *Ott/Schäfer* (2002, 225 ff.)

<sup>32</sup> Besonders aufschlußreich ist die Stellungnahme der Confederation of British Industry (CBI): „Legal costs should not be significantly increased as a result of contracting under the laws of another jurisdiction.“ Weiter heißt es in dieser Stellungnahme: „We do not have any evidence of a widespread call from business for action at EU level. We have asked members of several of our committees for evidence of problems and the response of the majority has been that this is not a major issue and that there are other matters which are far more of a barrier to trade and which cause EU business great difficulties.“ Die Stellungnahme gelangt zu der Schlußfolgerung: „We do not have evidence from our members that there is a major problem. On the contrary, members have raised other issues as being of more concern and may rather view the communication as being a solution in search of a problem.“ Die CBI spricht sich für Option III oder für Option I aus. (Siehe *Ott/Schäfer* 2002, 224.)

<sup>33</sup> Für den B2C-Bereich halten *Ott/Schäfer* (2002, 211) fest: „Die Vereinheitlichung des Verbraucherschutzrechts im europäischen Binnenmarkt ist durch Richtlinien und deren Umsetzung in die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten erfolgt und kann heute als weitgehend abgeschlossen gelten.“

wesens („imperfect legal centralism“). Die Diversität und Territorialität des Rechts kann durchaus als ein Beispiel dafür gelten. Gleichwohl kann es zur Überwindung des internationalen Tauschdilemmas kommen, und zwar auf privatautonom installierten Wegen.

In der Literatur werden mehrere Möglichkeiten diskutiert (siehe Schmidt-Trenz 1990; Schmidtchen/Schmidt-Trenz 2003): Bei der ersten handelt es sich spieltheoretisch gesprochen um Iteration, bei der zweiten um die direkte Manipulation der relevanten Auszahlungsstruktur im Einzelspiel.<sup>34</sup> Die dritte Möglichkeit, Kooperation ohne Einschaltung des Staates zu gewährleisten, besteht im Aufbau einer internationalen Unternehmung (siehe Schmidtchen/Schmidt-Trenz 1990).<sup>35</sup> Als vierte Möglichkeit sei das Schiedsgerichtswesen genannt.<sup>36</sup>

Viele Institutionen des „private ordering“ entstanden im Wege „dezentraler“ Regelbildung durch Betätigung der Vertragsfreiheit (Kötz). In einem jahrhundertelangen Prozeß hat die internationale Wirtschaftswelt Usancen und Gebräuche entwickelt, die die durch die Diversität und Territorialität nationalen Rechts aufgerissenen Lücken schlossen (siehe Schmidtchen 2002). Sie erfüllen die Funktion eines „Ersatzrechts“ für internationale Transaktionen. Kötz spricht vom „transnationalen Wirtschaftsrecht“ (Kötz 1992, 216), andere von „lex mercatoria“ oder von „law merchant“ (Trakman 1983; Berman, 1991). In Anknüpfung an Grossmann-Doerth läßt sich von selbstgeschaffenem Recht der Wirtschaft sprechen (siehe Grossmann-Doerth 1933).<sup>37</sup> Dieses selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft ist nicht vom Teufel, vielmehr

---

<sup>34</sup> Die zuerst genannte Möglichkeit zur Überwindung des internationalen Tauschdilemmas beruht auf der Einbettung von Transaktionen in eine langfristige Geschäftsbeziehung, wodurch die Möglichkeit zu bedingtem kooperativen Verhalten eröffnet wird. Die zugrundeliegenden Verträge, sogenannte relationale Verträge, sind wegen positiver Transaktionskosten unvollkommene Verträge, die nicht für jede mögliche Kontingenz genau Leistung und Gegenleistung spezifizieren. Die Verträge haben eher den Charakter einer Verfassung. (Siehe *Williamson* 1990, 175, unter Verweis auf Karl *Llewellyn*; siehe *Koboldt, Leder, Schmidtchen* 1995, 373 ff.).

