

TORSTEN KINDT

# Transnationale Verträge im nationalen Recht

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

*Studien zum ausländischen  
und internationalen Privatrecht*

508

---

**Mohr Siebeck**

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

508

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

Direktoren:  
Holger Fleischer und Ralf Michaels





Torsten Kindt

# Transnationale Verträge im nationalen Recht

Theorie und Dogmatik  
transnationaler Ordnungsstrukturen  
am Beispiel von  
Musterverträgen im Finanzbereich

Mohr Siebeck

*Torsten Kindt*, geboren 1987; Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Heidelberg und Cambridge; 2015 Erste juristische Staatsprüfung; Referendariat in Heidelberg, Frankfurt a. M., Speyer und Karlsruhe; 2017 Zweite juristische Staatsprüfung; 2021 LL.M. (Stanford); 2022 Promotion (Mannheim); Akademischer Rat a. Z. und Habilitand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales und Europäisches Wirtschaftsrecht der Universität Mannheim.  
orcid.org/0000-0001-7944-2909

ISBN 978-3-16-162154-3 / eISBN 978-3-16-162375-2  
DOI 10.1628/978-3-16-162375-2

ISSN 0720-1141 / eISSN 2568-7441  
(Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar.

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

Printed in Germany.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Herbst-/Wintersemester 2022 von der Abteilung Rechtswissenschaft der Universität Mannheim als Dissertation angenommen. Entstanden ist sie während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am dortigen Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales und Europäisches Wirtschaftsrecht sowie eines zwischenzeitlichen Forschungs- und Studienaufenthaltes an der Stanford Law School. Die mündliche Prüfung fand am 10. Oktober 2022 statt. Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung sind bis Februar 2023 berücksichtigt.

Meinem verehrten Doktorvater Herrn Prof. Dr. Moritz Renner danke ich herzlich für die vorbildliche Betreuung der Arbeit. Er hat ihren Entstehungsprozess von der Themenfindung bis zur Überarbeitung der Druckfassung in steter Diskussionsbereitschaft begleitet und mit vielfältigen Anregungen bereichert. Darüber hinaus bot er mir an seinem Lehrstuhl fachlich wie menschlich ein ideales Arbeitsumfeld, das sowohl die Möglichkeit zur Mitwirkung an inspirierenden Forschungsprojekten als auch die nötigen Freiräume für eigene wissenschaftliche Vorhaben gewährt hat. Herrn Prof. Dr. Andreas Maurer, LL.M. (Osgoode), danke ich für die Erstellung eines ebenso konstruktiven wie wohlwollenden Zweitgutachtens. Bei den Direktoren des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Holger Fleischer, LL.M. (Michigan), Dipl.-Kfm., Herrn Prof. Dr. Ralf Michaels, LL.M. (Cambridge), und Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann, bedanke ich mich für die Aufnahme in die Schriftenreihe.

Der Studienstiftung des deutschen Volkes bin ich dankbar für die Gewährung eines Promotionsstipendiums einschließlich der immateriellen Förderung, von der ich schon während meiner Studienzeit sehr profitiert habe. Dank gebührt auch dem Deutschen Akademischen Austauschdienst für die Unterstützung des promotionsbegleitenden Auslandsaufenthaltes. Ebenfalls zu danken habe ich dem Arbeitskreis Wirtschaft und Recht des Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft, der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, der Stiftung Geld und Währung sowie der Studienstiftung ius vivum für die Gewährung großzügiger Druckkostenzuschüsse. Bei der Universität Mannheim und der Karin und

Carl-Heinrich Esser Stiftung bedanke ich mich für die Auszeichnung der Arbeit mit dem Preis für Sprache und Wissenschaft.

Inhaltlich profitiert hat die Arbeit von Gesprächen mit Herrn Prof. Dr. Matthias Lehmann, D.E.A. (Paris II), LL.M., J.S.D. (Columbia), Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Heinz-Peter Mansel und Herrn Prof. Dr. Michael Grünberger, LL.M. (NYU), der mir auch jenseits des Fachlichen mit Rat und Tat zur Seite stand. Zum Gelingen des Projekts maßgeblich beigetragen hat außerdem der Zuspruch meiner ehemaligen und aktuellen Lehrstuhlkolleginnen und -kollegen, von denen ich namentlich Herrn Sebastian Seidel hervorheben möchte. Für wertvolle Unterstützung beim Korrekturlesen danke ich Herrn Dr. Arian Nazari-Khanachayi, LL.M. Eur., für die hervorragende redaktionelle Betreuung Herrn Dr. Christian Eckl. Bei der Finalisierung der Druckfassung haben mich Frau Anna Weimann und Frau Lena Westphal tatkräftig unterstützt.

Dass meine Eltern Heike Jacobi-Kindt und Michael Kindt ebenfalls die Mühe des Korrekturlesens auf sich genommen haben, ist nur der jüngste Ausweis ihrer liebevollen Unterstützung, die sie mir mein Leben lang haben zuteilwerden lassen und für die in angemessener Weise zu danken Worte allein kaum ausreichen. In ähnlicher Weise gilt dies für meine Großeltern Wilma und Ernst Jacobi, die zuletzt sogar angeboten haben, eventuell verbliebene Druckkosten zu übernehmen. Danken möchte ich auch meinen Schwiegereltern Kristin Van der Meeren und Johannes Schoenmaekers für ihre vielfältige Hilfe in der Entstehungszeit der Arbeit. Meiner Frau Dr. Sophie Kindt und meinen Kindern Jule und Lorenz schließlich bin ich von Herzen dankbar, dass sie mein Leben auch und gerade außerhalb der wissenschaftlichen Studierstube jeden Tag so lebenswert machen.

Heidelberg, im April 2023

*Torsten Kindt*

# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsverzeichnis . . . . .	IX
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XVII
Einleitung . . . . .	1
I. Problemaufriss und Erkenntnisinteresse . . . . .	1
II. Gang und Methodik der Untersuchung . . . . .	6
III. Forschungsstand und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands . .	9
Teil 1: Transnationale Ordnungsstrukturen im Finanzbereich . . .	13
<i>§ 1 Die Emergenz transnationaler Ordnungsstrukturen im Finanzbereich</i>	14
I. Ausgangsproblem: Erwartungssicherheit in grenzüberschreitenden Transaktionen . . . . .	14
II. Lösungsstrategien der Praxis: Das Beispiel grenzüberschreitender Finanzgeschäfte . . . . .	35
III. Grenzüberschreitende Ordnungsregime als Erscheinungsformen transnationalen Rechts? . . . . .	94
<i>§ 2 Die Rolle des staatlichen Rechts in transnationalen Ordnungsstrukturen . . . . .</i>	130
I. Realität der Einbeziehung staatlichen Rechts . . . . .	130
II. Notwendigkeit der Einbeziehung staatlichen Rechts . . . . .	132
III. Die Vorzüge einer Verbindung privater und staatlicher Lösungsstrategien . . . . .	156
IV. Bedeutung im Wettbewerb der Rechtsordnungen . . . . .	160
V. Zwischenergebnis . . . . .	169



Teil 2: Privatrechtsdogmatische Rekonstruktion . . . . .	171
§ 3 Der Begriff des transnationalen Vertrages als Verarbeitungsvorschlag	174
I. Idealtypische Möglichkeiten des Umgangs mit transnationalen Ordnungsstrukturen . . . . .	175
II. Das Leitbild der responsiven Rechtsdogmatik . . . . .	180
III. Der Begriff des transnationalen Vertrages . . . . .	183
§ 4 Transnationale Verträge im Kollisionsrecht . . . . .	187
I. Rechtswahlfreiheit als Scharnier zur transnationalen Ordnungsebene	188
II. Die (Nicht-)Wählbarkeit transnationaler Musterdokumente als Vertragsstatut . . . . .	193
III. Möglichkeiten einer responsiven kollisionsrechtlichen Verarbeitung <i>de lege lata</i> . . . . .	205
IV. Zwischenergebnis . . . . .	258
§ 5 Transnationale Verträge im materiellen Vertragsrecht . . . . .	261
I. Vertragsfreiheit als Scharnier zur transnationalen Ordnungsebene . .	262
II. Anforderungen an den Vertragsschluss . . . . .	262
III. Bestimmung des Vertragsinhalts . . . . .	265
IV. Begrenzungen der Vertragsfreiheit . . . . .	283
V. Zwischenergebnis . . . . .	314
§ 6 Transnationale Verträge im Internationalen Zivilverfahrensrecht . .	317
I. Zuordnungsfreiheit als Scharnier zur transnationalen Ordnungsebene	318
II. Staatliche Gerichtsbarkeit . . . . .	319
III. Private Schiedsgerichtsbarkeit . . . . .	402
Schluss . . . . .	435
I. Zusammenfassung . . . . .	435
II. Ausblick . . . . .	456
Literaturverzeichnis . . . . .	459
Rechtsprechungsverzeichnis . . . . .	509
Sachverzeichnis . . . . .	519

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsübersicht . . . . .	VII
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XVII
Einleitung . . . . .	1
I. Problemaufriss und Erkenntnisinteresse . . . . .	1
II. Gang und Methodik der Untersuchung . . . . .	6
III. Forschungsstand und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands . .	9
Teil 1: Transnationale Ordnungsstrukturen im Finanzbereich . . .	13
<i>§ 1 Die Emergenz transnationaler Ordnungsstrukturen im Finanzbereich</i>	14
I. Ausgangsproblem: Erwartungssicherheit in grenzüberschreitenden Transaktionen . . . . .	14
1. Die transaktionsermöglichende Rolle des Privatrechts im Wirtschaftssystem . . . . .	15
2. Die Unsicherheitsproblematik grenzüberschreitender Transaktionen . . . . .	17
3. Staatliche Ordnungsstrategien . . . . .	20
a) Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht . . . . .	20
b) Internationale Rechtsvereinheitlichung und -harmonisierung . .	25
4. Private Ordnungsstrategien . . . . .	30
II. Lösungsstrategien der Praxis: Das Beispiel grenzüberschreitender Finanzgeschäfte . . . . .	35
1. Dokumentenakkreditive und die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche der ICC . . . . .	36
a) Wirtschaftliche Funktion und vertragliche Ausgestaltung . . . .	37
b) Das grenzüberschreitende Ordnungsregime der Dokumentenakkreditive . . . . .	40
aa) Die ICC als institutionelles Zentrum: Zielsetzung und Organisationsstruktur . . . . .	41

bb) Musterdokumente als primäres Handlungsinstrument . . . . .	43
cc) Genese der Musterdokumente . . . . .	44
dd) Begleitinstrumente und -mechanismen . . . . .	46
2. Konsortialkredite und die Musterverträge der LMA . . . . .	48
a) Wirtschaftliche Funktion und vertragliche Ausgestaltung . . . . .	49
b) Das grenzüberschreitende Ordnungsregime der Konsortialkredite	52
aa) Die LMA als institutionelles Zentrum: Zielsetzung und Organisationsstruktur . . . . .	53
bb) Musterdokumente als primäres Handlungsinstrument . . . . .	55
cc) Genese der Musterdokumente . . . . .	56
dd) Begleitinstrumente und -mechanismen . . . . .	57
3. Kreditderivate und die Musterverträge der ISDA . . . . .	58
a) Wirtschaftliche Funktion und vertragliche Ausgestaltung . . . . .	61
b) Das grenzüberschreitende Ordnungsregime der Kreditderivate	63
aa) Die ISDA als institutionelles Zentrum: Zielsetzung und Organisationsstruktur . . . . .	63
bb) Musterdokumente als primäres Handlungsinstrument . . . . .	65
cc) Genese der Musterdokumente . . . . .	69
dd) Begleitinstrumente und -mechanismen . . . . .	70
4. Gemeinsame Elemente der untersuchten Finanzgeschäfte . . . . .	75
a) Typischerweise grenzüberschreitender Kontext . . . . .	75
b) Zweck der Reduzierung von Transaktionsrisiken . . . . .	76
c) Entstehung und Fortentwicklung in der Finanz- und Kautelarpraxis . . . . .	77
d) Professionalität, Homogenität und Vernetzung der Beteiligten . . . . .	77
e) Einbindung in mehrpolige und mehrgliedrige Vertragsbeziehungen . . . . .	78
5. Gemeinsame Elemente der untersuchten Ordnungsregime . . . . .	79
a) Akteure . . . . .	80
b) Handlungsformen . . . . .	80
aa) Musterdokumente . . . . .	81
bb) Begleitinstrumente und -mechanismen . . . . .	81
c) Erfolgsfaktoren . . . . .	82
aa) Freiwilligkeit und sozial-faktische Akzeptanz . . . . .	82
bb) Bedarfsgerechtigkeit und Qualität . . . . .	83
cc) Flexibilität . . . . .	85
dd) Beteiligungsmöglichkeiten und bereichsspezifische Repräsentativität . . . . .	87
ee) Kosteneffizienz . . . . .	88
ff) Positive Netzwerkeffekte . . . . .	90

gg) Verhandlungs- und gruppenpsychologische Effekte . . . . .	92
6. Zwischenergebnis . . . . .	93
III. Grenzüberschreitende Ordnungsregime als Erscheinungsformen	
transnationalen Rechts? . . . . .	94
1. Normcharakter . . . . .	95
2. Rechtscharakter . . . . .	96
a) Rechtsquellen: Rechtsetatismus vs. Rechtspluralismus . . . . .	98
b) Rechtsinhalt: Deskriptive vs. normative Rechtstheorien . . . . .	106
c) Erkenntnistheoretischer Ausweg: Systemtheorie und relativer Rechtsbegriff . . . . .	108
d) Anwendung: Relative Rechtsqualität der grenzüberschreitenden Ordnungsregime . . . . .	115
aa) Elemente der Hierarchisierung . . . . .	116
bb) Elemente der Temporalisierung . . . . .	119
cc) Elemente der Externalisierung . . . . .	120
3. Transnationaler Charakter . . . . .	123
4. Zwischenergebnis . . . . .	129
 § 2 Die Rolle des staatlichen Rechts in transnationalen Ordnungsstrukturen . . . . .	130
I. Realität der Einbeziehung staatlichen Rechts . . . . .	130
II. Notwendigkeit der Einbeziehung staatlichen Rechts . . . . .	132
1. Unbestimmtheit? . . . . .	133
2. Fragmentierung? . . . . .	133
3. Unvollständigkeit . . . . .	134
4. Eingeschränkte Verbindlich- und Durchsetzbarkeit . . . . .	137
5. Negative Netzwerkeffekte . . . . .	138
6. Legitimation . . . . .	140
a) Relevanz . . . . .	140
b) Maßstab . . . . .	141
aa) Zustimmung der Regelungsadressaten als Ausgangspunkt . . . . .	145
bb) Gruppenrichtigkeit als Korrektiv nach innen . . . . .	145
cc) Gesamtgesellschaftliche Rückbindung als Korrektiv nach außen . . . . .	148
(1) Transnationale Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts? . . . . .	148
(2) Entgegensetzung eines transnationalen öffentlichen Rechts? . . . . .	151
(3) Komplementäre Selbst- und Fremdkonstitutionalisierung als Ausweg . . . . .	153

III. Die Vorzüge einer Verbindung privater und staatlicher Lösungsstrategien . . . . .	156
1. Wechselseitige Kompensation von Defiziten . . . . .	156
2. Nutzung gesellschaftlicher Wissensverteilung und Gesellschaftsadäquanz des Rechts . . . . .	158
IV. Bedeutung im Wettbewerb der Rechtsordnungen . . . . .	160
1. Empirische Dimension . . . . .	162
a) Nachfrageseite . . . . .	162
b) Angebotsseite . . . . .	164
2. Normative Dimension . . . . .	168
V. Zwischenergebnis . . . . .	169
 Teil 2: Privatrechtsdogmatische Rekonstruktion . . . . .	 171
§ 3 <i>Der Begriff des transnationalen Vertrages als Verarbeitungsvorschlag</i> . . . . .	174
I. Idealtypische Möglichkeiten des Umgangs mit transnationalen Ordnungsstrukturen . . . . .	175
1. Gleichordnung . . . . .	175
2. Einordnung . . . . .	175
3. Ausschluss . . . . .	178
4. Grenzen der allgemeinen Typisierung . . . . .	178
II. Das Leitbild der responsiven Rechtsdogmatik . . . . .	180
III. Der Begriff des transnationalen Vertrages . . . . .	183
1. Privatrechtlicher Vertrag . . . . .	184
2. Objektive Komponente . . . . .	184
3. Subjektive Komponente . . . . .	185
4. Rechtsfolgen . . . . .	185
§ 4 <i>Transnationale Verträge im Kollisionsrecht</i> . . . . .	187
I. Rechtswahlfreiheit als Scharnier zur transnationalen Ordnungsebene . . . . .	188
II. Die (Nicht-)Wählbarkeit transnationaler Musterdokumente als Vertragsstatut . . . . .	193
1. Allgemein . . . . .	193
2. Im Anwendungsbereich der Rom I-VO . . . . .	195
III. Möglichkeiten einer responsiven kollisionsrechtlichen Verarbeitung <i>de lege lata</i> . . . . .	205
1. Eröffnung des Anwendungsbereichs der Rom I-VO . . . . .	206
a) Vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen . . . . .	206
b) Verbindung zum Recht verschiedener Staaten . . . . .	207
c) Bereichsausnahmen . . . . .	209

2. Anforderungen an die Rechtswahl . . . . .	214
a) Erklärung . . . . .	214
b) Wirksamkeitsvoraussetzungen . . . . .	217
3. Begrenzungen der Rechtswahlfreiheit . . . . .	219
a) Wählbarkeitsbeschränkungen . . . . .	219
aa) Begrenzung auf staatliches Recht . . . . .	220
bb) Begrenzung auf das Recht räumlich verbundener Staaten? . . . . .	220
cc) Begrenzung auf geltendes Recht . . . . .	221
b) Wirkungsbeschränkungen . . . . .	223
aa) Inlands- und Binnenmarktsachverhalte . . . . .	223
(1) Inlandssachverhalte . . . . .	223
(2) Binnenmarktsachverhalte . . . . .	233
bb) Spezielle Sonderanknüpfungen und Bereichseinschränkungen . . . . .	235
cc) Eingriffsnormen . . . . .	240
dd) <i>Ordre public</i> -Kontrolle . . . . .	251
4. Die Auffangordnung der objektiven Anknüpfungen . . . . .	255
a) Einfügung in gesetzliches Leitbild oder Bestimmung der charakteristischen Leistung . . . . .	255
b) Korrektiv der offensichtlich engeren oder engsten Verbindung . . . . .	257
IV. Zwischenergebnis . . . . .	258
<i>§ 5 Transnationale Verträge im materiellen Vertragsrecht . . . . .</i>	<i>261</i>
I. Vertragsfreiheit als Scharnier zur transnationalen Ordnungsebene . . . . .	262
II. Anforderungen an den Vertragsschluss . . . . .	262
III. Bestimmung des Vertragsinhalts . . . . .	265
1. Vertragsauslegung . . . . .	268
2. Lückenschließung und Verhältnis zum dispositiven Recht . . . . .	275
3. Ausfüllung von offenen Rechtsbegriffen, insbesondere Verhaltensmaßstäben . . . . .	280
4. Verhältnis zum Handelsgewohnheitsrecht . . . . .	282
IV. Begrenzungen der Vertragsfreiheit . . . . .	283
1. AGB-Kontrolle . . . . .	283
a) Anwendungsbereich . . . . .	286
aa) Vorliegen von AGB . . . . .	287
(1) Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen . . . . .	287
(2) Stellen durch einen Verwender . . . . .	287
bb) Bereichsausnahmen . . . . .	290
b) Einbeziehungskontrolle . . . . .	292
c) Inhaltskontrolle . . . . .	293

aa) Ausnahme wegen zentraler Herausgeberinstanz? . . . . .	294
bb) Mögliche Beschränkung auf Transparenzkontrolle . . . . .	295
cc) Maßstab der Inhaltskontrolle im Übrigen . . . . .	301
2. Zwingendes Recht . . . . .	308
a) Spezielle gesetzliche Ge- und Verbotsvorschriften . . . . .	308
b) Generalklauseln . . . . .	311
V. Zwischenergebnis . . . . .	314
§ 6 <i>Transnationale Verträge im Internationalen Zivilverfahrensrecht</i> . . . . .	317
I. Zuordnungsfreiheit als Scharnier zur transnationalen Ordnungsebene . . . . .	318
II. Staatliche Gerichtsbarkeit . . . . .	319
1. Internationale Zuständigkeit im Erkenntnisverfahren . . . . .	319
a) Gerichtsstandsvereinbarung . . . . .	320
aa) Brüssel Ia-VO . . . . .	321
(1) Anwendungsbereich . . . . .	321
(a) Zivil- und Handelssachen . . . . .	321
(b) Grenzüberschreitender Bezug . . . . .	321
(c) Bereichsausnahmen . . . . .	325
(d) Räumlich-personeller Anwendungsbereich . . . . .	327
(2) Anforderungen an das Zustandekommen . . . . .	333
(a) Gegenstand . . . . .	333
(b) Bestimmtheit . . . . .	334
(c) Form . . . . .	335
(d) Materiellrechtliche Wirksamkeit . . . . .	339
(aa) Anwendbares Recht . . . . .	339
(bb) Anwendungsmaßgaben . . . . .	343
(3) Begrenzungen der Zuordnungsfreiheit . . . . .	348
(a) Schutz schwächerer Parteien . . . . .	348
(b) Ausschließliche Gerichtsstände . . . . .	350
(c) Eingriffsnormen und <i>ordre public</i> ? . . . . .	354
(d) Allgemeine Missbrauchskontrolle? . . . . .	358
bb) LugÜ . . . . .	359
cc) HGÜ . . . . .	361
(1) Anwendungsbereich . . . . .	361
(2) Anforderungen an das Zustandekommen . . . . .	363
(3) Begrenzungen der Zuordnungsfreiheit . . . . .	365
dd) ZPO . . . . .	366
(1) Anwendungsbereich . . . . .	367
(2) Anforderungen an das Zustandekommen . . . . .	367
(a) Gegenstand . . . . .	367

(b) Bestimmtheit . . . . .	368
(c) Form . . . . .	368
(d) Materieellrechtliche Wirksamkeit . . . . .	369
(3) Begrenzungen der Zuordnungsfreiheit . . . . .	372
(a) Einschränkungen der Prorogationsbefugnis . . . . .	372
(b) Ausschließlicher oder fehlender Inlandsbezug? . . . . .	373
(c) Nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten und ausschließliche Gerichtsstände . . . . .	374
(d) Eingriffsnormen und <i>ordre public</i> . . . . .	375
(e) Allgemeine Missbrauchskontrolle? . . . . .	380
b) Objektive Gerichtsstände . . . . .	380
aa) Brüssel Ia-VO . . . . .	380
bb) LugÜ . . . . .	381
cc) ZPO . . . . .	382
c) Beachtung ausländischer Rechtshängigkeit . . . . .	383
2. Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Gerichtsentscheidungen . . . . .	384
a) Brüssel Ia-VO . . . . .	385
aa) Anwendungsbereich . . . . .	385
bb) Anerkennung . . . . .	385
cc) Vollstreckung . . . . .	387
dd) Versagungsgründe . . . . .	387
(1) Verstoß gegen den <i>ordre public</i> . . . . .	388
(2) Fehlende internationale Zuständigkeit . . . . .	390
b) LugÜ . . . . .	393
c) HGÜ . . . . .	393
d) Sonstige völkerrechtliche Verträge . . . . .	394
e) ZPO . . . . .	395
aa) Anerkennung . . . . .	395
bb) Vollstreckung . . . . .	396
cc) Versagungsgründe . . . . .	396
(1) Verstoß gegen den <i>ordre public</i> . . . . .	397
(2) Fehlende internationale Zuständigkeit . . . . .	398
(3) Gegenseitigkeitserfordernis . . . . .	400
3. Zwischenergebnis . . . . .	400
III. Private Schiedsgerichtsbarkeit . . . . .	402
1. Autonomie der Schiedsgerichtsbarkeit und Rückbindung an das staatliche Recht . . . . .	403
2. Prüfung der Zuständigkeit in der Einredesituation . . . . .	406
a) Vorliegen einer Schiedsvereinbarung . . . . .	407



b) Anforderungen an das Zustandekommen . . . . .	408
aa) Bestimmtheit . . . . .	408
bb) Form . . . . .	408
(1) Bei deutschem Schiedsort . . . . .	409
(2) Bei ausländischem Schiedsort . . . . .	410
cc) Materieellrechtliche Wirksamkeit . . . . .	412
(1) Anwendbares Recht . . . . .	412
(2) Anwendungsmaßgaben . . . . .	414
c) Begrenzungen der Zuordnungsfreiheit . . . . .	416
aa) Objektive Schiedsfähigkeit . . . . .	416
(1) Anwendbares Recht . . . . .	417
(2) Anwendungsmaßgaben . . . . .	418
bb) Subjektive Schiedsfähigkeit . . . . .	419
cc) Eingriffsnormen und <i>ordre public</i> . . . . .	422
3. Anerkennung, Vollstreckung und Aufhebung von privaten Schiedssprüchen . . . . .	426
a) Abgrenzung zwischen inländischen und ausländischen Schiedssprüchen . . . . .	426
b) Anerkennung . . . . .	427
c) Vollstreckung . . . . .	428
d) Aufhebung . . . . .	428
e) Versagungsgründe . . . . .	428
aa) Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung . . . . .	429
bb) Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit . . . . .	430
cc) Verstoß gegen den <i>ordre public</i> . . . . .	430
4. Zwischenergebnis . . . . .	433
 Schluss . . . . .	 435
I. Zusammenfassung . . . . .	435
II. Ausblick . . . . .	456
 Literaturverzeichnis . . . . .	 459
Rechtsprechungsverzeichnis . . . . .	509
Sachverzeichnis . . . . .	519

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere/r Ansicht
AAA	American Arbitration Association
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft(en)/Union
Abs.	Absatz
Acad. Manag. J.	Academy of Management Journal
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft / Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
ALMA	African Loan Market Association
Am. Econ. Rev.	American Economic Review
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. J. Juris.	American Journal of Jurisprudence
Am. J. Sociol.	American Journal of Sociology
Am. L. Rev.	American Law Review
Am. Soc. Rev.	American Sociological Review
Ann. Rev. Law Soc. Sci.	Annual Review of Law and Social Science
Ann. Surv. Int'l & Comp. L.	Annual Survey of International & Comparative Law
AnwBl	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APLMA	Asia Pacific Loan Market Association
Arb. Int'l	Arbitration International
Archives phil. dr.	Archives de la philosophie du droit
ArchSozWiss	Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
ASIL Proceedings	Proceedings of the American Society of International Law
Aufl.	Auflage
AVAG	Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz
AVR	Archiv des Völkerrechts
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebs-Berater
BDGVR	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BeckOGK	Beck'scher Online-Großkommentar

BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer
Bell J. Econ.	Bell Journal of Economics and Management Science
Berkeley J. Int'l L.	Berkeley Journal of International Law
BFLR	Banking & Finance Law Review
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Leitentscheide des Bundesgerichts (Schweiz)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BJS	British Journal of Sociology
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BörsG	Börsengesetz
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
Br. J. Sociol.	British Journal of Sociology
Brook. J. Int'l L.	Brooklyn Journal of International Law
BRRD	Bank Recovery and Resolution Directive
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
Buff. L. Rev.	Buffalo Law Review
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
Cass.civ.	Cour de cassation, Chambre civile
Chi. J. Int'l L.	Chicago Journal of International Law
Chi.-Kent L. Rev.	Chicago-Kent Law Review
CIATEC	China International Economic and Trade Arbitration Commission
Cir.	Circuit
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CMLJ	Capital Markets Law Journal
Colum. Bus. L. Rev.	Columbia Business Law Review
Colum. J. Eur. L.	Columbia Journal of European Law
Colum. J. Transnat'l L.	Columbia Journal of Transnational Law
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Conn. L. Rev.	Connecticut Law Review
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
DB	Der Betrieb
DCFR	Draft Common Frame of Reference
d. h.	das heißt
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit
DOCDEX	Documentary Instruments Dispute Resolution Expertise
Duke J. Comp. & Int'l L.	Duke Journal of Comparative & International Law
Duke L. J.	Duke Law Journal
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht

EBLR	European Business Law Review
Ed.	Edition
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EJIL	European Journal of International Law
EJLR	European Journal of Law Reform
EJLS	European Journal of Legal Studies
ELJ	European Law Journal
Elon L. Rev.	Elon Law Review
ELR	Erasmus Law Review
Emory L. J.	Emory Law Journal
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
ERA	Einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive
ERAG	Einheitliche Richtlinien für auf Anfordern zahlbare Bankgarantien
ERCL	European Review of Contract Law
ERPL	European Review of Private Law
ESLJ	Entertainment and Sports Law Journal
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuBagatellVO	Europäische Bagatellverfahrens-Verordnung
EuErbVO	Europäische Erbrechtsverordnung
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGüVO	Europäische Güterrechtsverordnung
EuGVO/EuGVVO	Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung
EuGVÜ	Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen
EuInsVO	Europäische Insolvenzverfahrens-Verordnung
EuMahnVO	Europäische Mahnverfahrens-Verordnung
EuPartVO	Europäische Partnerschaftsverordnung
EuÜ	Europäisches Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuVTVO	Europäische Vollstreckungstitel-Verordnung
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWCA Civ	Court of Appeal (Civil Division)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWHC (Comm)	High Court of Justice (Commercial Court)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f./ff.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDRC	Financial Dispute Resolution Centre
Fla. St. U. Bus. L. Rev.	Florida State University Business Law Review
Fla. St. U. L. Rev.	Florida State University Law Review
Fn.	Fußnote

Fordham Int'l L. J.	Fordham International Law Journal
FS	Festschrift
Geo. L. J.	Georgetown Law Journal
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GLJ	German Law Journal
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GroMiKV	Großkredit- und Millionenkreditverordnung
GS	Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Harv. Int'l L. J.	Harvard International Law Journal
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Harv. Negot. L. Rev.	Harvard Negotiation Law Review
HGB	Handelsgesetzbuch
HGÜ	Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen
HK-BGB	Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch
HK-ZPO	Handkommentar Zivilprozessordnung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
Hum. Relat.	Human Relations
IASB	International Accounting Standards Board
IBLJ	International Business Law Journal
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
ICAO	International Civil Aviation Organization
ICC	International Chamber of Commerce
ICMA	International Capital Market Association
ICSID	International Centre for the Settlement of Investment Disputes
i. e. S.	im engeren Sinne
IFLR	International Financial Law Review
IHR	Internationales Handelsrecht
IMO	International Maritime Organization
Ind. J. Global Legal Stud.	Indiana Journal of Global Legal Studies
InsO	Insolvenzordnung
Int'l & Comp. L. Q.	International and Comparative Law Quarterly
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (Schweiz)
i. S. d.	im Sinne des/der
ISDA	International Swaps and Derivatives Association
ISLA	International Securities Lending Association
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
J. Abnorm. Psychol.	Journal of Abnormal and Social Psychology
JBl	Juristische Blätter
Jb. J. ZivRWiss	Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler

J. Bus. L.	Journal of Business Law
J.C.L.S.	Journal of Corporate Law Studies
J. Corp. L.	Journal of Corporation Law
JDI	Journal de droit international
J. Econ. Behav. Organ.	Journal of Economic Behavior and Organization
J. Empirical Legal Stud.	Journal of Empirical Legal Studies
J. Eur. Public Policy	Journal of European Public Policy
J. Int'l Arb.	Journal of International Arbitration
JITCL	UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law
J. Law Soc.	Journal of Law and Society
J. L. & Econ.	Journal of Law and Economics
J. L. Econ. & Org.	Journal of Law, Economics & Organization
J. Legal Anal.	Journal of Legal Analysis
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies
JLP	Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law
J. Political Econ.	Journal of Political Economy
J. Priv. Int'l L.	Journal of Private International Law
J. Risk Uncertain.	Journal of Risk and Uncertainty
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JYIL	Japanese Yearbook of International Law
JZ	JuristenZeitung
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz
KWG	Kreditwesengesetz
Law & Contemp. Probs.	Law & Contemporary Problems
Law & Fin. Mkt. Rev.	Law and Financial Markets Review
Law & Pol'y Int'l Bus.	Law & Policy in International Business
Law & Soc'y Rev.	Law & Society Review
LG	Landgericht
LJIL	Leiden Journal of International Law
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports
LMA	Loan Market Association
LSTA	Loan Syndications and Trading Association
LugÜ	Lugano-Übereinkommen
m. Anm.	mit Anmerkung
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
Mich. J. Int'l L.	Michigan Journal of International Law
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
MiFID	Finanzmarktrichtlinie
MiFIR	Finanzmarktverordnung
ML	Model Law
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
MüKo	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
New Political Econ.	New Political Economy

n. F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
Nr.	Nummer
Nw. J. Int'l L. & Bus.	Northwestern Journal of International Law & Business
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
N.Y. Sup. Ct.	New York Supreme Court
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
OHADA	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
Ohio St. L. J.	Ohio State Law Journal
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
Org. Behav. Hum. Decis. Process.	Organizational Behavior and Human Decision Processes
ors	others
OTC	over the counter
Pace L. Rev.	Pace Law Review
PECL	Principles of European Contract Law
Penn St. L. Rev.	Penn State Law Review
Popul. Dev. Rev.	Population and Development Review
P.R.I.M.E. Finance	Panel of Recognized International Market Experts in Finance
Q. J. Econ.	Quarterly Journal of Economics
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAND J. Econ.	RAND Journal of Economics
RBFL	Review of Banking & Financial Law
RdC	Recueil des Cours
rev.	revidiert
Rev. Gen. Psychol.	Review of General Psychology
Rev. Financ. Stud.	Review of Financial Studies
Rg	Rechtsgeschichte (Zeitschrift)
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RJ	Rechtshistorisches Journal
Rn.	Randnummer(n)
Rs.	Rechtssache
Rutgers Univ. L. Rev.	Rutgers University Law Review
S.	Satz / Seite
SAG	Gesetz zur Sanierung und Abwicklung von Instituten und Finanzgruppen
San Diego Int'l L. J.	San Diego International Law Journal
S. Cal. Interdisc. L. J.	Southern California Interdisciplinary Law Journal

S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
Schmollers Jahrbuch	Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft des Deutschen Reiches
SchVG	Schuldverschreibungsgesetz
Sec.	Section
SEJ	Southern Economic Journal
SGHC	High Court of Singapore
sog.	sogenannte/n/r/s
SolvV	Solvabilitätsverordnung
SRM	Single Resolution Mechanism
Stan. J. Int'l L.	Stanford Journal of International Law
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
Transnat'l Legal Theory	Transnational Legal Theory
TranspR	Transportrecht
Tulsa J. Comp. & Int'l L.	Tulsa Journal of Comparative & International Law
u. a.	und andere
UAbs.	Unterabsatz
UCC	Uniform Commercial Code
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Colo. L. Rev.	University of Colorado Law Review
UCP	Uniform Customs and Practice for Documentary Credits
UK	United Kingdom
UKHL	United Kingdom House of Lords Decisions
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UN Doc.	United Nations Document
UNIDROIT	Institute international pour l'unification du droit privé
Unif. L. Rev.	Uniform Law Review
UNÜ	New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
URDG	Uniform Rules for Demand Guarantees
Urt. v.	Urteil vom
U.S.	United States Supreme Court Reports
USA	United States of America
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v./vs.	versus
Va. J. Int'l L.	Virginia Journal of International Law
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Vand. J. Transnat'l L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
vgl.	vergleiche
Vill. L. Rev.	Villanova Law Review
VO	Verordnung
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil B



VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
Wash. U. L. Rev.	Washington University Law Review
Wayne L. Rev.	Wayne Law Review
Willamette L. Rev.	Willamette Law Review
WIPO	World Intellectual Property Organization
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium
WM	Wertpapier-Mitteilungen
Wm. & Mary L. Rev.	William & Mary Law Review
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpHR	Wertpapierhandelsrecht
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge
Yale J. Int'l L.	Yale Journal of International Law
Yale J. on Reg.	Yale Journal on Regulation
Yale L. J.	Yale Law Journal
Yale L. & Pol'y Rev.	Yale Law & Policy Review
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert als
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG-GA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZP Int.	Zeitschrift für Zivilprozess International

# Einleitung

„In any case, let us have no illusions: the lawyer’s idea to submit international trade, in every case, to one or more national systems of law is nothing but bluff. The practical men have very largely freed themselves from it, by means of standard contracts and arbitration, and states will be abandoning neither sovereignty nor prerogatives if they open their eyes to reality [...]“<sup>1</sup>

*René David*

„Wenn es nach alledem [die] *lex mercatoria* überhaupt nicht gibt, dann folgt daraus notgedrungen, daß sie keinem Gericht als Entscheidungsgrundlage zur Verfügung steht, und zwar unabhängig davon, ob es sich um ein staatliches oder um ein privates (Schieds-)Gericht handelt [...]. [E]twas, das nicht existiert, lässt sich auch nicht dadurch schaffen, daß man ihm einen Namen gibt.“<sup>2</sup>

*Christian von Bar/Peter Mankowski*

## I. Problemaufriss und Erkenntnisinteresse

Der normative Rahmen des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs wird in zunehmendem Maße durch Ordnungsstrukturen bestimmt, in deren Zentrum private Akteure stehen. Dies gilt im Besonderen für den Finanzbereich.<sup>3</sup> So werden beispielsweise die Vorgaben für die vertragliche Handhabung des häufig zur Außenhandelsfinanzierung eingesetzten Dokumentenakkreditivs nicht etwa im Deutschen Bundestag ausgehandelt, sondern in der Bankenkommission der *International Chamber of Commerce* (ICC) in Paris.<sup>4</sup> *De facto* als verbindlich angesehene Leitlinien der Ausgestaltung internationaler Konsortialkredite entstehen in

---

<sup>1</sup> *David*, *The International Unification of Private Law* (1971), 212.

<sup>2</sup> *von Bar/Mankowski*, *Internationales Privatrecht*, Band I (2. Aufl. 2003), § 2, Rn. 77.

<sup>3</sup> Zu dieser Entwicklung *Benjamin/Rouch*, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 2 (2008), 78, 79 ff.; *Köndgen*, in: *Calliess* (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 277, 280 ff.

<sup>4</sup> Zu diesem Beispiel insbesondere *Levit*, *Yale J. Int’l L.* 30 (2005), 125, 133 ff.; *Levit*, *Emory L. J.* 57 (2008), 1147, 1165 ff.; ferner *Snyder*, *Ohio St. L. J.* 64 (2003), 371, 389 ff.; *Maurer*, *Lex Maritima* (2012), 46 f., 52 ff.; *Köndgen*, in: *Calliess* (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 277, 280 f.; *Goode/Kronke/McKendrick*, *Transnational Commercial Law* (2. Aufl. 2015), 324 ff.; *Jarass*, *Privates Einheitsrecht* (2019), 156 ff. Ausführlich unten § 1 II. 1. (S. 36 ff.).

der Londoner Zentrale der *Loan Market Association* (LMA), nicht im nur wenige Kilometer entfernten Westminster Palace, dem Sitz des Parlaments des Vereinigten Königreichs.<sup>5</sup> Marktbeteiligte des außerbörslichen Derivatehandels vertrauen untereinander im Zweifel eher auf Regelungsmaßgaben der *International Swaps and Derivatives Association* (ISDA) in New York als auf solche aus dem US-Kapitol in Washington D.C. oder dem Kapitol des Bundesstaates New York in Albany.<sup>6</sup> Die Aufzählung könnte nahezu beliebig fortgeführt werden.<sup>7</sup>

Das an diesen Beispielen zu beobachtende Phänomen fügt sich in eine gesellschaftliche Entwicklung ein, die *Max Weber* schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts als „Dezentralisation der Rechtsschöpfung“ beschrieben hat,<sup>8</sup> welche nun aber unter dem Brennglas der Globalisierung noch deutlicher erkennbar wird:<sup>9</sup> Durch die von *Niklas Luhmann* als unumkehrbarer „Sündenfall“ der Moderne diagnostizierte funktionale Ausdifferenzierung sozialer Systeme<sup>10</sup> wird die einheitsstiftende Semantik des Nationalstaates in zahlreichen Gesellschaftsbereichen überlagert<sup>11</sup> und treten neben den Staat weitere Akteure, die bereichsspezifische Verhaltensregeln setzen, interpretieren sowie durchsetzen und so das komplexe

---

<sup>5</sup> Zu diesem Beispiel insbesondere *Estevan de Quesada/Renner*, ERCL 13 (2017), 164, 176 ff.; ferner *Köndgen*, in: *Calliess* (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 277, 281 f. Neben der für den europäischen und afrikanischen Markt maßgeblichen LMA sind in diesem Bereich auch deren nordamerikanische Schwesterorganisation *Loan Syndications and Trading Association* (LSTA) sowie das asiatische Pendant *Asia Pacific Loan Market Association* (APLMA) zu nennen, welche ihre Aktivitäten jeweils eng auf diejenigen der LMA abstimmen. Ausführlich unten § 1 II. 2. (S. 48 ff.).