Was die Veränderung der Auszahlungsstruktur des Einzelspiels anlangt, sollen zwei Verfahren erwähnt werden:

1. Stellung von Sicherheiten (siehe *Williamson* 1983). Man denke hier an Bankgarantien oder Kreditsicherheiten.
2. „Hands-tying“ durch Vornahme spezifischer Investitionen. *Boschek* (1988) spricht in diesem Zusammenhang von „investments in trust“. Es geht hier um Verpflichtungen, die der Versprechende nicht mehr rückgängig machen kann und die dazu führen, daß er sich selbst bestraft, wenn er sein Versprechen nicht hält.

<sup>35</sup> Eine multinationale Unternehmung verwandelt Markttransaktionen, „arms length contracts“, in unternehmensinterne Transaktionen. Etwa 80 % des internationalen Handels werden innerhalb multinationaler Unternehmen abgewickelt.

<sup>36</sup> Gegenüber der Einschaltung staatlicher Gerichte ergeben sich drei wesentliche Vorteile: (siehe *Schmidt-Trenz*, 1990, 275): Möglichkeit der Wahl sachkundiger und neutraler Schiedsrichter, Schnelligkeit (wegen Endgültigkeit) und Diskretion des Verfahrens. Obwohl bekanntlich privaten Schiedsgerichten eigene, international tätige und mächtige Vollstreckungsorgane fehlen, entfalten sie nach weitverbreiteter Ansicht gleichwohl Wirksamkeit.

<sup>37</sup> *Grossmann-Doerth* engt den Inhalt des Begriffs allerdings auf das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein.

verdanken wir ihm in hohem Maße den erreichten Grad der internationalen Arbeitsteilung und den damit verbundenen Wohlstand. Allerdings darf nicht übersehen werden, daß sich das selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft nicht außerhalb staatlichen oder lokalen Rechts entwickelte, sondern von diesem toleriert, geformt und gefördert wurde (siehe Epstein 2004, Kadens 2004, Donahue Jr. 2004). Die Ordnung des internationalen Handels beruht auf einer Mischung aus staatlichen Regeln und „private ordering“.

Eine prominente Rolle im Prozeß der Regelbildung spielt die ICC (Internationale Handelskammer): Um die fehlende internationale Rechtsetzung zu kompensieren, betreibt sie „promotion of self-regulation in international trade“ (International Chamber of Commerce 1977, 8). So hat z. B. nicht die Staatenwelt, sondern die ICC die „Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten Akkreditive“ (ERA) niedergelegt.<sup>38</sup> Zahlreiche „rules of conduct“ und die „branchenspezifische lex contractus“ (Kötz 1986, 9) haben in erster Linie die Aufgabe, „klare Beurteilungskriterien für die Unterscheidung von kooperativem gegenüber nichtkooperativem Verhalten bereitzustellen, um so spontane Kooperation im Niemandsland protektiver Staatstätigkeit zu ermöglichen. ... Sie dienen nicht nur der Vertragsrationalisierung, sondern auch der Vertragsklarheit (siehe Schmidt-Trenz 1990, 283).

Schließlich weisen anthropologische und wirtschaftsgeschichtliche Untersuchungen noch auf einen bisher nicht erwähnten Faktor hin, der langfristige Geschäftsbeziehungen („relational contracts“) ermöglicht und stabilisiert, die sogenannten „F-connection“: Familien, Freundschaften, Firmen (siehe Ben-Porath 1980).

So kann man vermuten, daß das auf „F-connection“ gestützte Vertrauen eine prominente Rolle spielt und in der Außenwirtschaft ein Klima herrscht, dessen Kern durch eine von Macaulay zitierte Äußerung eines Geschäftsmannes gut charakterisiert wird: „Contracts are a waste of time. We’ve never had any trouble, because we know our customers and our suppliers. If we needed a contract with a man, we wouldn’t deal with him.“(Macaulay 1971, 9)

---

<sup>38</sup> Es gibt nicht wenige, die der Ansicht sind, daß es sich bei kodifiziertem Recht fast ausnahmslos um die nachträgliche Fixierung von über Generationen fortentwickelten und eingelebten Verfahrenstechniken handelt. „In all great matters relating to commerce, legislators have copied, not dictated“; *J. B. Condliffe* (1951, 33).