<sup>6</sup> Zu diesem Beispiel insbesondere *C. Baker*, *Notre Dame L. Rev.* 85 (2010), 1287, 1359 ff.; *Braithwaite*, *Mod. L. Rev.* 75 (2012), 779, 783 ff.; *Horst*, *AVR* 53 (2015), 461 ff.; *Horst*, *Transnationale Rechtserzeugung* (2019), 10 ff.; ferner *Wielsch*, in: *Eidenmüller* (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 71, 85 ff.; *Collins*, in: *Grundmann/Möslein/Riesenhuber* (Hrsg.), *Contract Governance* (2015), 383, 392 ff. Ausführlich unten § 1 II. 3. (S. 58 ff.).

<sup>7</sup> So orientieren sich etwa Emissionen grenzüberschreitend gehandelter Unternehmensanleihen zunehmend an den Mustern der in Zürich ansässigen *International Capital Market Association* (ICMA), Wertpapierleihen an denjenigen der Londoner *International Securities Lending Association* (ISLA). Weitere Beispiele bei *de Ly*, in: *Ferrari* (Hrsg.), *The Unification of International Commercial Law* (1998), 59, 61 ff.

<sup>8</sup> *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* (5. Aufl. 1972), 439 f. (in der Originalpaginierung 455 f.), unter Bezugnahme auf *Andreas Voigt*.

<sup>9</sup> *Vesting*, *JURA* 2001, 299, 304.

<sup>10</sup> *Luhmann*, *Soziale Systeme* (1987), 328; *Luhmann*, *Die Wirtschaft der Gesellschaft* (1988), 344.

<sup>11</sup> *Calliess/Renner*, in: *Hartmann/Offe* (Hrsg.), *Politische Theorie und Politische Philosophie* (2010), 172, 173; *Maurer/Renner*, in: *ARSP-Beiheft* 125 (2010), 207; vgl. auch *Rupp*, in: *Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band II (3. Aufl. 2004), 879, 925 f.

normative Gerüst gesellschaftlicher Interaktionen mitgestalten.<sup>12</sup> Gerade im Wirtschaftsleben, welches seit jeher Vorreiter der Globalisierung ist,<sup>13</sup> wird dies mittlerweile so offensichtlich, dass sich, um mit *Webers* akademischem Lehrer *Levin Goldschmidt* zu sprechen, „nicht vornehm ignorieren [lässt], was auf Schritt und Tritt begegnet, und jeden Denkenden zum Nachdenken anregt“.<sup>14</sup>

Dieser empirisch unstrittige Befund hat eine Gretchenfrage aufgeworfen, die in der Privatrechtswissenschaft wie kaum eine andere Debatte in den letzten Jahrzehnten zu tiefgreifenden Meinungs-, ja Glaubensdivergenzen geführt hat:<sup>15</sup> Existiert ein „Recht jenseits des Staates“?<sup>16</sup> Nach konventioneller und jedenfalls im deutschsprachigen Schrifttum noch immer vorherrschender Ansicht – exemplifiziert durch das einleitend angeführte Zitat *Christian von Bars* und *Peter Mankowskis* – handelt es sich hierbei um etwas, das es „überhaupt nicht gibt“ und das man deshalb auch durch schillernde Begriffsschöpfungen wie *lex mercatoria* nicht einfach herbeireden, geschweige denn zur Grundlage juristischer Entscheidungen machen könne.<sup>17</sup> Darin spiegelt sich die gerade unter kontinental-europäischen Juristen<sup>18</sup> tief verwurzelte Überzeugung wider, dass die Schöpfung und Durchsetzung von Recht zur exklusiven Domäne des durch Gebiet, Volk und Hoheitsgewalt definierten Nationalstaates gehöre, auf dessen souveränitätsbasiertes Rechtsetzungsmonopol letztlich auch die Verbindlichkeit sämtlicher Gestaltungsformen des Privatrechts zurückzuführen sei.<sup>19</sup>

---

<sup>12</sup> Allgemein *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen (2006), 8 f., 25 f.; speziell für den Wirtschaftsbereich *Linarelli*, in: P. Berman (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism* (2020), 689, 702 ff.

<sup>13</sup> Vgl. *Berger*, in: Bierbaum (Hrsg.), *So investiert die Welt* (2008), 33; *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 8; speziell zum Finanzbereich *Köndgen*, in: Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 277, 280. Vgl. auch schon *Radbruch*, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (12. Aufl. 1969), 114: „Der Handel kennt keine Landesgrenzen, wie der Individualismus will er nichts gelten lassen als den Weltbürger und den Weltmarkt.“

<sup>14</sup> *Goldschmidt*, ZHR 1 (1858), 1.

<sup>15</sup> Zur Metapher des „Glaubenskrieges“ *U. Stein*, *Lex mercatoria* (1995), 6; *Teubner*, RJ 15 (1996), 255, 264.

<sup>16</sup> Siehe hierzu etwa die Beiträge in Jansen/Michaels (Hrsg.), *Beyond the State* (2008).

<sup>17</sup> *von Bar/Mankowski*, *Internationales Privatrecht*, Band I (2. Aufl. 2003), § 2, Rn. 77.

<sup>18</sup> Aufgrund der besseren Lesbarkeit wird in dieser Arbeit für Personenbezeichnungen, soweit geschlechtsneutrale Formulierungen nicht möglich sind, das generische Maskulinum verwendet. Gemeint und angesprochen sind jedoch ausdrücklich immer alle Geschlechter.

<sup>19</sup> Repräsentativ für diese Sichtweise etwa *P. Kirchhof*, in: FS Schambeck (1994), 947, 951; *Augsberg*, *Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft* (2003), 26 ff., 32 f.; speziell für das Privatrecht *von Bar/Mankowski*, *Internationales Privatrecht*, Band I (2. Aufl. 2003), § 2, Rn. 75 ff.; *Kegel/Schurig*, *Internationales Privatrecht* (9. Aufl. 2004), 127; im Ergebnis auch *G. Bachmann*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Privates Recht* (2012), 207, 209 ff., 217. Weiterführend

Demgegenüber halten Anhänger pluralistischer Rechtskonzeptionen – wie der ebenfalls eingangs zitierte *René David* – die Vorstellung, dass das Recht des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs an nationalstaatliche Rechtsordnungen rückgebunden sei, nurmehr für eine bloße „Illusion“.<sup>20</sup> Da die mit dem völkerrechtlichen Souveränitätsprinzip verbundene Territorialbindung des staatlichen Rechts zu einer Fülle räumlich begrenzter und nicht oder nur unzureichend aufeinander abgestimmter staatlicher Rechtsregeln führe,<sup>21</sup> hätten sich die privaten Akteure des Wirtschaftsverkehrs längst ihr eigenes, vom staatlichen Recht losgelöstes Rechtssystem geschaffen.<sup>22</sup>

Folge dieser scheinbar unvereinbaren Prämissen ist das weitgehende Ausbleiben eines fruchtbringenden wissenschaftlichen Dialogs zwischen beiden Meinungslagern: Während Befürworter eines staatsbezogenen Rechtsverständnisses die „auf Schritt und Tritt begegnende“ Emergenz grenzüberschreitender Ordnungsstrukturen jenseits des Staates als bestenfalls soziologisches, juristisch jedoch irrelevantes Phänomen abtun, interessieren sich Vertreter pluralistisch ausgerichteter Rechtstheorien in den betroffenen Sachgebieten kaum mehr für Regeln und Dogmatik einzelner nationalstaatlicher Rechtsordnungen.<sup>23</sup>

Der empirische Blick auf konkrete Einzelbeispiele grenzüberschreitender Ordnung zeigt indes, dass beide Herangehensweisen zu kurz greifen. Schon in *Webers* Modell der dezentralen Rechtsschöpfung war es nicht die gesellschaftliche Praxis allein, die rechtliche Normen erzeugt, sondern ihr selektives Zusammenspiel mit staatlichen Organen.<sup>24</sup> Und auch die angeführten, von ICC, LMA,

---

der historisch-vergleichender Überblick zum Verhältnis von Staat und Privatrecht bei *Jansen/Michaels*, in: *Jansen/Michaels* (Hrsg.), *Beyond the State* (2008), 15 ff.

<sup>20</sup> *David*, *The International Unification of Private Law* (1971), 212; vgl. auch *Goldštajn*, *J. Bus. L.* 12 (1961), 12.

<sup>21</sup> Vgl. *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 19 f.; *Mugasha*, *BFLR* 26 (2011), 381, 385.

<sup>22</sup> Überblick zu Entwicklung und Vertretern dieser Sichtweise bei *Berger*, in: *Berger* (Hrsg.), *The Practice of Transnational Law* (2001), 1 ff. Schon 1929 hatte *Hans Großmann-Doerth* eine solche Entwicklung und eine damit verbundene „Juristendämmerung“ prophezeit; siehe *Großmann-Doerth*, *JW* 58 (1929), 3447, 3451; ähnlich auch *Rabel*, *Das Recht des Warenkaufs*, Band 1 (1936), 36.

<sup>23</sup> Siehe hierzu den Überblick zum Forschungsstand unter III. (S. 9 ff.) dieser Einleitung.

<sup>24</sup> *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* (5. Aufl. 1972), 441 ff. (in der Originalpaginierung 397 ff.). Nach *Weber* hätten vor allem Gerichte die Aufgabe, die gesellschaftlichen Normen zu selektieren und dadurch zu rationalisieren. Dieser Ansatz wurde später wirkmächtig von *Robert Cover* aufgegriffen; siehe *Cover*, *Harv. L. Rev.* 97 (1983), 4 ff. Laut *Cover* werden rechtliche Normen und deren Bedeutung zwar in kollektiven sozialen Prozessen, also innerhalb der Gesellschaft ausgehandelt (*jurisgenesis*). Staatlichen Gerichten komme aber die Aufgabe zu, durch autoritative Entscheidungen die Vielfalt gesellschaftlich erzeugter Normen einzuhegen und für eine einheitliche Normgeltung zu sorgen.

ISDA und vergleichbaren privaten Organisationen orchestrierten bereichsspezifischen Ordnungsarrangements des grenzüberschreitenden Finanz- und Wirtschaftsverkehrs bleiben bei genauerem Hinsehen – trotz durchaus vorhandener Emanzipationstendenzen – in vielerlei Hinsicht mit dem staatlichen Recht verwoben.<sup>25</sup> Dies bedeutet zwar keineswegs, dass sich ihre rechtliche Bedeutung ausschließlich und vollumfänglich aus dem staatlichen Recht ableiten ließe.<sup>26</sup> Es verdeutlicht aber, dass das staatliche Recht einen bislang unerlässlichen Bestandteil dieser grenzüberschreitenden Ordnungsstrukturen bildet, dem sowohl Ermöglichungs- als auch Begrenzungsfunktionen zukommen.<sup>27</sup>

Um diese komplementären Funktionen wirksam ausfüllen zu können, muss eine staatliche Rechtsordnung allerdings in der Lage sein, grenzüberschreitende Ordnungszusammenhänge zu erkennen und adäquat zu verarbeiten.<sup>28</sup> Eine Schlüsselfunktion kommt hierbei der Rechtsdogmatik zu, deren Kernaufgabe seit jeher darin besteht, neue gesellschaftliche Praktiken zu systematisieren und unter Bezugnahme auf das verbindliche Normenmaterial des geltenden staatlichen Rechts in geeigneten Begriffen und Kategorien handhabbar zu machen.<sup>29</sup> Aus Sicht des mit Ordnungspänomenen der besagten Art konfrontierten Rechtsanwenders fällt es bislang jedoch – wie insbesondere die einschlägige Rechtsprechung staatlicher Gerichte offenbart – überaus schwer, die oftmals eher erspürten als klar umrissenen grenzüberschreitenden Zusammenhänge in das bestehende dogmatische Korsett der heimischen Rechtsordnung einzuordnen.<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> Vgl. speziell zum Finanzbereich insbesondere *Benjamin/Rouch*, Law & Fin. Mkt. Rev. 2 (2008), 78, 80; ferner *Dalhuisen*, Berkeley J. Int'l L. 24 (2006), 129, 134, 188; allgemein *Halliday/Shaffer*, in: Halliday/Shaffer (Hrsg.), Transnational Legal Orders (2015), 3, 13; *Michaels*, JITCL 1 (2017), 141, 147 ff.

<sup>26</sup> In diese Richtung aber von *Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band I (2. Aufl. 2003), § 2, Rn. 72 ff.

<sup>27</sup> Vgl. zur Unterscheidung dieser Funktionen des (Privat-)Rechts *Calliess*, in: Gessner (Hrsg.), Contractual Certainty in International Trade (2008), 215, 218 f.; *Calliess/Zumbansen*, Rough Consensus and Running Code (2010), 97; *G. Wagner*, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), 13, 14 f. Zur Ermöglichungsfunktion des Privatrechts *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 91 f.; *G. Bachmann*, Private Ordnung (2006), 73 ff.; *Grundmann*, ERPL 6 (2010), 1055, 1063 ff.; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht (2016), 56 ff. Zur Begrenzungsfunktion des Privatrechts *Collins*, Regulating Contracts (1999), 31 ff.; *G. Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 422 ff.; *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht (2013), 65 ff.; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht (2016), 50 ff.

<sup>28</sup> Vgl. *Wielsch*, in: Eidenmüller (Hrsg.), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution (2013), 71, 103 ff.

<sup>29</sup> Vgl. *Basedow*, RabelsZ 52 (1988), 8, 13; allgemein zu den Aufgaben der Rechtsdogmatik sowie ihrem Verhältnis zur Rechtspraxis *Bumke*, Rechtsdogmatik (2017), 45 ff., 101 ff.

<sup>30</sup> Vgl. etwa den wenig trennscharfen Versuch einer dogmatischen Einordnung der ERA durch das OLG München WM 1996, 2335, 2336, wonach diese „den Charakter Allgemeiner Geschäftsbedingungen haben und damit grundsätzlich kraft Unterwerfung, im kaufmännischen



Diese Unsicherheiten sind Indiz dafür, dass die rechtswissenschaftliche Erfassung und Aufarbeitung derartiger Phänomene erst begonnen hat.<sup>31</sup>

An dieser Leerstelle setzt die vorliegende Untersuchung an. Sie entwickelt – ausgehend von einer empiriegeleiteten Analyse und rechtstheoretischen Deutung dreier bereichsspezifischer Ordnungsarrangements des grenzüberschreitenden Finanzverkehrs – mit dem Begriff des *transnationalen Vertrages* einen Vorschlag, wie eine praktisch äußerst bedeutsame Erscheinungsform eines (vermeintlichen) Rechts „jenseits des Staates“ in die Privatrechtsdogmatik der deutschen Rechtsordnung integriert und adäquat durch diese verarbeitet werden kann.

## II. Gang und Methodik der Untersuchung

Der erste Teil der Untersuchung nimmt eine *externe* Beobachterperspektive ein.<sup>32</sup> Aus dieser werden exemplarisch die Regelungsgegenstände, Akteure und Handlungsformen der grenzüberschreitenden Ordnungsarrangements der ICC zu Dokumentenakkreditiven, der LMA zu Konsortialkrediten und der ISDA zu Kreditderivaten detailliert beschrieben. Der Finanzsektor bietet sich als Anschauungsobjekt in besondere Weise an, weil Erscheinungsformen grenzüberschreitender Ordnung hier im Vergleich zu den in der bisherigen wissenschaftlichen Debatte um ein „Recht jenseits des Staates“ wesentlich präzentieren Leuchtturmprojekten des Handelsrechts – allen voran den UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts<sup>33</sup> – weit weniger erforscht, aber deutlich praxisrelevanter sind. Um das Aufkommen und die Funktionsweise der beschriebenen Ordnungsarrangements nachzuvollziehen, wird auf Erkenntnisse der Neuen Institutionenökonomik sowie der Rechts- und Wirtschaftssoziologie zurückgegrif-

---

Verkehr allerdings auch aufgrund konkludent getroffener Vereinbarung gelten, soweit die Regelungen nicht vornherein bereits als Handelsbrauch anzusehen sind [sic].“

<sup>31</sup> So auch *Renner*, *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 87. Überblick zur Vielzahl verschiedener Ansätze bei *Calliess*, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge* (2006), 212 ff.; *Hanschmann/Wihl*, in: *Buckel/Christensen/Fischer-Lescano* (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts* (3. Aufl. 2020), 323 ff.

<sup>32</sup> Zur Unterscheidung zwischen externer und interner Perspektive auf das Recht grundlegend *Hart*, *The Concept of Law* (2. Aufl. 1994), 102 f.; *Tamanaha*, *Law & Soc’y Rev.* 30 (1996), 163 ff.

<sup>33</sup> Abrufbar unter <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>> (diese und alle weiteren zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 1.2.2023); ausführlich *Boele-Woelki*, *IPRax* 1997, 161 ff.; *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 180 ff.; *Vogenauer* (Hrsg.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)* (2. Aufl. 2015).

fen, wobei sich Erstere vor allem für die Konturierung der zugrunde liegenden Regelungsproblematik, Letztere hingegen für die Deutung der hierzu in der grenzüberschreitenden Finanzpraxis entwickelten Lösungsstrategien als hilfreich erweisen. Hierbei wird einerseits dargelegt, dass und warum die entstehenden Ordnungsmuster nicht nur als Erscheinungsformen gesellschaftlicher *Normen* mit grenzüberschreitendem Geltungsanspruch, sondern bei rechtstheoretischer Betrachtung durchaus auch als spezifische Ausprägungen eines sich zunehmend verdichtenden transnationalen *Rechts* begriffen werden können (§ 1). Andererseits wird aufgezeigt, dass mit dieser Entwicklung gerade keine vollständige Loslösung vom staatlichen Recht verbunden ist, vielmehr eine Einbeziehung staatlichen Rechts in den Transnationalisierungsprozess nicht nur tatsächlich erfolgt, sondern auch normativ wünschenswert ist (§ 2).

Im zweiten Teil der Untersuchung wird sodann die *interne* Perspektive der staatlichen, namentlich der deutschen Rechtsordnung (einschließlich ihrer europarechtlichen Elemente<sup>34</sup>) eingenommen und gefragt, wie das staatliche Privatrecht mit den zuvor analysierten und als spezifische Erscheinungsformen transnationalen Rechts gedeuteten Ordnungsstrukturen umgehen kann. Dabei löst sich die Arbeit von der bislang vorherrschenden, aber zumindest *de lege lata* wenig weiterführenden rechtsquellenorientierten Betrachtungsweise – die letztlich auf die Frage der staatlichen Anerkennung oder Nichtanerkennung nichtstaatlichen Rechts hinausläuft. Stattdessen versucht sie, das beschriebene Ordnungsphänomen gestützt auf den Ansatz der responsiven Rechtsdogmatik<sup>35</sup> durch Einführung des Begriffs des *transnationalen Vertrages* zu verarbeiten, welcher als Bindeglied zwischen grenzüberschreitender Ordnungswirklichkeit und nationalstaatlichem Recht fungieren kann (§ 3). Von diesem gemeinsamen begrifflichen Nenner ausgehend werden sodann drei Rechtsebenen identifiziert, auf welchen sich die Besonderheiten transnationaler Verträge in der Rechtsanwendung auswirken können: im Kollisionsrecht (§ 4), im materiellen Schuldvertragsrecht<sup>36</sup> (§ 5) und im Internationalen Zivilverfahrensrecht einschließlich des Schiedsverfahrensrechts (§ 6). Dabei wird jeweils anhand konkreter Auslegungsprobleme untersucht, über welche Vorschriften und in welchem Umfang eine Berücksichtigung des spezifisch transnationalen Ordnungskontextes einschlägiger Verträge im staatlichen Privatrecht schon heute möglich ist.

---

<sup>34</sup> Zur zunehmenden Schwierigkeit einer Abgrenzung zwischen mitgliedstaatlichem Recht und Europarecht von *Bogdandy*, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts* (2022), 62.

<sup>35</sup> Zu diesem Ansatz insbesondere *Grünberger*, *AcP* 218 (2018), 213, 243 ff.; *Grünberger*, *AcP* 219 (2019), 924 ff.; ferner *Viellechner*, *Der Staat* 51 (2012), 559, 569 ff. Ausführlich unten § 3 II. (S. 180 ff.).

<sup>36</sup> Soweit im weiteren Gang der Arbeit ohne nähere Spezifizierung der Begriff des „Vertragsrechts“ verwendet wird, ist hiermit das Schuldvertragsrecht gemeint.



Methodisch unternimmt die Arbeit dabei bewusst einen Brückenschlag zwischen verschiedenen rechtswissenschaftlichen Ansätzen, die sich gerade in der Debatte um ein „Recht jenseits des Staates“ bislang nahezu unversöhnlich gegenüberstehen.<sup>37</sup> Soweit die Untersuchung zunächst eine externe Beobachterperspektive einnimmt, knüpft sie an die vor allem im angloamerikanischen Raum verbreitete sozialwissenschaftlich inspirierte Rechtswissenschaftstradition an, deren primäres Erkenntnisinteresse in der Erfassung der gesellschaftlichen Wirklichkeit und Wirkung rechtlicher und rechtlich zu bewältigender Phänomene liegt.<sup>38</sup> Dahinter steht die Überzeugung, dass staatlich gesetztes Recht (*law in the books*) nur dann gesellschaftliche Steuerungskraft entfalten kann, wenn und soweit es zu den ihm vorausliegenden tatsächlichen Verhältnissen (*law in action*) korrespondiert.<sup>39</sup> Einen Grundstein für diese Sichtweise wurde in Deutschland schon im 19. Jahrhundert von *Goldschmidt* gelegt, der für die wissenschaftliche Behandlung des Handelsrechts ein „Naturstudium [...] der wirtschaftlichen Gesetze“ forderte, „nach denen der Wille der Verkehrstreibenden sich bestimmt, und denen gemäß er die Regeln aufstellt, welche allmählich in Form der Gewohnheit oder des Gesetzes sich zum positiven Recht verdichten“.<sup>40</sup> Über *Goldschmidts* Schüler *Weber* sowie über *Eugen Ehrlich* reifte dieser empiriegeleitete Ansatz zum Ausgangspunkt der deutschen Rechtssoziologie, während er jenseits des Atlantiks vermittelt vor allem durch *Roscoe Pound* und *Karl Llewellyn* im US-amerikanischen Rechtsrealismus fortlebte, dessen Ausläufer insbesondere in den *Law and Economics*- und *Law and Society*-Bewegungen sich zu bis heute äußerst einflussreichen Methoden in der US-amerikanischen Rechtswissenschaft entwickelt haben.<sup>41</sup> Die vorliegende Arbeit möchte die Erkenntnisse dieser interdisziplinären Betrachtung rechtlicher Phänomene ernst nehmen,<sup>42</sup> hier aber nicht stehen bleiben, sondern sie auch für die Bearbeitung konkreter Rechtsanwendungsprobleme fruchtbar machen.<sup>43</sup>

<sup>37</sup> Vgl. zu dieser Trennung *Shaffer*, Conn. L. Rev. 42 (2009), 147, 149; *Grünberger*, AcP 219 (2019), 924 ff.

<sup>38</sup> Vgl. zu dieser Tradition *Kuntz*, AcP 219 (2019), 254, 281 ff.; ferner *Grechenig/Gelter*, RabelsZ 72 (2008), 513, 522 ff.

<sup>39</sup> Grundlegend *Pound*, Am. L. Rev. 44 (1910), 12, 15 ff.; *Llewellyn*, Colum. L. Rev. 30 (1930), 431; vgl. auch *L. Friedman/Perez-Perdomo/Gómez*, Law in Many Societies (2011), 3.

<sup>40</sup> *Goldschmidt*, ZHR 1 (1858), 1, 19.

<sup>41</sup> Zu dieser Ideengeschichte umfassend *Renner*, Ancilla Iuris 2020, 42; vgl. auch *Vesco*, Die Erfindung der ökonomischen Rechtswissenschaft (2021), 23 ff., 262 ff. Zum Einfluss dieser Bewegungen in den USA *Merryman/Pérez-Perdomo*, The Civil Law Tradition (4. Aufl. 2019), 68; *Priest*, The Rise of Law and Economics (2020), 1.

<sup>42</sup> Vgl. zu diesem Anspruch *Auer*, Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie (2018), 10 ff.

<sup>43</sup> Zu diesem Ansatz *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213, 243 ff.; vgl. in Bezug auf die Einbeziehung wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse auch *Rühl*, Statut und Effizienz (2011), 11 ff.

Diese Zielsetzung erklärt die anschließende, komplementäre Einnahme der internen Teilnehmerperspektive eines Anwenders der deutschen Rechtsordnung. Durch diesen Blickwechsel möchte die Untersuchung Anschlussfähigkeit auch an die in Kontinentaleuropa und insbesondere im deutschsprachigen Raum vorherrschende, stärker geisteswissenschaftlich geprägte Rechtswissenschaftstradition gewährleisten.<sup>44</sup> Deren – ebenso berechtigtes – Hauptanliegen und Erkenntnisinteresse besteht darin, das geltende Recht einer spezifischen Rechtsordnung unter Heranziehung vor allem hermeneutischer Methoden zu durchdringen und systematisch aufzuarbeiten, um so den Anwendern dieser Rechtsordnung eine widerspruchsfreie, möglichst vorhersehbare Lösung der in der Praxis täglich neu entstehenden Rechtsfragen zu ermöglichen.<sup>45</sup> Und solche stellen sich auch in der Begegnung mit grenzüberschreitenden Ordnungsstrukturen der beschriebenen Art immer häufiger. Die Ausarbeitung einer auf die Beantwortung solcher praktischen Anwendungsfragen ausgerichteten Rechtsdogmatik steht aber noch weitgehend aus.<sup>46</sup>

### III. Forschungsstand und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands

Letzteres belegt ein Blick auf den Forschungsstand. Zwar ist das dem Schlagwort der „Transnationalisierung des Rechts“ gewidmete Schrifttum – bei keineswegs einheitlichem Begriffsverständnis<sup>47</sup> – kaum mehr überschaubar.<sup>48</sup> Der Großteil der hierzu erschienenen Beiträge widmet sich jedoch ausschließlich der nichtstaatlichen Dimension grenzüberschreitender Ordnung<sup>49</sup> oder der rechts-

---

<sup>44</sup> Zu möglichen Gründen für das deutliche Abweichen der Entwicklung der deutschen im Vergleich zur US-amerikanischen Rechtswissenschaft *Grechenig/Gelter*, *RabelsZ* 72 (2008), 513, 540 ff.

<sup>45</sup> Repräsentativ etwa *Lobinger*, *AcP* 216 (2016), 28, 30, 36 ff. m. w. N. Zum unmittelbaren Zusammenhang zwischen der „Verstaatlichung“ des Rechts und der Zivilrechtsdogmatik deutscher Prägung *Schmidt*, in: Murakami/Marutschke/Riesenhuber (Hrsg.), *Globalisierung und Recht* (2007), 153, 167.

<sup>46</sup> Vgl. *Calliess*, in: FS Teubner (2009), 465, 479.

<sup>47</sup> Dazu ausführlich unten § 1 III. 3. (S. 125 ff.).

<sup>48</sup> Die vom Kölner Center for Transnational Law unter Federführung von *Klaus Peter Berger* betriebene Trans-Lex Plattform führt eine Bibliographie von über 1.000 wissenschaftlichen Beiträgen zum transnationalen Recht auf, ohne dabei Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben (<[https://www.trans-lex.org/biblio/of-transnational-law-\(lex-mercatoria\)](https://www.trans-lex.org/biblio/of-transnational-law-(lex-mercatoria)>)>). Einen guten Überblick zum Diskussionsstand in verschiedenen Rechtsgebieten bieten die Beiträge in *Calliess* (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014) und in *Zumbansen* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Transnational Law* (2021).

<sup>49</sup> Vgl. *Calliess*, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge* (2006), 279.

quellentheoretischen Auseinandersetzung, ob und inwieweit ein „Recht ohne Staat“ oder „jenseits des Staates“ überhaupt möglich ist.<sup>50</sup> Erst in jüngerer Zeit nehmen auch aus „transnationaler Perspektive“ geschriebene Arbeiten vermehrt die Rolle des staatlichen Rechts und das Wechselspiel zwischen privaten und staatlichen Ordnungselementen auf der transnationalen Regelungsebene in den Blick.<sup>51</sup> Implikationen für den rechtsdogmatischen Umgang mit transnationalen Ordnungsstrukturen in einer spezifischen staatlichen Rechtsordnung werden dabei allerdings nur selten thematisiert.<sup>52</sup> Umgekehrt blenden Forschungsarbeiten, die sich ausgehend von einer konkreten staatlichen Rechtsordnung mit dogmatischen Fragen privater Ordnung beschäftigen, transnationale Ordnungsphänomene meist nahezu vollständig aus.

Exemplarisch für diese Beobachtung steht das deutschsprachige monographische Schrifttum: So stellen im Themengebiet privater Ordnung etwa die aus vornehmlich öffentlich-rechtlichem Blickwinkel geschriebenen Abhandlungen von *Ferdinand Kirchhof*<sup>53</sup>, *Steffen Augsberg*<sup>54</sup> und *Patrick Hohl*<sup>55</sup> die einfach- und insbesondere verfassungsrechtlichen Anforderungen der deutschen Rechtsordnung an die Anerkennung verschiedener Erscheinungsformen privat gesetzter Normen und deren Einordnung in die staatliche Rechtsquellenlehre in den Mittelpunkt, ohne jedoch den Besonderheiten genuin transnationaler Ordnungsarrangements größere Aufmerksamkeit zu schenken. Privatrechtlich ausgerichtete Monographien in diesem Bereich wie diejenigen von *Gregor Bachmann*<sup>56</sup>, *Petra Buck-Heeb* und *Andreas Dieckmann*<sup>57</sup> sowie *Caroline Engler*<sup>58</sup> widmen sich demgegenüber der privatrechtsdogmatischen Kategorisierung und Legitimation verschiedener Arten ziviler Regelsetzung, klammern transnationale Erscheinungsformen derselben aber ebenfalls ausdrücklich als Untersuchungsgegenstand aus<sup>59</sup> oder verneinen von vornherein deren juristische Relevanz.<sup>60</sup> Demge-

<sup>50</sup> Dafür etwa *Goldman*, RdC 109 (1963), 347, 474 ff.; *Schmitthoff*, *RabelsZ* 28 (1964), 47, 58 ff.; *Teubner*, RJ 15 (1996), 255 ff. Dagegen etwa *Mann*, in: *Liber Amicorum Domke* (1967), 157, 164 ff.

<sup>51</sup> So vor allem *Michaels*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 14 (2007), 447; *Michaels*, *JITCL* 1 (2017), 141, 146 ff.

<sup>52</sup> Vgl. zu diesem Missstand *Grünberger*, *Der Staat* 55 (2016), 117, 129 ff. Ansätze in diese Richtung aber bei *Renner*, *AcP* 213 (2013), 677 ff.; *Renner/Leidinger*, *BKR* 2015, 499, 500 ff.

<sup>53</sup> *F. Kirchhof*, *Private Rechtsetzung* (1987).

<sup>54</sup> *Augsberg*, *Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft* (2003).

<sup>55</sup> *Hohl*, *Private Standardsetzung im Gesellschafts- und Bilanzrecht* (2007).

<sup>56</sup> *G. Bachmann*, *Private Ordnung* (2006).

<sup>57</sup> *Buck-Heeb/Dieckmann*, *Selbstregulierung im Privatrecht* (2010).

<sup>58</sup> *Engler*, *Private Regelsetzung* (2017).

<sup>59</sup> So etwa *Engler*, *Private Regelsetzung* (2017), 22.

<sup>60</sup> So etwa *G. Bachmann*, *Private Ordnung* (2006), 38 f., 414 f.

genüber stellen Monographien zur Transnationalisierung des Rechts zumeist die Loslösungstendenzen transnationaler Ordnungsstrukturen vom staatlichen Recht in den Mittelpunkt – so etwa die Arbeiten von *Ursula Stein*<sup>61</sup>, *Klaus Peter Berger*<sup>62</sup>, *Andreas Fischer-Lescano* und *Gunther Teubner*<sup>63</sup>, *Hans-Patrick Schroeder*<sup>64</sup> sowie *Johan Horst*<sup>65</sup> – oder betonen zwar durchaus die Realität und Notwendigkeit eines Zusammenwirkens von staatlichem Recht und transnationaler Ordnungsebene – wie die Untersuchungen von *Graf-Peter Calliess*<sup>66</sup>, *Nils Christian Ipsen*,<sup>67</sup> *Moritz Renner*<sup>68</sup>, *Andreas Maurer*<sup>69</sup> und *Lars Viellechner*<sup>70</sup> –, geben jedoch keine Auskunft darüber oder deuten allenfalls an, wie dieses Zusammenwirken gerade aus der Perspektive des bereits geltenden staatlichen Rechts konkret umgesetzt werden könnte. Einen beachtenswerten Versuch hat in dieser Hinsicht zuletzt *Insa Jarass*<sup>71</sup> unternommen, deren Vorschlag für eine Anerkennung „privaten Einheitsrechts“ in der deutschen Rechtsordnung allerdings einer zumindest *de lege lata* nur schwer vertretbaren rechtsquellenorientierten Sichtweise eng verbunden bleibt.<sup>72</sup>

Unter Anknüpfung an diese Vorarbeiten möchte die vorliegende Untersuchung einen Beitrag zur Ausfüllung der identifizierten Forschungslücke zum Umgang des staatlichen Rechts mit transnationalen Ordnungsstrukturen leisten. Dabei begrenzt sie sich auf Beispiele aus dem Finanzbereich, weil solche Strukturen dort besonders verbreitet und praktisch äußerst bedeutsam, im rechtswissenschaftlichen Schrifttum hingegen noch vergleichsweise wenig beleuchtet sind. Der Schwerpunkt liegt dabei auf dem in hohem Maße transnational durchwirkten

---

<sup>61</sup> *U. Stein*, *Lex mercatoria* (1995), 5: „Leitidee eines eigenständigen privaten Rechts der internationalen Handels- und Wirtschaftsbeziehungen, das sich jenseits von nationalem Recht und Völkerrecht entwickelt.“

<sup>62</sup> *Berger*, *Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts* (1996); in aktualisierter englischer Fassung *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010).

<sup>63</sup> *Fischer-Lescano/Teubner*, *Regime-Kollisionen* (2006).

<sup>64</sup> *Schroeder*, *Die lex mercatoria arbitralis* (2007).

<sup>65</sup> *Horst*, *Transnationale Rechtserzeugung* (2019).

<sup>66</sup> *Calliess*, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge* (2006).

<sup>67</sup> *Ipsen*, *Private Normenordnungen als Transnationales Recht?* (2009).

<sup>68</sup> *Renner*, *Zwingendes transnationales Recht* (2010).

<sup>69</sup> *Maurer*, *Lex Maritima* (2012).

<sup>70</sup> *Viellechner*, *Transnationalisierung des Rechts* (2013).

<sup>71</sup> *Jarass*, *Privates Einheitsrecht* (2019).

<sup>72</sup> Zwar bemüht sich *Jarass*, dieses Problem durch den Kunstgriff zu umgehen, „privates Einheitsrecht“ – anders als es die Bezeichnung vermuten lässt – nicht als Rechtsquelle, sondern als Tatbestand zu definieren; siehe *Jarass*, *Privates Einheitsrecht* (2019), 244 ff. Für die Anerkennung eines solchen Tatbestands im deutschen Recht fehlt aber *de lege lata* letztlich ebenfalls jeder gesetzliche Anknüpfungspunkt.

Koordinationsrecht der privaten Austauschbeziehungen und dessen Durchsetzung vor ordentlichen Gerichten. Auf das auf hoheitlich-regulierende Eingriffe in den Finanzsektor zugeschnittene öffentliche Recht und speziell das Finanzaufsichtsrecht wird demgegenüber nur am Rande und insoweit eingegangen, als sich dieses unmittelbar in privaten Austauschverhältnissen auswirken kann. Auch das Wirtschaftsvölkerrecht wird aus der Untersuchung ausgenommen.

## Teil I

# Transnationale Ordnungsstrukturen im Finanzbereich

„Nirgends kann man die Umsetzung der Wirtschaftstatsachen in Rechtsverhältnisse so deutlich beobachten wie [im Handelsrecht]. [...] Mehr als die Rechtssätze irgendeines andern Rechtsgebietes sind diejenigen des Handelsrechts lebendes, nicht papiernes Recht, nicht aus den Gesetzen abzulesen, sondern nur im Rechtsverkehr zu beobachten.“<sup>1</sup>

*Gustav Radbruch*

In diesem ersten Teil der Untersuchung soll das Phänomen privat orchestrierter grenzüberschreitender Ordnungsstrukturen im Finanzbereich zunächst im Sinne eines „Naturstudiums“ nach dem Vorbild *Goldschmidts*<sup>2</sup> deskriptiv-analytisch erschlossen werden. Hierfür nimmt die Untersuchung eine *externe* – d. h. beobachtende, nicht sogleich durch Anlegung der internen Maßstäbe einer spezifischen Rechtsordnung verengte – Perspektive ein. Aus dieser gilt es in einem ersten Schritt zu klären, wie einschlägige grenzüberschreitende Ordnungsstrukturen entstehen und wie sie rechtstheoretisch einzuordnen sind (§ 1). In einem zweiten Schritt ist aufzuschlüsseln, welche Rolle hierbei das staatliche Recht allgemein und einzelne nationalstaatliche Rechtsordnungen im Besonderen spielen (§ 2). Ziel dieses Vorgehens ist es, ein umfassendes Verständnis für das *law in action* des grenzüberschreitenden Finanzverkehrs zu entwickeln, welches sodann die Grundlage für eine vertiefte Beschäftigung mit dem korrelierenden positivierten *law in the books* der deutschen Rechtsordnung im anschließenden zweiten Teil der Untersuchung bilden kann.

---

<sup>1</sup> *Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft (12. Aufl. 1969), 115 ff.

<sup>2</sup> *Goldschmidt*, ZHR 1 (1858), 1, 19.

# § 1 Die Emergenz transnationaler Ordnungsstrukturen im Finanzbereich

Um die Emergenz privat orchestrierter grenzüberschreitender Ordnungsstrukturen im Finanzbereich nachvollziehen zu können, ist zunächst zu ergründen, auf welchen Ordnungsbedarf diese reagieren (I.). Vor diesem Hintergrund kann sodann analysiert, wie einschlägige Ordnungsarrangements im Einzelnen entstehen, insbesondere welche Akteure hieran beteiligt sind und welcher Handlungsformen sich diese bedienen (II.). Auf dieser empirischen Grundlage wiederum kann schließlich eine rechtstheoretische Einordnung und begriffliche Präzisierung erfolgen (III.).