## Literaturverzeichnis

- van Alstine, M. P.* (2002), The Costs of Legal Change, in: *UCLA Law Review*, S. 789 – 870.
- von Bar, C.* (1985), Typen des internationalen Einheitsrechts und das Internationale Privatrecht, in: *Recht und Wirtschaft, Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Köln u. a.*, S. 19 – 36.
- Ben-Porath, Y.* (1980), The F-Connection: Families, Friends, and Firms and the Organization of Exchange, in: *Population and Development Review* 6, S. 1 – 30.
- Berman, H., C. Kaufman* (1978), The Law of International Commercial Transactions (*Lex Mercatoria*), in: *Harvard International Law Journal* 19, S. 21 – 279.
- Berman, H.* (1991), *Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition*, Frankfurt/M.
- Beutler, B., Bieber, R., Pipkorn, J., J. Streil* (1982), *Die Europäische Gemeinschaft – Rechtsordnung und Politik –*, Baden-Baden.
- Boschek, R.* (1988), Cooperative R & D as Institutional Choice. Implications for Antitrust Analysis, in: *Außenwirtschaft*, 43. Jg. (1988), Heft I/II, S. 97 – 139.
- Calabresi, G.* (1978), Incentives, Regulation and the Problem of Legal Obsolescence, in: *Cappelletti, M. (Hrsg.): New Perspectives for a Common Law of Europa*, Florenz, S. 291 – 307.
- Condliffe, J. B.* (1951), *The Commerce of Nations*, London.
- Diamond, A.L.* (1984), Conventions and their revision, in: *Unification*, S. 45 – 60.
- Donahue Jr., Ch.* (2004), Medieval and Early Modern *Lex mercatoria*: An Attempt at the *probatio diabolica*, in: *Chicago Journal of International Law*, 5, S. 21 – 37.
- Epstein, R.* (2004), Reflections on the Historical Origins and Economic Structure of the Law Merchant, in: *Chicago Journal of International Law*, 5, S. 1 – 20.
- Europäische Kommission 2001, Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum europäischen Vertragsrecht, Brüssel, 11. 07. 2001, Kom (2001) 398 endgültig.
- European Commission 2003, European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A More Coherent Contract Law – An Action Plan, COM (2003), 68 final.
- European Commission 2004, European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: European Contract Law and the Revision of the Acquis: the Way Forward, COM (2004), 651 final.
- Europäisches Parlament (1989), Entschließung zu den Bemühungen um eine Angleichung des Privatrechts der Mitgliedstaaten vom 26. 5. 1989, ABl. EG 1989 C 158/400; abgedruckt in *Rabels Zeitschrift* 56 (1992), S. 320 ff.
- Europäisches Parlament (2001), European Parliament resolution on the approximation of the civil and commercial law of the Member States, O. J. C 140 E/ S. 538 ff. (vom 13. 6. 2002).