## I. Ausgangsproblem: Erwartungssicherheit in grenzüberschreitenden Transaktionen

Ordnungsstrukturen in menschlichen Gesellschaften entstehen nicht als Selbstzweck, sondern typischerweise in Reaktion auf einen bereits vorhandenen oder jedenfalls antizipierten Ordnungsbedarf. Als Ausgangspunkt der Untersuchung eines spezifischen Ordnungsphänomens bietet es sich deshalb an, zunächst das diesem zugrunde liegende Ordnungsproblem zu identifizieren.<sup>1</sup> Für die in dieser Arbeit im Mittelpunkt stehenden grenzüberschreitenden Ordnungsstrukturen des Finanzbereichs hat sich der Blick hierfür zuvörderst auf die Grundfunktionen des staatlichen Privatrechts im modernen Wirtschaftssystem sowie die Frage zu richten, ob und inwieweit diese auch in Zeiten zunehmender weltwirtschaftlicher Verflechtung noch erfüllt werden.

---

<sup>1</sup> Damit ist freilich weder gesagt, dass das identifizierte Ordnungsproblem die *einzig* Ursache der Herausbildung des untersuchten Ordnungsphänomens sein muss, noch, dass das entstandene Phänomen die *einzig* sinnvolle bzw. zwangsläufige Reaktion auf das zugrunde liegende Ordnungsproblem darstellt. Dies steht dem grundsätzlichen Erklärungswert einer funktionalen Betrachtungsweise aber nach hier vertretener Ansicht nicht entgegen. Skeptisch hingegen *Granovetter; Society and Economy* (2017), 5 ff., dessen Kritik zumindest insoweit beizupflichten ist, als ergänzend *auch* andere Erklärungsansätze erkenntnistiftend sein können.



### 1. Die transaktionsermöglichende Rolle des Privatrechts im Wirtschaftssystem

Jedes auf dem Prinzip der Arbeitsteilung beruhende Wirtschaftssystem ist auf den Austausch von Leistungen angewiesen, der in der Regel über Märkte organisiert wird, auf welchen Angebot und Nachfrage zusammentreffen und Leistungspräferenzen über die Bildung von Preisen koordiniert werden.<sup>2</sup> Ein solcher Markt entsteht allerdings nicht als Naturzustand, sondern ist – wie insbesondere die Forschungsrichtung der Neuen Institutionenökonomik aufgezeigt hat – von institutionellen Rahmenbedingungen abhängig.<sup>3</sup> Die Ausgestaltung dieser Rahmenbedingungen hat wesentlichen Einfluss darauf, welche Kosten für die Vorbereitung und Durchführung eines Leistungsaustauschs anfallen (sog. Transaktionskosten).<sup>4</sup>

Einen praktisch besonders relevanten Transaktionskostenfaktor bildet dabei das einzupreisende Risiko, für die Erbringung einer eigenen Leistung nicht oder nicht vollständig kompensiert zu werden.<sup>5</sup> Insbesondere bei örtlichem oder zeitlichem Auseinanderfallen von Leistung und Gegenleistung kann es für einen Austauschpartner rein wirtschaftlich betrachtet von Vorteil erscheinen, eine Vorleistung in Anspruch zu nehmen, sich selbst aber abredewidrig zu verhalten und die eigene Leistung nicht, schlecht oder verspätet zu erbringen.<sup>6</sup> Unter Um-

---

<sup>2</sup> Grundlegend *Smith*, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (Neudruck 1976), Book I, Chapter II, 17 ff. Im an *Smith* anschließenden Idealmodell der klassischen wie auch der neoklassischen Nationalökonomie gewährleistet dieser Marktmechanismus eine wohlfahrtsmaximierende Ressourcenverteilung und weist Güter, Dienstleistungen und Finanzkapital stets demjenigen zu, der sie am höchsten bewertet und den größten Nutzen aus ihnen ziehen kann. Zur zentralen Rolle von Transaktionen im Wirtschaftssystem auch *Luhmann*, *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (1997), 755 f.; *Grundmann*, in: FS Juristische Fakultät der Humboldt-Universität (2010), 1015, 1016 f.

<sup>3</sup> Grundlegend *Williamson*, *The Economic Institutions of Capitalism* (1985); *North*, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (1990); *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomik* (4. Aufl. 2010); zur Einführung *Schmidtchen/Schmidt-Trenz*, *WiSt* 2003, 215 ff. Zu diesen Rahmenbedingungen gehören neben dem in dieser Arbeit im Mittelpunkt stehenden Recht unter anderem auch Sprache, Maßeinheiten, Geld, Kommunikations- sowie Transportmittel.

<sup>4</sup> Grundlegend *Coase*, *J. L. & Econ.* 3 (1960), 1, 15 ff.; *Williamson*, *The Economic Institutions of Capitalism* (1985), 15 ff.; *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomik* (4. Aufl. 2010), 55 ff. Übersicht über verschiedene Arten von Transaktionskosten bei *Zentes/Neidhart*, in: *Zentes/Morschett/Schramm-Klein* (Hrsg.), *Außenhandel, Marketingstrategien und Managementkonzepte* (2004), 837, 840 ff.

<sup>5</sup> Vgl. *Hadfield*, *Rules for a Flat World* (2017), 68.

<sup>6</sup> *Kronman*, *J. L. Econ. & Org.* 1 (1985), 5, 9 ff.; *Aviram*, *Yale L. & Pol’y Rev.* 22 (2004), 1, 15; *Dixit*, *Lawlessness and Economics* (2004), 1 f.; *Hadfield*, in: *Ménard/Shirley* (Hrsg.), *Handbook of New Institutional Economics* (2008), 175, 178; *Calliess/J. Mertens*, *RabelsZ* 74 (2010), 463, 480. Vgl. auch *Williamson*, *The Economic Institutions of Capitalism* (1985), 47 ff.



ständen kann dieses Risiko so hoch veranschlagt werden, dass es aus Sicht mindestens eines Austauschpartners den antizipierten wirtschaftlichen Nutzen der Transaktion übersteigt und das Austauschgeschäft deshalb unterbleibt, selbst wenn es bei ordnungsgemäßer Durchführung für alle Beteiligten vorteilhaft gewesen wäre.<sup>7</sup> Diesem auch aus gesamtwirtschaftlicher Sicht unerwünschten Ergebnis kann durch einen institutionellen Rahmen vorgebeugt werden, der Verhaltensnormen festlegt, deren Verletzung sanktioniert und mittels der hierdurch erfolgenden Anreizverschiebung die Wahrscheinlichkeit nichtkooperativen Verhaltens reduziert.<sup>8</sup>

In räumlich und personell eng umgrenzten Gemeinschaften mag ein solcher Rahmen bereits durch informelle Faktoren wie persönliche Beziehungen, geteilte kulturelle Vorstellungen oder soziale Sanktionen gewährleistet sein.<sup>9</sup> Je größer und anonym er aber die Gruppe potenzieller Austauschpartner, desto stärker bedürfen die maßgeblichen Verhaltensnormen einer verallgemeinernden Formalisierung.<sup>10</sup> Genau hierin liegt aus institutionenökonomischer Perspektive die Kernfunktion des staatlichen Privatrechts.<sup>11</sup> Schon der im Übrigen ganz auf den Marktmechanismus vertrauende Begründer der klassischen Ökonomik *Adam Smith* hatte konzediert, dass „Handel und Manufakturen [...] selten in einem Staat blühen [können], wenn die Rechtspflege nicht wohlgeordnet ist“<sup>12</sup>, und auch der wirtschaftsliberale Vordenker *Milton Friedman* sah als Vertreter der Neoklassik den Staat als unverzichtbar an, um „Recht und Ordnung zu bewah-

---

<sup>7</sup> Hierbei handelt es sich um einen klassischen Anwendungsfall des spieltheoretischen „Gefangenendilemmas“, in dem ein aus individueller Sicht der Einzelspieler rationales Verhalten das Erreichen der kollektiv vorzugswürdigen Kooperationslösung verhindert. Siehe hierzu *Schmidt-Trenz*, Außenhandel und Territorialität des Rechts (1990), 243 ff.; *Schmidtchen*, *RabelsZ* 59 (1995), 56, 90 ff.; *Dixit*, *Lawlessness and Economics* (2004), 14 ff.; *Calliess/Renner*, *Ratio Juris* 22 (2009), 260, 263; *Rühl*, in: Bork/Eger/H.-B. Schäfer (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts* (2009), 335, 340. Zur Parallelproblematik in zwischenstaatlichen Handelsbeziehungen *Abbott*, *Harv. Int'l L. J.* 26 (1985), 501, 504 ff.

<sup>8</sup> *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomik* (4. Aufl. 2010), 7 f.; vgl. auch *Flood/Sosa*, *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 28 (2008), 489, 490 f.

<sup>9</sup> Vgl. hierzu etwa die wegweisende Studie von *Schwartz*, *Yale L. J.* 63 (1954), 471 ff.

<sup>10</sup> *Hadfield*, *Rules for a Flat World* (2017), 70 f.; *Pistor*, *The Code of Capital* (2019), 16 f.; vgl. auch *L. Friedman/Hayden*, *American Law* (3. Aufl. 2017), 300.

<sup>11</sup> *Schmidtchen*, *RabelsZ* 59 (1995), 56, 65, 69; *Dixit*, *Lawlessness and Economics* (2004), 2 ff.; *Hadfield*, *Rules for a Flat World* (2017), 91 ff. Zu über diese transaktionsermöglichende Funktion (Transaktionsrecht) hinausgehenden Funktionen des Rechts im Wirtschaftsleben *Behrens*, *RabelsZ* 50 (1986), 483, 495 ff., 501 ff.; *Behrens*, in: FS Max-Planck-Institut für Privatrecht (2001), 381, 384 ff.; *Wai*, *Law & Contemp. Probs.* 71 (2008), 107, 109.

<sup>12</sup> *Smith*, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (Neudruck 1976), Book V, Chapter III, 445 [Übersetzung des Verfassers].

ren, private Verträge durchzusetzen und Wettbewerbsmärkte zu fördern“.<sup>13</sup> Als zentrale Bausteine einer Privatrechtsordnung werden dabei einerseits die Definition, Zuweisung und der Schutz individueller Verfügungsrechte, andererseits die Ermöglichung und Absicherung von deren freiwilliger Übertragung ausgemacht.<sup>14</sup> Nur wenn beide Elemente gewährleistet seien, so das institutionenökonomische Modell, würden sich auch auf großen, weitgehend anonymen Märkten potenzielle Austauschpartner auf ein im Regelfall kooperatives Verhalten der Gegenseite verlassen können und sich auf den das Rückgrat des modernen Wirtschaftssystems bildenden wertschöpfenden Austausch von Leistungen einlassen.<sup>15</sup>

## 2. Die Unsicherheitsproblematik grenzüberschreitender Transaktionen

Für Austauschvorgänge, die sich ausschließlich innerhalb nationaler Grenzen abspielen, mag der selbst von marktliberalen Ökonomen wie *Smith* und *Friedman* geteilte Ruf nach dem staatlichen Privatrecht auch aus heutiger Sicht noch plausibel erscheinen. Problematisch wird er aber spätestens dann, wenn die in Rede stehende Transaktion Bezüge zu mehr als nur einem Staat aufweist.<sup>16</sup> Auf das Privatrecht welches Staates ist etwa Verlass, wenn eine deutsche, eine englische und eine schweizerische Bank gemeinsam einen Kredit an ein chinesisches Industrieunternehmen ausreichen und als Sicherheit eine Garantie von dessen italienischer Muttergesellschaft verlangen?<sup>17</sup> Welches Recht ist heranzuziehen, wenn eine US-amerikanische Bank gegen Gebühr einem französischen Kreditgeber verspricht, diesen im Falle des Zahlungsausfalls eines tunesischen Kredit-

---

<sup>13</sup> *M. Friedman*, *Capitalism and Freedom* (Neudruck 2009), 2 [Übersetzung des Verfassers]. Vgl. zur Bedeutung von Staat und Recht im Denken „neoliberaler“ Ökonomen wie *Friedrich von Hayek* und *Ludwig von Mises* eingehend *Slobodian*, *Globalists* (2018), 6f., 11, 87, 268f.: „It is sometimes claimed that the main sleight of hand for neoliberals is to hide the state, but even a cursory reading of the main theorists shows that a positive vision for the state is everywhere.“

<sup>14</sup> *Schmidt-Trenz*, *Außenhandel und Territorialität des Rechts* (1990), 187ff.; *Schmidtchen*, *RabelsZ* 59 (1995), 56, 69; *Schmidtchen*, in: Ott/H.-B. Schäfer (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen* (2002), 1, 6; *Behrens*, in: FS Max-Planck-Institut für Privatrecht (2001), 381, 384f.; *Basedow*, in: Jansen/Michaels (Hrsg.), *Beyond the State* (2008), 281, 294f.; *Calliess* u. a., in: Hurrelmann u. a. (Hrsg.), *Zerfasert der Nationalstaat?* (2008), 143.

<sup>15</sup> Vgl. etwa *Kerber/Vanberg*, in: Grundmann/Kerber/Weatherill (Hrsg.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (2001), 49.

<sup>16</sup> *Schmidtchen*, *RabelsZ* 59 (1995), 56, 69ff.; *Streit/Mangels*, *ORDO* 47 (1996), 73, 75; *Calliess*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 14 (2007), 469, 472; *Rühl*, *Statut und Effizienz* (2011), 29ff.; *Jarass*, *Privates Einheitsrecht* (2019), 17.

<sup>17</sup> Beispiel nach *Sebastianutti*, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 3 (2009), 64.

nehmers zu kompensieren? Welcher Rechtsordnung unterliegt die Finanzierung eines umfangreichen Warenlieferungsgeschäfts zwischen einem belgischen Käufer und einem japanischen Verkäufer, deren Hausbanken in Luxemburg und in Südkorea ansässig sind? Derartige Konstellationen sind im heutigen Wirtschaftsleben keineswegs mehr die Ausnahme, im Gegenteil: Sie korrelieren mit dem wachsenden Ausmaß weltwirtschaftlicher Verflechtung, das einerseits auf politischen Entwicklungen wie den Europäischen Integrationsprozess, die Entstehung des Eurobondmarktes und die Schaffung des GATT- und WTO-Systems, andererseits auf die immer rasanteren technologischen Fortschritte in den Bereichen Mobilität und Kommunikation zurückzuführen ist.<sup>18</sup> Allein das Volumen des grenzüberschreitenden Warenhandels übersteigt mittlerweile das Bruttoinlandsprodukt selbst der größten Volkswirtschaften der Erde,<sup>19</sup> wird dabei aber vom Umfang des grenzüberschreitenden Finanzverkehrs noch um ein Vielfaches übertroffen.<sup>20</sup>

Die aus dem völkerrechtlichen Souveränitätsprinzip folgende territoriale Rückgebundenheit des staatlichen Privatrechts<sup>21</sup> steht zu diesen weltwirtschaftlichen Entwicklungen in einem offensichtlichen Spannungsverhältnis und kann die Beteiligten grenzüberschreitender Transaktionen mit spezifischen Unsicherheiten konfrontieren.<sup>22</sup> Welche Rechtsregeln kämen im Konfliktfall zur Anwen-

<sup>18</sup> Zu dieser Entwicklung ausführlich *T. Friedman*, *The World is Flat* (3. Aufl. 2007), 51 ff.; ferner *Berger*, in: *Berger* (Hrsg.), *The Practice of Transnational Law* (2001), 1, 15; *Berger*, in: *Bierbaum* (Hrsg.), *So investiert die Welt* (2008), 33, 35; *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 8; *Calliess*, in: *ARSP-Beiheft* 79 (2001), 61, 63 ff.; *W. Schäfer*, in: *Hopt/Kantzenbach/Straubhaar* (Hrsg.), *Herausforderungen der Globalisierung* (2003), 35, 36; *Basedow*, in: *Calliess* (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 141, 142; *Basedow*, *The Law of Open Societies* (2015), 29 ff., 505 f.; *Hadfield*, *Rules for a Flat World* (2017), 1 f. Speziell zum Finanzbereich *Nobel*, in: *Nobel* (Hrsg.), *International Standards and the Law* (2005), 43, 46 ff.; *Mugasha*, *BFLR* 26 (2011), 381, 388.

<sup>19</sup> Schätzungen gehen von einem Drittel des Gesamthandelsvolumens aus; vgl. *Dalhuisen*, *Rutgers Univ. L. Rev.* 67 (2015), 1, 2 ff. In der exportorientierten deutschen Volkswirtschaft ist der Außenhandelsanteil sogar noch deutlich höher; siehe *Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz*, *Fakten zum Deutschen Außenhandel* (2022), 1 ff., abrufbar unter <[https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Aussenwirtschaft/fakten-zum-deutschen-aussenhandel-2022.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=10](https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Aussenwirtschaft/fakten-zum-deutschen-aussenhandel-2022.pdf?__blob=publicationFile&v=10)>.

<sup>20</sup> Vgl. *Nobel*, in: *Nobel* (Hrsg.), *International Standards and the Law* (2005), 43, 47 f.; *Dalhuisen*, *Rutgers Univ. L. Rev.* 67 (2015), 1, 3 f.; *Dalhuisen*, *The Sources of Law and the Hierarchy of Norms in Transnational Commercial and Financial Law* (2017), 2; *Hadfield*, *Rules for a Flat World* (2017), 145.

<sup>21</sup> Vgl. hierzu *Randelzhofer*, in: *Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band II (3. Aufl. 2004), 143, 155, Rn. 28; *T. Stein/von Buttlar/Kotzur*, *Völkerrecht* (14. Aufl. 2017), Rn. 535 ff.; *Kau*, in: *Vitzthum/Proelß* (Hrsg.), *Völkerrecht* (8. Aufl. 2019), 159, 245; *Herdegen*, *Völkerrecht* (21. Aufl. 2022), § 26.

<sup>22</sup> Vgl. *Schmidt-Trenz*, *Außenhandel und Territorialität des Rechts* (1990), 201 ff.; *Schmidtchen*,

dung? Welche staatlichen Gerichte wären für eine Streitentscheidung zuständig? Und wäre ein im Ausland erstrittenes Urteil auch im eigenen Staat durchsetzbar?<sup>23</sup> Schon die Ermittlung dieser Informationen kann zusätzliche Aufwendungen erfordern, die den aus einer geplanten Transaktion zu ziehenden Nutzen schmälern oder ganz aufwiegen können.<sup>24</sup> Zudem stehen nicht ohne Weiteres für alle potenziell zu beachtenden staatlichen Rechtsordnungen zuverlässige Beratungsangebote zur Verfügung.<sup>25</sup> Mindestens einer der Beteiligten muss sich überdies auf andere Regeln als die des vertrauten Heimatstaates einlassen.<sup>26</sup> Hinzu kommen etwaige Sprachbarrieren<sup>27</sup> und die Möglichkeit unvorhergesehener Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen.<sup>28</sup> Allenthalben lauern im grenzüberschreitenden Verkehr also „juristische Fallstricke“.<sup>29</sup> Die hieraus entstehende „konstitutionelle Unsicherheit“ wird in Teilen von Wissenschaft<sup>30</sup> und Praxis<sup>31</sup> als gewichtiges Hindernis des grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Austauschs ausgemacht.

---

RabelsZ 59 (1995), 56, 58, 69 ff.; *Rühl*, Statut und Effizienz (2011), 29 f.; *Basedow*, The Law of Open Societies (2015), 91 f. Speziell für Finanztransaktionen *Mugasha*, BFLR 26 (2011), 381, 393.

<sup>23</sup> Vgl. die Auflistungen bei *Calliess*, Ind. J. Global Legal Stud. 14 (2007), 469, 472; *Calliess* u. a., in: Hurrelmann u. a. (Hrsg.), Zerfasert der Nationalstaat? (2008), 143, 144; *Calliess/J. Mertens*, RabelsZ 74 (2010), 463, 481; *Calliess/Zumbansen*, Rough Consensus and Running Code (2010), 116 f.; *Jarass*, Privates Einheitsrecht (2019), 17 f.

<sup>24</sup> Vgl. *Mankowski*, in: Ott/H.-B. Schäfer (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen (2002), 118, 121; *Basedow*, in: FS Horn (2006), 229, 237; *Stone Sweet*, J. Eur. Public Policy 13 (2006), 627, 631; *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik (4. Aufl. 2010), 59 f.; *Calliess/Jarass*, Unif. L. Rev. 21 (2016), 1, 3.

<sup>25</sup> *Sebastianutti*, Law & Fin. Mkt. Rev. 3 (2009), 64, 66 ff.

<sup>26</sup> *Engert*, AcP 213 (2013), 321, 345.

<sup>27</sup> Vgl. *Mankowski*, in: Ott/H.-B. Schäfer (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen (2002), 118, 122; *Flood/Sosa*, Nw. J. Int'l L. & Bus. 28 (2008), 489, 492 f.; *Jarass*, Privates Einheitsrecht (2019), 37 f.

<sup>28</sup> *Sebastianutti*, Law & Fin. Mkt. Rev. 3 (2009), 64, 68 ff.

<sup>29</sup> *Graf von Westphalen*, NJW 1994, 2113.

<sup>30</sup> *Schmidt-Trenz*, Außenhandel und Territorialität des Rechts (1990), 232 ff.; *Schmidtchen*, RabelsZ 59 (1995), 56, 71 ff.; *Schmidtchen/Schmidt-Trenz*, WiSt 2003, 215, 217 f.; *Rühl*, J. Priv. Int'l L. 6 (2010), 59, 63 ff. Speziell zum Finanzbereich *Giovanoli*, in: Giovanoli (Hrsg.), International Monetary Law (2000), 3, 27.

<sup>31</sup> So wurde bezeichnenderweise in einer 2011 von der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft KPMG durchgeführten Umfrage unter 1.400 Unternehmensvorständen und Führungskräften die Komplexität und Vielfalt rechtlicher Rahmenbedingungen als größte gegenwärtige Herausforderung des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs eingestuft. Siehe *KPMG International*, *Confronting Complexity: Research Findings and Insights* (2011), abrufbar unter <[https://ubsachdokpdf.ub.unibas.ch/sachdok/2011/BAU\\_1\\_5663533.pdf](https://ubsachdokpdf.ub.unibas.ch/sachdok/2011/BAU_1_5663533.pdf)>, 8.

### 3. Staatliche Ordnungsstrategien

Allerdings ist das staatliche Recht keineswegs blind für die Probleme, die sich bei Grenzüberschreitungen aus der Vielzahl und territorialen Begrenztheit staatlicher Rechtsordnungen ergeben können.<sup>32</sup> Es stellt mit den Regeln des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts einerseits sowie mit der Möglichkeit zur internationalen Rechtsvereinheitlichung und -harmonisierung andererseits eigene Instrumente bereit, mit deren Hilfe die grundsätzlich voneinander unabhängigen, territorial begrenzten staatlichen Privatrechtsordnungen in Beziehung gesetzt werden können, um auch in grenzüberschreitenden Sachverhalten einen verlässlichen Ordnungsrahmen zu schaffen.

#### a) Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht

Das Internationale Privatrecht (auch Kollisionsrecht) und das Internationale Zivilverfahrensrecht sind, anders als es ihre Bezeichnung vermuten lässt,<sup>33</sup> im Grundsatz Gebiete des nationalen Rechts.<sup>34</sup> Sie stellen den Gesichtspunkt der *Koordination* zwischen einzelstaatlichen Rechtsordnungen in den Mittelpunkt.<sup>35</sup> Während das Internationale Privatrecht der Frage gewidmet ist, welches „Sachrecht“, d. h. welche materiellen Rechtsregeln auf einen Sachverhalt mit grenzüberschreitenden Bezügen anzuwenden sind,<sup>36</sup> behandelt das Internationale Zivilverfahrensrecht in erster Linie die Fragen der internationalen gerichtlichen Zuständigkeit sowie der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Gerichtsentscheidungen.<sup>37</sup> Die Technik, derer sich beide Rechtsgebiete bedienen,

---

<sup>32</sup> Kurt Siehr weist zutreffend darauf hin, dass es schon immer Sachverhalte mit Auslandsberührung und folglich auch schon immer ein irgendwie geartetes Recht für grenzüberschreitende Sachverhalte gegeben habe; siehe Siehr; in: FS Jayme (2004), 873.

<sup>33</sup> Bezugspunkt der Bezeichnung ist nicht die Rechtsquelle, sondern der behandelte Gegenstand, nämlich „internationale“ Sachverhalte. Vgl. Junker; Internationales Zivilprozessrecht (5. Aufl. 2020), § 1, Rn. 12.

<sup>34</sup> Nach der treffenden Formulierung Henri Batiffols handelt es sich beim Kollisionsrecht um ein „internationales Unternehmen, das jeder Staat auf eigene Rechnung betreibt“; zitiert nach Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht (9. Aufl. 2004), 139.

<sup>35</sup> Behrens, in: FS Max-Planck-Institut für Privatrecht (2001), 381, 388.

<sup>36</sup> von Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Band I (2. Aufl. 2003), § 1, Rn. 1; Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht (9. Aufl. 2004), 4; Kropholler, Internationales Privatrecht (6. Aufl. 2006), § 1 I. 3.; Junker; Internationales Privatrecht (5. Aufl. 2022), § 1, Rn. 1 ff. Im Englischen sind die Bezeichnungen „Conflict of Laws“ und „Private International Law“ gebräuchlich, wobei Letzteres wiederum zum Teil in einem auch das Verfahrensrecht umfassenden Sinne verwendet wird, etwa bei Wai, Harv. Int'l L. J. 46 (2005), 471, 472.

<sup>37</sup> Dies sind die zentralen Gegenstände des auf staatliche Gerichtsverfahren bezogenen Internationalen Zivilprozessrechts. Zum Internationalen Zivilverfahrensrecht i. w. S. gehören auch die internationale freiwillige Gerichtsbarkeit, das internationale Insolvenzrecht und das



um grenzüberschreitende privatrechtliche Sachverhalte bearbeitbar zu machen, ist die einer (Re-)Lokalisierung bzw. Nationalisierung:<sup>38</sup> Die einzelnen Elemente des Sachverhalts werden anhand von vornehmlich ortsbezogenen Kriterien bestimmten nationalen Rechtsordnungen und deren Gerichten zugeordnet.<sup>39</sup> Dabei erheben das Internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht eines Staates typischerweise einen umfassenden Regelungsanspruch, sehen also potenziell für jede Sachverhaltskonstellation eine rechtliche Lösung vor.<sup>40</sup> Aufgrund der zu meist allseitigen Ausgestaltung von Kollisionsnormen ist dabei keineswegs selten und durchaus beabsichtigt, dass auch „rechtliche Grenzüberschreitungen“ stattfinden, etwa nationale Gerichte von Amts wegen<sup>41</sup> ausländisches Sachrecht anzuwenden oder die Rechtswirkungen der Entscheidungen ausländischer Gerichte zu berücksichtigen haben.<sup>42</sup> Diese – historisch betrachtet alles andere als selbstverständliche<sup>43</sup> – Praxis beruht primär auf dem völkerrechtlichen Prinzip der „freundlichen Zulassung“ (*comitas*)<sup>44</sup> sowie auf der Fiktion der Gleichwertigkeit nationaler Privatrechtsordnungen.<sup>45</sup> Damit einher geht das zumindest in der kontinentaleuropäischen Tradition seit *Friedrich Carl von Savigny* vorherr-

---

internationale Schiedsverfahrensrecht; siehe *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht, (5. Aufl. 2020), § 1, Rn. 2 ff., 30 ff.; *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 1.4; vgl. auch *Hay/Rößler*, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht (5. Aufl. 2016), 1; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht (8. Aufl. 2020), Rn. 1 ff.

<sup>38</sup> *Siehr*, in: Holl/Klinke (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Internationales Wirtschaftsrecht (1985), 103; *de Ly*, in: FS Sandrock (2000), 179, 180; in der Sache auch schon *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Achter Band (1849), 28, 108; kritisch hierzu *Dalhuisen*, EBLR 19 (2008), 985, 986; *Berger*, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria (2. Aufl. 2010), 23.

<sup>39</sup> Vgl. zu dieser „gerichtsbezogenen“ Perspektive des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts *Sebastianutti*, Law & Fin. Mkt. Rev. 3 (2009), 155, 160.

<sup>40</sup> Dies folgt etwa für die deutsche Rechtsordnung schon aus dem staatlichen Justizgewährleistungsanspruch; vgl. *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge (2006), 6, 134.

<sup>41</sup> So zumindest die ganz überwiegende Auffassung. Zur Gegenposition des nur „fakultativen Kollisionsrechts“ grundlegend *Flessner*, RabelsZ 34 (1970), 547 ff.; *Sturm*, in: FS Zweigert (1981), 329; modifizierend *G. Wagner*, ZEuP 1999, 6, 21 ff.

<sup>42</sup> Vgl. *Behrens*, in: FS Max-Planck-Institut für Privatrecht (2001), 381, 388; *Rühl*, Statut und Effizienz (2011), 31 f. Zur Problematik der durch die Anwendung fremden Rechts entstehenden externen Kosten siehe *Rühl*, RabelsZ 71 (2007) 559, 567 ff.

<sup>43</sup> Ausführlich zur Geschichte der Anwendung fremden Rechts *Scherer*, Das internationale Privatrecht als globales System (2005), 9 ff.

<sup>44</sup> Dazu schon *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Achter Band (1849), 26 ff.; *Story*, Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic (8. Aufl. 1883), 29 ff.; vgl. auch *Juenger*, in: FS Rittner (1991), 233, 235.

<sup>45</sup> Skeptisch *Schurig*, RabelsZ 54 (1990), 217, 230; *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge (2006), 247 f.; verteidigend *Arnold*, in: Arnold (Hrsg.), Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts (2016), 23, 27.

schende Ideal, jedes Rechtsverhältnis der mit ihm räumlich am engsten verbundenen Rechtsordnung – seinem „natürlichen Sitz“ – zuzuordnen, unabhängig davon, in welchem Staat ein Rechtsstreit zuerst anhängig gemacht wird.<sup>46</sup> In der Umsetzung dieses Ideals und der hierdurch bewirkten Gewährleistung eines internationalen Entscheidungseinklangs sah *von Savigny* die Vision einer „Gemeinschaft der miteinander verkehrenden Völker“ verwirklicht.<sup>47</sup>

Die Erreichung dieses Idealzustands würde allerdings voraussetzen, dass die nationalstaatlichen Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechte vereinheitlicht oder zumindest so aufeinander abgestimmt wären, dass grenzüberschreitend identische Anwendungsergebnisse sichergestellt sind.<sup>48</sup> Auch in diesen Rechtsgebieten besteht aber infolge des Territorialitätsprinzips staatlicher Rechtsetzung ein beträchtliches Ausmaß an Pluralität,<sup>49</sup> welches noch vergrößert wird durch die Tatsache, dass die *Savigny'sche* Kollisionsrechtskonzeption keineswegs in allen Jurisdiktionen geteilt wird.<sup>50</sup> Die daraus resultierende Komplexität

---

<sup>46</sup> *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Achter Band (1849), 28, 108; vgl. auch *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht (9. Aufl. 2004), 131; *M. Stürner*, in: FS Kronke (2020), 557, 558. Der *Savigny'schen* Konzeption des Internationalen Privatrechts lag dabei allerdings eine im Kern anti-nationalistische Vorstellung des Privatrechts zugrunde, die sich auch im späteren Kodifikationsskeptizismus und der Betonung der *comitas* innerhalb der Historischen Rechtsschule widerspiegelt. Indem *von Savigny* das Rechtsverhältnis und damit den sozialen Sachverhalt – und nicht wie in der zuvor dominierenden Statutentheorie den jeweiligen Rechtssatz und dessen Anwendungswillen – zum Ausgangspunkt der kollisionsrechtlichen Anknüpfung erklärte, stellte er das vorherrschende souveränitätsorientierte Leitbild durchaus in Frage. Vgl. hierzu *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge (2006), 140, 183; ferner *Wiethölter*, in: FS Kegel (1977), 213, 243 f.; *Behrens*, in: FS Max-Planck-Institut für Privatrecht (2001), 381, 388 ff.

<sup>47</sup> Vgl. *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Achter Band (1849), 26 ff.

<sup>48</sup> Vgl. etwa BVerfGE 31, 58, 83.

<sup>49</sup> Für *von Savigny* war dieser Gesichtspunkt wohl auch deshalb vernachlässigenswert, weil er die Fortentwicklung des Internationalen Privatrechts im Einklang mit dem methodischen Programm der Historischen Rechtsschule in erster Linie nicht dem territorial begrenzten staatlichen Gesetzgeber, sondern Wissenschaft und Rechtsprechung übertragen wollte; vgl. *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Achter Band (1849), 28, Fn. (g); *Meessen*, AöR 110 (1985), 398, 405.

<sup>50</sup> So dominieren beispielsweise in den USA stärker regulierungsorientierte Kollisionsrechtsansätze wie die *Governmental Interest Analysis*, nach der die kollisionsrechtliche Zulassung der Anwendung fremden Rechts lediglich auf einem minderen Interesse des zulassenden Staates an der Regulierung des zu beurteilenden Sachverhalts beruht. Grundlegend hierzu *Currie*, Duke L. J. 8 (1959), 171 ff.; *Joerges*, Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts (1971), 38 ff. Pragmatischer auch die Begründung der Zulassung der Anwendung fremden Rechts durch den US Supreme Court in *The Bremen v. Zapato Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972), 9: „The expansion of American business and industry will hardly be encouraged if, notwithstanding solemn contracts, we insist on a parochial concept that all disputes must be resolved under our laws and in our courts.“ Für eine Übersicht zu weiteren abweichenden Kollisionsrechtskon-

des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts hat diesen Materien nicht ganz zu Unrecht den Ruf einer für nicht hierauf spezialisierte Rechtsanwender schwer zugänglichen „Geheimwissenschaft“ eingebracht.<sup>51</sup> Potenzielle Normwidersprüche, national unterschiedliche Qualifikationen von Rechtsverhältnissen,<sup>52</sup> qualitative Defizite bei der Anwendung ausländischen Rechts<sup>53</sup> oder auch die Tendenz zu einem „Heimwärtsstreben“ staatlicher Gerichte<sup>54</sup> können Gründe dafür sein, dass das Versprechen des internationalen Entscheidungseinklangs in der Rechtspraxis nicht immer eingelöst wird.<sup>55</sup> Entgegen der Hoffnung von *Savignys* kann der Ausgang eines Rechtsstreits deshalb auch im 21. Jahrhundert noch vom Zufall – oder auch der bewussten Entscheidung einer Streitpartei im Wege des *law shopping* oder *forum shopping*<sup>56</sup> – abhängen, in welchem Staat die Streitigkeit zuerst anhängig gemacht wird.<sup>57</sup> Dies gilt umso mehr bei komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten, bei welchen verschiedene Einzelaspekte unterschiedlichen Rechtsordnungen zugeordnet sein können (sog. *dépeçage*).<sup>58</sup>

Den Bedürfnissen des grenzüberschreitenden Finanz- und Wirtschaftsverkehrs nach Plan- und Vorhersehbarkeit genügt dieser Status quo nur bedingt.<sup>59</sup> Beträchtliche Fortschritte sind zwar insoweit durch die Aktivitäten verschiedener Internationaler Organisationen und insbesondere der EU (bzw. deren Vorgängerorganisationen) erzielt worden, deren Verordnungen zum Internationalen Pri-

---

zeptionen siehe *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 22 f.

<sup>51</sup> *Kötz*, *RabelsZ* 50 (1986), 1, 5.

<sup>52</sup> *Sebastianutti*, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 3 (2009), 155, 157.

<sup>53</sup> *Flessner*, *RabelsZ* 34 (1970), 547, 549 ff.

<sup>54</sup> *Langen*, *NJW* 1969, 358; *G. Wagner*, *ZEuP* 1999, 6; *de Ly*, in: *FS Sandrock* (2000), 179, 180, 194. Der Terminus des „Heimwärtsstrebens“ stammt – allerdings noch nicht negativ konnotiert – von *Nussbaum*, *Deutsches Internationales Privatrecht* (1932), 43.

<sup>55</sup> Vgl. *Calliess*, *ZfRSoz* 26 (2005), 35, 50; *Rühl*, in: *Bork/Eger/H.-B. Schäfer* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts* (2009), 335, 338, 342 ff.; *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 25.

<sup>56</sup> Zur grundsätzlichen Zulässigkeit dieser Praxis siehe *Ferrari*, in: *FS U. Magnus* (2014), 385 ff.; *Basedow*, *The Law of Open Societies* (2015), 333; *Schack*, *Internationales Zivilverfahrensrecht* (8. Aufl. 2021), Rn. 272 f. Zu Missbrauchsmöglichkeiten und daran anknüpfender Kritik siehe *Kropholler*, in: *FS Firsching* (1985), 165 ff.; *Mankowski*, in: *Ott/H.-B. Schäfer* (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen* (2002), 118, 119 ff.

<sup>57</sup> Vgl. *U. Stein*, *Lex mercatoria* (1995), 20; *Rühl*, *Berkeley J. Int'l L.* 24 (2007), 801, 808 f.; *Jarass*, *Privates Einheitsrecht* (2019), 22 f.

<sup>58</sup> Hierzu *Bonell*, *RabelsZ* 42 (1978), 485, 489 f.; *von Hoffmann*, in: *FS Kegel* (1987), 215, 218; *Grundmann*, in: *Jickeli* (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht, Unternehmensrecht, Informationspflichten im Zivilrecht* (1992), 43, 47; *U. Stein*, *Lex mercatoria* (1995), 20 f.; *Wai*, *Law & Contempt. Probs.* 71 (2008), 107, 124.

<sup>59</sup> Vgl. *Basedow*, *The Law of Open Societies* (2015), 1 f.



vat<sup>60</sup> und Zivilverfahrensrecht<sup>61</sup> zumindest für den Bereich des Europäischen Binnenmarktes eine weitreichende Angleichung ermöglicht haben. Auch diese regionale Erfolgsgeschichte<sup>62</sup> sieht sich aber aufgrund ihres sektoralen Ansatzes Vorwürfen fehlender Kohärenz ausgesetzt<sup>63</sup> und ist zudem mit Friktionstendenzen wie dem zwischenzeitlichen EU-Austritt des Vereinigten Königreichs sowie Rechtsstaatlichkeitsbedenken hinsichtlich einzelner Mitgliedstaaten wie Polen und Ungarn konfrontiert.<sup>64</sup> Von weltweit vereinheitlichten Maßstäben kann erst recht keine Rede sein.<sup>65</sup>

Im Ergebnis wird das Problem fehlender Rechtssicherheit in grenzüberschreitenden Transaktionen deshalb durch die staatlichen Instrumente des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts allein zumindest nach derzeitigem Stand nicht abschließend gelöst, sondern um eine weitere Dimension erweitert.<sup>66</sup> Hierdurch entstehen neue Unsicherheiten, die den potenziellen Mehrwert von Transaktionen schmälern oder aufwiegen können.<sup>67</sup> Insbesondere das Internationale

---

<sup>60</sup> Insbesondere Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I-VO); Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II-VO). Übersicht zu weiteren einschlägigen Verordnungen bei *Junker*, Internationales Privatrecht (5. Aufl. 2022), § 2, Rn. 8 ff.

<sup>61</sup> Insbesondere 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 (abgekürzt Brüssel I-VO, teilweise auch abgekürzt als EuGVVO oder EuGVO) und deren Nachfolgerin Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel Ia-VO, teilweise auch abgekürzt als EuGVVO oder EuGVO). Übersicht zu weiteren einschlägigen Verordnungen bei *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht (5. Aufl. 2020), § 2, Rn. 11 ff.

<sup>62</sup> So auch die Bewertung bei *Calliess/J. Mertens*, *RabelsZ* 74 (2010), 463, 490.

<sup>63</sup> *Berger*, *JZ* 1999, 369, 372; *Rühl*, *J. Priv. Int'l L.* 10 (2014), 335, 336; *Basedow*, in: von Hein/Rühl (Hrsg.), *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union* (2016), 3, 11 ff.

<sup>64</sup> Vgl. zum Problem systematischer Defizite an Rechtsstaatlichkeit in einzelnen EU-Mitgliedstaaten von *Bogdandy*, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts* (2022), 210 ff., 267 ff.