- Europäisches Parlament (2006), Entschließung vom 23. 3. 2006 zum Europäischen Vertragsrecht und zur Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstandes: weiteres Vorgehen (2005/2022 [INI] A 6-0055/2006).
- Grossmann-Doerth, H.* (1933), *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft*, Freiburg.
- Hart, O. D.* (1987), *Incomplete Contracts*, in: Eatwell, J. et. al. (Hrsg.): *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, Bd. 2, London, S. 752 – 759.
- Herring, R. J.* (1984), *Managing International Risk*, Cambridge Mass.
- International Chamber of Commerce (1977), *Extorsion and Bribery in Business Transactions*, Paris.
- Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie (2000), Bd. 19, *Globalisierung und Weltwirtschaft*, Tübingen.
- Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie (1999), Bd. 18, *Globalisierung und Rechtsordnung: Zur Neuen Institutionenökonomik internationaler Transaktionen*, Tübingen.
- Jansen, N.* (2006), *Traditionsbegründung im europäischen Privatrecht*, in diesem Bande.
- Kadens, E.* (2004), *Order within Law, Variety within Custom: The Character of the Medieval Merchant Law*, in: *Chicago Journal of International Law*, 5, S. 39 – 65.
- Kahn-Freund, O.* (1978), *Common Law and Civil Law. Imaginary and Real Obstacles to Assimilation*, in: Cappelletti, M. (Hrsg.): *New Perspectives for a Common Law in Europe*, Florenz, S. 137 – 168.
- Kegel, G.* (1971), *Sinn und Grenzen der Rechtsangleichung*, in: *Kölner Schriften zum Europarecht* 11, S. 10 – 47.
- Kirstein, R., D. Schmidtchen* (1997), *Judicial Detection Skill and Contractual Compliance*, in: *International Review of Law and Economics* 17, S. 509 – 520.
- Kirstein, R., A. Neunzig* (1999), *Internationale Zuständigkeit von Gerichten und die Anerkennung ausländischer Urteile*, in: Schenk, K.-E. et. al. (Hrsg.): *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, Bd. 18 (*Globalisierung und Rechtsordnung: Zur Neuen Institutionenökonomik internationaler Transaktionen*), Tübingen, S. 345 – 368.
- Kirstein, R., D. Schmidtchen* (2001), *Do Artists Benefit from Resale Royalties? An Economic Analysis of a New EU Directive*, in: Deffains, B., F. Kirat (Hrsg.): *Law and Economics in Civil Law Countries*, Amsterdam et. al., S. 231 – 248.
- Koboldt, Chr., M. Leder, D. Schmidtchen* (1995), *Ökonomische Analyse des Rechts*, in: N. Berthold (Hrsg.): *Allgemeine Wirtschaftstheorie*, München, S. 355 – 385.
- Kötz, H.* (1986), *Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele*, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 50, S. 1 – 18.
- Kötz, H.* (1992), *Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung*, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 56, S. 215 – 218.
- Kronman, A. T.* (1985), *Contract Law and the State of Nature*, in: *Journal of Law, Economics and Organization* 1, S. 4 – 32.
- Langen, E.* (1981), *Transnationales Recht*, Heidelberg.
- Macaulay, S.* (1971), *The Use and Non-Use of Contracts in the Manufacturing Industry*, in: MacNeil (Hrsg.): *Cases and Materials on Contracts: Exchange, Transactions and Relationships*, Minneola, S. 9 – 12.

- Mankowski, P.* (2002), Europäisches Internationales Privat- und Prozessrecht im Lichte der ökonomischen Analyse, in: Ott, C., H.-B. Schäfer: Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen, S. 118 – 151.
- Merryman, J. H.* (1978), On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law, in: Cappelletti, M. (Hrsg.): New Perspectives for a Common Law in Europe, Florenz, S. 195 – 233.
- Neuhaus, P. H., J. Kropholler* (1981), Rechtsvereinheitlichung – Rechtsverbesserung?, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 45, S. 73 – 90.
- Ott, C., H.-B. Schäfer* (2002), Vereinheitlichung des Europäischen Vertragsrechts – Notwendigkeit oder akademisches Interesse?, in: Ott, C., H.-B. Schäfer (Hrsg.): Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen, Tübingen, S. 203 - 236.
- Ranieri, F.* (2006), Vereinheitlichung des Vertragsrechts in Europa. Wirtschaftspolitisches Projekt oder rechtskulturelle Herausforderung (in diesem Band).
- Richter, R., E. Furubotn* (2003), Neue Institutionenökonomik, eine Einführung und kritische Würdigung, Tübingen.
- Schmidtchen, D., H.-J. Schmidt-Trenz* (1990), New Institutional Economics of International Transactions: Constitutional Uncertainty and the Creation of Institutions in Foreign Trade as Exemplified by the Multinational Firm, in: *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, 9. Band, S. 3 – 34.
- Schmidtchen, D.* (1995), Territorialität des Rechts, Internationales Privatrecht und die privat-autonome Regelung internationaler Sachverhalte, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd. 59, Heft 1, S. 56 – 112.
- Schmidtchen, D.* (2002), Lex Mercatoria und die Evolution des Rechts, in: Ott, C., H.-B. Schäfer (Hrsg.): Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen, Tübingen, S. 1 - 31.
- Schmidtchen, D., R. Kirstein* (2002), Die EU-Richtlinie zum Folgerecht – Eine ökonomische Gesetzesfolgenanalyse, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)*, 10, S. 860 – 866.
- Schmidtchen, D., H.-J. Schmidt-Trenz* (2003), Neue Institutionenökonomik internationaler Transaktionen, in: *Wirtschaftswissenschaftliches Studium, WiSt*, Heft 4, S. 215 – 225.
- Schmidtchen, D., A. Neunzig* (2004), One Market, One Law: EU Enlargement in light of the economic theory of optimal legal areas, in: Schäfer, W. (Hrsg.): *Zukunftsprobleme der europäischen Wirtschaftsverfassung*, [Berlin], S. 295 – 320.
- Schmidtchen, D.* (2005), Demokratiedefizit in Europa? Über Dichtung und Wahrheit in der europäischen Verfassungsdebatte, in: Bröhmer, J. et. al. (Hrsg.): *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag*, (Köln: Carl Heymanns), S. 787 – 804
- Schmidtchen, D., H.-J. Schmidt-Trenz* (2006), Territoriality of Law and the International Trade Game: Towards a New Institutional Economics of International Transactions, in: Haucap, J. et. al. (eds.): *Institutions in Perspective*, im Erscheinen [Tübingen].
- Schmidt-Trenz, H.-J.* (1990), Außenhandel und Territorialität des Rechts: Grundlegung einer neuen Institutionenökonomik des Außenhandels, Baden-Baden.