<sup>65</sup> Vgl. *Leible*, *ZVglRWiss* 97 (1998), 286, 290 ff.; *Berger*, *JZ* 1999, 369, 373; speziell zum Verfahrensrecht *Calliess*, *GLJ* 5 (2004), 1489 ff. Zur Problematik unzureichender Ausstattung staatlicher Gerichte für die Berücksichtigung rechtsvergleichender Erkenntnisse *Berger*, in: *FS Sandrock* (2000), 49, 60.

<sup>66</sup> Kritisch insbesondere *Schmidt-Trenz*, *Außenhandel und Territorialität des Rechts* (1990), 295 ff.; *Schmidtchen*, *RabelsZ* 59 (1995), 56, 89; *Schmidtchen*, in: Ott/H.-B. Schäfer (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen* (2002), 1, 9 ff.; *Calliess*, *ZfRSoz* 26 (2005), 35, 50.

<sup>67</sup> Vgl. *Streit/Mangels*, *ORDO* 47 (1996), 72, 81 f.; *Calliess/J. Mertens*, *RabelsZ* 74 (2010), 463, 465.

Privatrecht wurde deshalb bereits überspitzt als „Ursache von Problemen, für deren Lösung es sich hält“ kritisiert.<sup>68</sup> Auch für das von komplizierten Abgrenzungsfragen zwischen sich teilweise überschneidenden nationalen, europa- und völkerrechtlichen Vorschriften geprägte Internationale Zivilverfahrensrecht läge dieser Vorwurf nicht fern. Darüber hinaus bezweifeln manche Autoren, ob die überkommene Technik der Zuordnung grenzüberschreitender Rechtsverhältnisse zu nationalen Rechtsordnungen überhaupt noch den Anforderungen des grenzüberschreitenden Wirtschafts- und Finanzverkehrs gerecht werden könne: Zum einen seien konventionelle Anknüpfungsmomente wie Staatsangehörigkeit, Sitz oder gewöhnlicher Aufenthalt in grenzüberschreitenden Konstellationen immer schwieriger zu ermitteln und oftmals wenig aussagekräftig.<sup>69</sup> Zum anderen seien die materiellen Regeln des nationalen Rechts in der Regel auf Binnensachverhalte zugeschnitten und für zahlreiche grenzüberschreitend operierende Geschäftsbereiche kaum mehr geeignet.<sup>70</sup>

### b) Internationale Rechtsvereinheitlichung und -harmonisierung

An diesem Punkt setzen die staatlichen Strategien der internationalen Rechtsvereinheitlichung und -harmonisierung an. Anstelle der vom jeweiligen Einzelstaat ausgehenden Koordination verschiedener Rechtsordnungen steht hier der Aspekt der zwischenstaatlichen *Kooperation* im Mittelpunkt: Nationalstaaten können sich mittels völkerrechtlicher Verträge und anderer zwischenstaatlicher Instrumente auf einheitliche oder zumindest aufeinander abgestimmte privatrechtliche Regeln verständigen.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> Zuerst bei *Schmidtchen*, *RabelsZ* 59 (1995), 56, 89, der diese Aussage zwar als Urteil eines juristischen Laien relativiert, aber zu Recht darauf hinweist, dass es auch in der Praxis zumeist juristische Laien sind, welche die Sicherheit von internationalen Transaktionen beurteilen. Vgl. zur Laienperspektive auf das Internationale Privatrecht auch schon *Schmitthoff*, *JZ* 1978, 495, 497.

<sup>69</sup> *Basedow*, *The Law of Open Societies* (2015), 63 ff.; vgl. auch *Zumbansen*, *ELJ* 8 (2002), 400, 424; *Calliess*, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge* (2006), 135.

<sup>70</sup> *Horn*, *Das Recht der internationalen Anleihen* (1972), 492 f.; *von Mehren*, *Harv. L. Rev.* 88 (1974), 347; *Bonell*, *RabelsZ* 42 (1978), 485, 490; *Siehr*, in: *Holl/Klinke* (Hrsg.), *Internationales Privatrecht, Internationales Wirtschaftsrecht* (1985), 103 f.; *Grundmann*, in: *Jickeli* (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht, Unternehmensrecht, Informationspflichten im Zivilrecht* (1992), 43, 46; *U. Stein*, *Lex mercatoria* (1995), 24 ff.; *Leible*, *ZVglRWiss* 97 (1998), 286, 307; *Juenger*, *Unif. L. Rev.* 5 (2000), 171, 176; *Zumbansen*, *RabelsZ* 67 (2003), 637, 672 f.; *Dalhuisen*, *Berkeley J. Int'l L.* 24 (2006), 129, 132 ff., 154, 165, 187 ff; *Dalhuisen*, *The Applicable Law in International Financial Disputes and the Status, Powers and Reasoning of International Financial Arbitrators* (2014), 16; *Jarass*, *Privates Einheitsrecht* (2019), 31. Relativierend hingegen *de Ly*, in: *Ferrari* (Hrsg.), *The Unification of International Commercial Law* (1998), 59, 67; *Gaillard*, *Arb. Int'l* 17 (2001), 59, 61 f.; *Rühl*, *Berkeley J. Int'l L.* 24 (2007), 801, 820.

<sup>71</sup> Ausführlich *Kropholler*, *Internationales Einheitsrecht* (1975), 1 ff.; *Goode/Kronke*

Die am weitesten gehende Möglichkeit besteht dabei in einer Vereinheitlichung des Sachrechts, durch welche sichergestellt wird, dass tatbestandlich erfasste Rechtsverhältnisse in allen beteiligten Staaten denselben materiellen Maßstäben unterliegen.<sup>72</sup> Hierdurch würden sich die spezifischen Rechtsunsicherheiten grenzüberschreitender Transaktionen erübrigen oder zumindest erheblich reduzieren.<sup>73</sup> Eine Vereinheitlichung des Internationalen Privatrechts lässt demgegenüber zwar die Pluralität der nationalen Sachrechte unangetastet, kann aber zumindest für eine einheitliche Koordination zwischen diesen sorgen und hierdurch den internationalen Entscheidungseinklang befördern.<sup>74</sup> Vereinheitlichungen im Bereich des Internationalen Zivilverfahrensrechts können beispielsweise die grenzüberschreitende justizielle Zusammenarbeit bei der Verfahrensdurchführung und Entscheidungsvollstreckung verbessern.<sup>75</sup> In Abgrenzung zu diesen Spielarten der Rechtsvereinheitlichung ist die Strategie der Rechtsharmonisierung auf die Vereinbarung einheitlicher Vorgaben für die Ausgestaltung des nationalen Rechts gerichtet, deren konkrete Umsetzung im Detail jedoch den beteiligten Einzelstaaten vorbehalten bleibt.<sup>76</sup> Einen dritten Ansatz stellt schließlich die Einführung optionaler Einheitsinstrumente dar, welche das nationale Recht der teilnehmenden Staaten unberührt lassen und stattdessen als wählbare Alternative neben dieses treten.<sup>77</sup>

So naheliegend die Strategien der Rechtsvereinheitlichung und -harmonisierung zur Überwindung des Unsicherheitsproblems grenzüberschreitender Transaktionen in der Theorie erscheinen und so enthusiastisch sie schon zu Beginn des

---

*McKendrick*, *Transnational Commercial Law* (2. Aufl. 2015), 263 ff.; *Jarass*, *Privates Einheitsrecht* (2019), 41 ff.

<sup>72</sup> Unterschieden wird hierbei noch zwischen der „unechten“ bzw. „beschränkten“ Sachrechtsvereinheitlichung, die ein gemeinsames Recht nur für grenzüberschreitende Sachverhalte schafft, und der „echten“ bzw. „unbeschränkten“ Sachrechtsvereinheitlichung, die auch das für Binnensachverhalte geltende Recht einbezieht. Zum Ganzen *Kropholler*, *Internationales Einheitsrecht* (1975), 167 ff.; *Neuhaus*, *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts* (2. Aufl. 1976), § 2 II. 1.; *Ferrari*, in: *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hrsg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Band I (2009), 376 f.; *Rühl*, *Statut und Effizienz* (2011), 45 ff.

<sup>73</sup> Deziert aus diesem Blickwinkel *Rühl*, *Statut und Effizienz* (2011), 45 f.; *Jarass*, *Privates Einheitsrecht* (2019), 44 f. m. w. N. Vgl. auch *Kötz*, *RabelsZ* 56 (1991), 215, 216.

<sup>74</sup> Hierzu *Kropholler*, *Internationales Einheitsrecht* (1975), 179 ff.; *Mankowski*, in: *Ott/H.-B. Schäfer* (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen* (2002), 118, 124 ff.; *Basedow*, *The Law of Open Societies* (2015), 83 f.

<sup>75</sup> Anhand von Beispielen *Basedow*, *The Law of Open Societies* (2015), 85 ff.; im europäischen Kontext *Mankowski*, in: *Ott/H.-B. Schäfer* (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen* (2002), 118, 136 ff.

<sup>76</sup> *Zweigert*, in: *Strupp/Schlochauer* (Hrsg.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, Band 3 (2. Aufl. 1962), 74, 76 f.; *Rühl*, *Statut und Effizienz* (2011), 47.

<sup>77</sup> Anhand von Beispielen *Basedow*, in: *FS von Hoffmann* (2011), 50, 51 ff.; *Basedow*, *The Law of Open Societies* (2015), 287 ff.

20. Jahrhunderts zumindest in akademischen Kreisen befürwortet wurden,<sup>78</sup> so schwierig gestaltet sich seit jeher deren praktische Umsetzung.<sup>79</sup> Trotz vielfältiger Bemühungen der in diesem Bereich tätigen Internationalen und regionalen Organisationen<sup>80</sup> sowie zahlreicher Impulse aus der Rechtswissenschaft<sup>81</sup> sind die bislang erzielten Vereinheitlichungs- und Harmonisierungserfolge überschaubar.<sup>82</sup> Dies gilt erst recht für den im Mittelpunkt der vorliegenden Untersuchung stehenden Finanzbereich.<sup>83</sup> Zu den wenigen Themenfeldern, für welche hier überhaupt Vereinheitlichungsprojekte angestoßen worden sind, gehören die Forderungsabtretung<sup>84</sup>, das Finanzierungsleasing<sup>85</sup>, ausgewählte Kreditsicher-

---

<sup>78</sup> Vgl. *Berger*, in: *Berger* (Hrsg.), *The Practice of Transnational Law* (2001), 1, 5; *Calliess*, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge* (2006), 249 f.; *Estrella Faria*, *Elon L. Rev. 2* (2011), 1; *Jarass*, *Privates Einheitsrecht* (2019), 48 f.

<sup>79</sup> Vgl. *Estrella Faria*, *Elon L. Rev. 2* (2011), 1, 5 ff.; *Rühl*, *Statut und Effizienz* (2011), 60 ff.; *Jarass*, *Privates Einheitsrecht* (2019), 51 ff.; *Calliess/Jarass*, in: P. Berman (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism* (2020), 748, 755.

<sup>80</sup> Zu nennen sind insbesondere die 1893 gegründete Haager Konferenz für Internationales Privatrecht (<https://www.hcch.net/de/home>), das 1926 gegründete Internationale Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts (UNIDROIT, <https://www.unidroit.org/>) und die 1966 gegründete Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht (UNCITRAL, <https://uncitral.un.org/>). Zu den einschlägigen Regionalorganisationen gehören neben der EU auch der Mercado Común del Sur (MERCOSUR, <https://www.mercosur.int/>) und die Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA, <https://www.ohada.org/en/>). Beispiele für Organisationen mit bereichsspezifischem Zuschnitt sind die World Intellectual Property Organization (WIPO, <https://www.wipo.int/portal/en/index.html>), die International Maritime Organization (IMO, <https://www.imo.org/>) und die International Civil Aviation Organization (ICAO, <https://www.icao.int/Pages/default.aspx>).

<sup>81</sup> Etwa *Zitelmann*, *Die Möglichkeit eines Weltrechts* (1916), 5 ff. In diesem Zusammenhang erwähnenswert sind auch die Gründung der Internationalen Vereinigung für Vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre im Jahr 1894 sowie der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie im Jahr 1909. Insbesondere mittels der Methode der funktionalen Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Vertragsrechts wurde die Erkenntnis zu Tage gefördert, dass die nationalen Privatrechtskodifikationen trotz der vielfach beschworenen kulturellen Unterschiede im Wesentlichen den gleichen Prinzipien folgen; vgl. zu diesem Ansatz etwa *W. Lorenz*, *JZ* 1962, 269 ff.; *Schlesinger*, *Am. J. Comp. L.* 43 (1995), 477, 479 ff.; *Bussani/Mattei*, *Colum. J. Eur. L.* 3 (1997), 339, 340 ff.

<sup>82</sup> Vgl. *Kötz*, *RabelsZ* 50 (1986), 1, 2; *Calliess*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 14 (2007), 469, 474; *Estrella Faria*, *Unif. L. Rev.* 14 (2009), 5, 8; *Jarass*, *Privates Einheitsrecht* (2019), 51. Über-sichten bei *Blaurock*, in: *Ferrari* (Hrsg.), *The Unification of International Commercial Law* (1998), 9, 15; *Kronke*, *JZ* 2001, 1149, 1150; *von Bar/Mankowski*, *Internationales Privatrecht*, Band I (2. Aufl. 2003), § 2, Rn. 36 ff., § 5, Rn. 12 ff.

<sup>83</sup> Vgl. *Sebastianutti*, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 3 (2009), 155, 158.

<sup>84</sup> UN Convention on the Assignment of Receivables in International Trade 2001 (noch nicht in Kraft); UNIDROIT Convention on International Factoring 1988 (9 Vertragsstaaten).

<sup>85</sup> UNIDROIT Convention on International Financial Leasing 1988 (11 Vertragsstaaten); UNIDROIT Model Law on Leasing 2008.

heiten<sup>86</sup> sowie der Wertpapierhandel<sup>87</sup>. Die dazu ausgehandelten internationalen Konventionen sind aber größtenteils entweder noch gar nicht in Kraft getreten oder bislang von nur wenigen Vertragsstaaten ratifiziert worden.

Als wesentlicher Grund für den nur begrenzten Erfolg der internationalen Rechtsvereinheitlichung und -harmonisierung wird vor allem die Inflexibilität und Schwerfälligkeit völkerrechtlicher Verträge als zentralem Handlungsinstrument ausgemacht.<sup>88</sup> In den oft langwierigen multilateralen Verhandlungsprozessen verfolgen die beteiligten Staaten nicht selten unterschiedliche Interessen und zeigen nur eingeschränkte Kompromissbereitschaft, was auch mit der Befürchtung zusammenhängen dürfte, eigene Einfluss- und Gestaltungsspielräume zu verlieren.<sup>89</sup> Mit dieser skeptischen Haltung hängt womöglich auch die bisweilen als unzureichend monierte Ressourcenausstattung der im Bereich der Privatrechtsvereinheitlichung tätigen Internationalen Organisationen wie UNIDROIT zusammen.<sup>90</sup> In der Folge sind bisher nur wenige, zumeist sachlich eng begrenzte Vereinheitlichungsprojekte auf eine breitere Zustimmung in der Staatengemeinschaft gestoßen.<sup>91</sup> Und selbst wo dies im Einzelfall gelungen ist, setzt sich das Problem fehlender Flexibilität regelmäßig bei der Anpassung und Fortentwicklung der einschlägigen Einheitsrechtsinstrumente fort.<sup>92</sup> Insbesondere fehlt es insoweit zumeist an Mechanismen, die eine einheitliche Anwendungs- und Auslegungspraxis sicherstellen könnten – etwa in Form einer gemeinsamen Gerichtsbarkeit.<sup>93</sup> Hinzu

<sup>86</sup> Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment 2001 (85 Vertragsstaaten); Aircraft Protocol 2001 (82 Vertragsstaaten).

<sup>87</sup> Hague Securities Convention 2006 (3 Vertragsstaaten); Geneva Securities Convention 2009 (noch nicht in Kraft).

<sup>88</sup> Am Beispiel des zumindest im ersten Anlauf gescheiterten Projekts eines umfassenden Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens für Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen unter Ägide der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht *Calliess*, GLJ 5 (2004), 1489 ff.; *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge (2006), 145 ff.

<sup>89</sup> Vgl. *Neuhaus/Kropholler*, *RabelsZ* 45 (1981), 73, 80 f.; *Behrens*, *RabelsZ* 50 (1986), 19, 25; *Kötz*, *RabelsZ* 50 (1986), 1, 10 f.; *Leible*, *ZVglRWiss* 97 (1998), 286, 309 f.; *Berger*, *JZ* 1999, 369, 372 f.; *Kronke*, *JZ* 2001, 1149, 1151 ff.; *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge (2006), 88, 210 f., 250; *Estrella Faria*, *Elon L. Rev.* 2 (2011), 1, 5 ff.; *Jarass*, *Privates Einheitsrecht* (2019), 52. Zur Unterscheidung zwischen „nationalen“, „internationalen“ und „transnationalen“ Vereinheitlichungsansätzen *Michaels*, *ASIL Proceedings* 96 (2002), 333 ff.

<sup>90</sup> Vgl. *Kronke*, *JZ* 2001, 1149, 1151 f.; *Goode/Kronke/McKendrick*, *Transnational Commercial Law* (2. Aufl. 2015), 209; *Jarass*, *Privates Einheitsrecht* (2019), 53.

<sup>91</sup> Etwa die von UNCITRAL ausgearbeitete und von immerhin 95 Vertragsstaaten ratifizierte UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) vom 11. April 1980, deren Bedeutung in der Praxis allerdings dennoch begrenzt ist; vgl. *Jansen/Michaels*, in: *Jansen/Michaels* (Hrsg.), *Beyond the State* (2008), 69, 93. Weitere Beispiele bei *Blaurock*, *ZEuP* 1993, 247, 254; *Estrella Faria*, *Elon L. Rev.* 2 (2011), 1, 3 f.

<sup>92</sup> *Behrens*, *RabelsZ* 50 (1986), 19, 26 ff.

<sup>93</sup> Vgl. *Kötz*, *RabelsZ* 50 (1986), 1, 7 f.; *Kronke*, *JZ* 2001, 1149, 1151; *Linhart*, *Internationales*



kommen nationale Vorbehalte und Abwahlmöglichkeiten<sup>94</sup> sowie teilweise Überschneidungen der nur unzureichend aufeinander abgestimmten Anwendungsbereiche einzelner Einheitsrechts- und Harmonisierungskonventionen;<sup>95</sup> Defizite, die nicht zuletzt in den Vorwurf fehlender Praxistauglichkeit münden.<sup>96</sup>

Um den geschilderten Schwierigkeiten zu begegnen, arbeiten die auf dem Gebiet der Rechtsvereinheitlichung tätigen Organisationen mittlerweile verstärkt mit unverbindlichen *soft law*-Instrumenten wie Modellgesetzen, Richtlinien oder Prinzipienkatalogen, die nicht auf multilaterale Aushandlung setzen, sondern von Expertenkommissionen erarbeitet werden und auch ohne staatsvertragliche Implementierung auf informellen Einfluss auf Gesetzgeber, Gerichte, Schiedsrichter und private Vertragsparteien abzielen.<sup>97</sup> Prominente Beispiele hierfür sind die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts<sup>98</sup>, die Principles of European Contract Law<sup>99</sup> sowie die Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts<sup>100</sup>, speziell für den Finanzbereich zudem die UNIDROIT Principles on the Operation of Close-Out Netting Provi-

---

Einheitsrecht und einheitliche Auslegung (2005), 31 ff.; *Calliess*, in: Riesenhuber/Takayama (Hrsg.), Rechtsangleichung (2006), 109, 110; *Rühl*, in: Bork/Eger/H.-B. Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts (2009), 335, 346 f.; *Rühl*, Statut und Effizienz (2011), 62; *Ferrari*, *Unif. L. Rev.* 22 (2017), 244, 247; *Hesse*, *Diktierte Parteiautonomie* (2022), 16.

<sup>94</sup> Vgl. *Ferrari*, *Int'l & Comp. L. Q.* 51 (2002), 689, 700 ff.; *Ferrari*, *IHR* 2012, 89, 102 ff.