- Schmidt-Trenz, H.-J., D. Schmidtchen* (1991), Private International Trade in the Shadow of the Territoriality of Law: Why Does It Work?, in: *Southern Economic Journal*, Vol. 58, S. 329 – 338.
- Schmidt-Trenz, H.-J.* (1999), Abriß einer ökonomischen Analyse der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, in: *Schmidtchen, D., St. Weth* (Hrsg.): *Der Effizienz auf der Spur. Die Funktionsfähigkeit der Justiz im Lichte der ökonomischen Analyse des Rechts*, Baden-Baden, S. 177 – 183.
- Schmidt-Trenz, H.-J., D. Schmidtchen* (2002), Enlargement of the European Union: determining the boundaries of an optimal legal area, in: *B. Steunenberg* (Hrsg.): *Widening the European Union: the politics of institutional change and reform*, London, New York, S. 58-79.
- Schnitzer, M.* (2002), Debt v. Foreign Direct Investment: The Impact of Sovereign Risk on the Structure of International Capital Flows, in: *Economica*, Vol. 69 (2002), S. 41 – 67.
- Smits, J.* (2005), *The need for a European Contract Law, Empirical and Legal Perspectives*, Groningen.
- Tirole, J.* (1988), *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge, Mass. (u. a.).
- Trakman, L.* (1983), *The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law*, Littleton, Co. Rothman.
- Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, konsolidierte Fassung, ABl. C 27 vom 26. 1. 1998.
- 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 (Abl. L 12 vom 16. Januar 2001).
- Vogenaier, S., S. Weatherill* (2005), Eine empirische Untersuchung zur Angleichung des Vertragsrechts in der EG, in: *Juristenzeitung*, Bd. 19, S. 870 - 878
- Wagner, G.* (2005), The Virtues of Diversity in European Private Law, in: *Smits, J.* (Hrsg.): *The Need for a European Contract Law*, S. 3 – 21.
- Wagner, H.* (2005), Economic Analysis of Cross Border Legal Uncertainty: The Example of the European Union, in: *Smits, J.* (Hrsg.): *The Need for a European Contract Law*, Groningen, S. 25 – 51.
- Williamson, O. E.* (1983), Credible Commitments: Further Remarks, in: *American Economic Review. Papers & Proceedings* 74, S. 488 – 490.
- Williamson, O. E.* (1990), *The Firm as a Nexus of Treaties*, in: *M. Aoki, B. Gustafsson: The Firm as a Nexus of Treaties*, London.