<sup>95</sup> Vgl. *Behrens*, *RabelsZ* 50 (1986), 19, 32; *Leible*, *ZVglRWiss* 97 (1998), 286, 309 f. Am Beispiel der Haftungsregeln für den Gütertransport auf See *Maurer*, *Lex Maritima* (2012), 30 ff.

<sup>96</sup> *H. Mertens*, *RabelsZ* 56 (1992), 219, 220; *Leible*, *ZVglRWiss* 97 (1998), 286, 310; *Berger*, in: Bierbaum (Hrsg.), *So investiert die Welt* (2008), 33, 39; *Engert*, *AcP* 213 (2013), 321, 360 f.; *Jarass*, *Privates Einheitsrecht* (2019), 54.

<sup>97</sup> Vgl. *Kronke*, in: FS Max-Planck-Institut-für Privatrecht (2001), 757, 761 f.; *Kronke*, *JZ* 2001, 1149, 1153 f.; *Kronke*, in: FS Kropholler (2008), 39, 44 f.; *Calliess*, in: Riesenhuber/Takayama (Hrsg.), *Rechtsangleichung* (2006), 109, 113 f.; *Calliess*, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge* (2006), 250 f.; *Estrella Faria*, *Unif. L. Rev.* 14 (2009), 5, 11 ff.; *De Carolis*, *Unif. L. Rev.* 15 (2010), 37, 43 ff.; *Veneziano*, *Vill. L. Rev.* 58 (2013), 521, 523 ff.; *Basedow*, *The Law of Open Societies* (2015), 83; *Basedow*, *Unif. L. Rev.* 22 (2017), 304, 305 ff.; *Jarass*, *Privates Einheitsrecht* (2019), 59 f.; *Linarelli*, in: P. Berman (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism* (2020), 689, 706, 710. Für eine Kritik am Begriff *soft law* siehe *Augsberg*, *Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft* (2003), 36 m. w. N.

<sup>98</sup> Zu diesen *Boele-Woelki*, *IPRax* 1997, 161 ff.; *Bonell*, in: *Berger* (Hrsg.), *The Practice of Transnational Law* (2001), 23 ff.; *Michaels*, *Unif. L. Rev.* 19 (2014), 643 ff.; *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 180 ff.; *Vogenauer* (Hrsg.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)* (2. Aufl. 2015).

<sup>99</sup> Zu diesen *Lando/Beale* (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II* (2000); *Lando u. a.* (Hrsg.), *Principles of European Contract Law, Part III* (2003); *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 234 ff.

<sup>100</sup> Zu diesen *Pertegas/Marshall*, *Brook. J. Int'l L.* 39 (2014), 975 ff.; *Basedow*, *Unif. L. Rev.* 22 (2017), 304 ff.

sions<sup>101</sup>. Auch die praktische Bedeutung derartiger Instrumente ist aber – jedenfalls im Privatrecht<sup>102</sup> und von Ausnahmen wie dem UNCITRAL-Modellgesetz über die internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit (UNCITRAL ML)<sup>103</sup> abgesehen – bis dato eher überschaubar.<sup>104</sup>

Das internationale Einheitsrecht bleibt daher bis auf Weiteres fragmentarischen Charakters und die Vorstellung einer umfassenden Vereinheitlichung der staatlichen Privatrechtsordnungen ein nur theoretisches Ideal<sup>105</sup> – ein Ideal zumal, das im Hinblick auf den Vorwurf der fehlenden Rücksichtnahme auf kulturelle Unterschiede und politische Präferenzen einzelner Nationalstaaten sowie die Einschränkung von Auswahlmöglichkeiten für Privatparteien keineswegs flächendeckend geteilt wird.<sup>106</sup>

#### 4. Private Ordnungsstrategien

Der Befund einer nur unzureichenden Gewährleistung von Erwartungssicherheit durch die zur Verfügung stehenden staatlichen Ordnungsstrategien allein steht einem exponentiellen Wachstum des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs bislang jedoch offenbar nicht entgegen<sup>107</sup>. Es dürfte allerdings kaum davon auszugehen sein, dass die beteiligten Marktakteure schlicht auf blindes Vertrauen<sup>108</sup>

<sup>101</sup> Abrufbar unter <<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/netting-English.pdf>>.

<sup>102</sup> Zur wesentlich größeren praktischen Bedeutung von *soft law*-Standards im Bereich des öffentlichen Finanzrechts, namentlich der Finanzmarktregulierung siehe *Brummer*, *Soft Law and the Global Financial System* (2. Aufl. 2015), 62 ff.; *Newman/E. Posner*, *Voluntary Disruptions* (2018), 34 ff.

<sup>103</sup> Abrufbar unter <[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955\\_e\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf)>.

<sup>104</sup> Vgl. *Calliess*, in: *Riesenhuber/Takayama* (Hrsg.), *Rechtsangleichung* (2006), 109, 113 f.; speziell zu den UNIDROIT Principles *Brower/Sharpe*, *Va. J. Int'l L.* 45 (2004), 199, 205 ff.

<sup>105</sup> *Kötz*, *RabelsZ* 50 (1986), 1, 3 ff.; *H. Mertens*, *RabelsZ* 56 (1992), 219, 222; *Legrand*, *Int'l & Comp. L. Q.* 45 (1996), 52, 56 ff.; *Basedow*, *The Law of Open Societies* (2015), 6.

<sup>106</sup> Kritisch etwa *Behrens*, *RabelsZ* 50 (1986), 19, 27; *Kötz*, *RabelsZ* 50 (1986), 1, 12; *H. Mertens*, *RabelsZ* 56 (1992), 219, 223; *Kerber*, in: *Grundmann* (Hrsg.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts* (2000), 67, 73 ff.; *Rühl*, in: *Bork/Eger/H.-B. Schäfer* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts* (2009), 335, 347 ff.; *Rühl*, *Statut und Effizienz* (2011), 63 ff. Differenzierend *Neuhaus/Kropholler*, *RabelsZ* 45 (1981), 73, 75 ff.; *Schmidt-Trenz*, *Außenhandel und Territorialität des Rechts* (1990), 300 f.

<sup>107</sup> Vgl. *Rühl*, in: *Bork/Eger/H.-B. Schäfer* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts* (2009), 335; *Sebastianutti*, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 3 (2009), 155, 165.

<sup>108</sup> Zum Begriff des Vertrauens *Granovetter*, *Society and Economy* (2017), 58, der hierunter den Glauben daran versteht, dass eine andere Person, mit der eine Interaktion eingegangen wird, keinen Schaden verursachen wird, auch wenn sie dies tun könnte, ohne eine Sanktion befürchten zu müssen.

setzen oder sich auf „rechtliche Anarchie“ einlassen würden.<sup>109</sup> Stattdessen ist bei der Ausgestaltung grenzüberschreitender Transaktionsbeziehungen in zunehmendem Maße ein Ausweichen auf private Lösungsstrategien zu beobachten,<sup>110</sup> wobei sich die gesellschaftliche Praxis, um mit *Gunther Teubner* zu sprechen, oftmals als kreativer erweist, als es sich das staatliche Recht erträumen kann.<sup>111</sup> Die Erscheinungsformen dieser Strategien sind überaus vielfältig.<sup>112</sup> Beispielhaft zu nennen sind etwa die Einbettung von Transaktionen in hierarchisch strukturierte Unternehmensverbindungen („vertikale Integration“),<sup>113</sup> der Aufbau langfristiger Geschäftsbeziehungen<sup>114</sup> und die bewusste Stärkung sozialer Verbindungen zwischen den Transaktionsbeteiligten,<sup>115</sup> die zentralisierte Sammlung und Zugänglichmachung von reputationsrelevanten Informationen über das bisherige Verhalten einzelner Marktteilnehmer,<sup>116</sup> die Eingehung transaktionsspezifischer Investitionen<sup>117</sup> sowie die technologiegestützte Automatisierung von

---

<sup>109</sup> *Sebastianutti*, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 3 (2009), 155, 161.

<sup>110</sup> *Hadfield*, *Regulation* 24 (2001), 40, 43 ff.; *Dixit*, *Lawlessness and Economics* (2004), 10 ff., 25 ff.; *Flood*, in: *Likosky* (Hrsg.), *Privatising Development* (2005), 147, 150; *Köndgen*, *AcP* 206 (2006), 477, 479 ff.; *Calliess* u. a., in: *Hurrelmann* u. a. (Hrsg.), *Zerfasert der Nationalstaat?* (2008), 143, 149; *Calliess/Hoffmann*, *GLJ* 10 (2009), 115, 119; *Basedow*, *The Law of Open Societies* (2015), 89 f.

<sup>111</sup> *Teubner*, *RJ* 15 (1996), 255, 274.

<sup>112</sup> Vgl. die Übersichten bei *Charny*, *Harv. L. Rev.* 104 (1990), 373, 408 ff.; *Schmidt-Trenz*, *Außenhandel und Territorialität des Rechts* (1990), 258 ff.; *Ellickson*, *Order Without Law* (1991), 131 ff.; *Calliess/Renner*, in: *Gosewinkel/Schuppert* (Hrsg.), *Politische Kultur im Wandel von Staatlichkeit* (2008), 205, 208; *Calliess/Zumbansen*, *Rough Consensus and Running Code* (2010), 113 ff.; *Kerber*, in: *Zumbansen/Calliess* (Hrsg.), *Law, Economics and Evolutionary Theory* (2011), 297, 305 f.

<sup>113</sup> Grundlegend *Coase*, *Economica* 4 (1937), 386 ff.; *Williamson*, *The Economic Institutions of Capitalism* (1985), 78; *Williamson*, *J. Econ. Behav. Organ.* 17 (1992), 335, 337 ff.; *Teece*, *J. Econ. Behav. Organ.* 7 (1986), 21, 23 ff. Vgl. auch *Schmidtchen*, *RabelsZ* 59 (1995), 56, 103 ff.; *Calliess/J. Mertens*, *RabelsZ* 74 (2010), 463, 466; *Rühl*, *Statut und Effizienz* (2011), 58 f.; *Renner*, in: *Calliess* (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 225, 228 ff.

<sup>114</sup> Grundlegend *Macaulay*, *Am. Soc. R.* 28 (1963), 55 ff.; *MacNeil*, *Nw. U. L. Rev.* 72 (1978), 854, 886 ff.; *MacNeil*, *Wis. L. Rev.* 1985, 483 ff.; *Dore*, *Br. J. Sociol.* 34 (1983), 459, 463 ff.; *Dixit*, *Lawlessness and Economics* (2004), 32 ff., 59 ff.

<sup>115</sup> Grundlegend *Ben-Porath*, *Popul. Dev. Rev.* 6 (1980), 1 ff.

<sup>116</sup> *Milgrom/North/Weingast*, *Economics & Politics* 2 (1990), 1 ff., 19 ff.; *Schmidt-Trenz*, *Außenhandel und Territorialität des Rechts* (1990), 266 ff.; *Calliess*, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge* (2006), 297 f.; *Rühl*, in: *Bork/Eger/H.-B. Schäfer* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts* (2009), 335, 351 ff.; *Rühl*, *Statut und Effizienz* (2011), 53 ff. Anhand bereichsspezifischer Beispiele *Bernstein*, *J. Legal Stud.* 21 (1992), 115, 121; *Bernstein*, *Mich. L. Rev.* 99 (2001), 1724, 1752 ff.

<sup>117</sup> *Williamson*, *Am. Econ. Rev.* 73 (1983), 519 ff.; *Schmidt-Trenz*, *Außenhandel und Territorialität des Rechts* (1990), 273; *Schmidtchen*, *RabelsZ* 59 (1995), 56, 99.



Vollzugsabläufen.<sup>118</sup> Doch auch die für das staatliche Recht charakteristischen Techniken der formalisierten Regelsetzung, -anwendung und -durchsetzung werden vermehrt von privaten Akteuren adaptiert,<sup>119</sup> wobei typischerweise Branchen- und Schiedsorganisationen eine Intermediärsfunktion zukommt und die Regelbildung grundsätzlich *bottom-up*, d. h. durch die regelbetroffenen Akteure selbst erfolgt.<sup>120</sup>

Seit Langem tobt angesichts dieser vielfältigen Privatisierungstendenzen eine in ihrer Schärfe bisweilen an „Glaubenskriege“<sup>121</sup> erinnernde wissenschaftliche Diskussion darüber, ob und inwieweit derartige Ordnungsstrategien als Erscheinungsformen von (nichtstaatlichem) „Recht“ qualifiziert werden können und müssen.<sup>122</sup> Begrifflich und ideengeschichtlich wird hierbei zumeist an die Vorstellung einer historischen *lex mercatoria* (*ius mercatorium*; *law merchant*) angeknüpft,<sup>123</sup> mit welcher die vorstaatlichen Organisationsformen, Bräuche, Prinzipien und Usancen der europäischen Kaufmannschaft des Hochmittelalters umschrieben werden, mittels derer die damalige Zersplitterung der lokalen, kaiserlichen und kirchlichen Rechte kompensiert werden sollte.<sup>124</sup> Mit den auch

<sup>118</sup> *Hadfield*, Regulation 24 (2001), 40, 43; *Hadfield*, in: Ménard/Shirley (Hrsg.), Handbook of New Institutional Economics (2008), 175, 179.

<sup>119</sup> Vgl. *Bonell*, *RabelsZ* 42 (1978), 485 ff.; *H. Mertens*, *RabelsZ* 56 (1992), 219, 226 ff.; *Berger*, in: Bierbaum (Hrsg.), So investiert die Welt (2008), 33, 40 f.; *Berger*, The Creeping Codification of the Lex Mercatoria (2010), 40 ff.; *Eidenmüller*, in: Eidenmüller (Hrsg.), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution (2013), 1, 5 f.

<sup>120</sup> Vgl. insbesondere *Levit*, *Yale J. Int'l L.* 30 (2005), 125 ff.; *Levit*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 15 (2008), 49 ff.; *Levit*, *Emory L. J.* 57 (2008), 1147 ff.; ferner *Blaurock*, *ZEuP* 1993, 247, 255 ff.; *U. Stein*, *Lex mercatoria* (1995), 61 ff.; *de Ly*, in: Ferrari (Hrsg.), The Unification of International Commercial Law (1998), 59, 61 ff.; *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucher-Verträge (2006), 199; *Quack*, in: Botzem u. a. (Hrsg.), Governance als Prozess (2009), 575, 592 ff.; *Metzger*, *Extra legem, intra ius* (2009), 522 ff.; *Berger*, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria (2. Aufl. 2010), 43 ff.

<sup>121</sup> *U. Stein*, *Lex mercatoria* (1995), 6; *Teubner*, *RJ* 15 (1996), 255, 264. Vgl. auch *Blaurock*, *ZEuP* 1993, 247, 248; *Lerch*, *Rg* 5 (2004), 107; *Schmidt*, in: Murakami/Marutschke/Riesenhuber (Hrsg.), Globalisierung und Recht (2007), 153, 157. Schon *Hans Großmann-Doerth* hatte diagnostiziert, dass es in diesem Zusammenhang um „letzte Fragen des Staatsgefühls“ gehe; siehe *Großmann-Doerth*, *JW* 58 (1929), 3447, 3448.

<sup>122</sup> Stellvertretend für das Lager der Befürworter *Schmitthoff*, *RabelsZ* 68 (1964), 47, 68 ff.; *Goldman*, *RdC* 109 (1963), 347, 474 ff.; *Teubner*, *RJ* 15 (1996), 255. Stellvertretend für das Lager der Skeptiker *Mann*, *ZHR* 130 (1968), 97, 101 ff.; *Mustill*, *Arb. Int'l* 4 (1988), 86, 90 ff.; *von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band I (2. Aufl. 2003), § 2, Rn. 72 ff.

<sup>123</sup> *Lerch*, *Rg* 5 (2004), 107 ff.; *Ipsen*, Private Normenordnungen als Transnationales Recht? (2009), 66 ff.; *Maurer*, in: Viellechner (Hrsg.), Verfassung ohne Staat (2019), 187, 191 ff.

<sup>124</sup> Siehe hierzu *H. Berman/Kaufmann*, *Harv. Int'l L. J.* 19 (1978), 221, 222 f., 225 ff.; *H. Berman*, *Recht und Revolution* (1991), 536 ff.; *Benson*, *SEJ* 55 (1989), 644, 647 ff.; *Benson*, in: Zumbansen/Calliess (Hrsg.), Law, Economics and Evolutionary Theory (2011), 68, 73 ff.;

das Handelsrecht integrierenden nationalstaatlichen Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts – etwa dem französischen Code de Commerce von 1807 oder dem deutschen Handelsgesetzbuch von 1861 – schien sich der Gedanke eines nichtstaatlichen Kaufmannsrechts zwar zwischenzeitlich bereits erledigt zu haben.<sup>125</sup> Unter dem Eindruck der wirtschaftlichen Globalisierung erlebt er nunmehr aber seit einigen Jahrzehnten unter Schlagworten wie *neue lex mercatoria* (*new law merchant*) oder *transnational commercial law* eine Renaissance.<sup>126</sup> Das inzwischen kaum mehr überschaubare Meinungsspektrum zu dieser Thematik beschränkt sich dabei keineswegs auf die Auseinandersetzung zwischen „Traditionalisten“ und „Transnationalisten“,<sup>127</sup> sondern ist selbst unter Letzteren weit<sup>128</sup> und reicht von der Behandlung nichtstaatlich erzeugter Regelungsformen als Auslegungshilfe oder Ergänzung des staatlichen Rechts<sup>129</sup> bis hin zur These einer autonom operierenden, „anationalen“ Universalrechtsordnung,<sup>130</sup> welche in normativer Hinsicht wiederum von manchen Autoren als leistungsfähiges Zukunfts-

---

*Blaurock*, ZEuP 1993, 247, 249 ff.; *U. Stein*, *Lex Mercatoria* (1995), 4 f.; *Hadfield*, *Regulation* 24 (2001), 40, 41 f.; *Hadfield*, *Rules for a Flat World* (2017), 48 ff.; *Basedow*, in: Jansen/Michaels (Hrsg.), *Beyond the State* (2008), 281, 282 f.; *Berger*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Privates Recht* (2012), 119, 121 ff. Zu empirischen Zweifeln an Autonomie und Einheitlichkeit einer mittelalterlichen *lex mercatoria* siehe *Cordes*, ZRG-GA 118 (2001), 168 ff.; *Kadens*, *Chi. J. Int'l L.* 5 (2004), 39 ff.; *Kadens*, *Tex. L. Rev.* 90 (2012), 1153 ff.; *Kadens*, *J. Legal Anal.* 7 (2015), 251 ff.; *Michaels*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 14 (2007), 447, 452 ff.; *Pistor*, *The Code of Law* (2019), 90 f.

<sup>125</sup> Vgl. *Medwig*, *Law & Pol'y Int'l Bus.* 24 (1993), 589, 593; *Schmidt*, in: Murakami/Marutschke/Riesenhuber (Hrsg.), *Globalisierung und Recht* (2007), 153, 166 f.; *Dalhuisen*, *Duke J. Comp. & Int'l L.* 18 (2008), 339, 342, 345 f.; ferner *Basedow*, *ZHR* 150 (1986), 469, 471; *Basedow*, in: Jansen/Michaels (Hrsg.), *Beyond the State* (2008), 281, 283 ff., der aber zu Recht darauf hinweist, dass in den staatlichen Handelsrechten stets auch Öffnungen für die Berücksichtigung von Handelsbräuchen bestanden. Vgl. hierzu auch *Linarelli*, in: P. Berman (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism* (2020), 689, 696 f., 716.

<sup>126</sup> Etwa *Schmitthoff*, in: MacDonald (Hrsg.), *Current Law and Social Problems*, II (1961), 129, 142 ff.; *Goldman*, *Archives phil. dr.* 9 (1964), 177; *U. Stein*, *Lex mercatoria* (1995), 1 ff.; *Teubner*, *RJ* 15 (1996), 255, 264 ff.; *Fortier*, *Arb. Int'l* 17 (2001), 121 ff.; *Berger*, in: Berger (Hrsg.), *The Practice of Transnational Law* (2001), 1, 6 ff.; *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010); *Drahozal*, *Notre Dame L. Rev.* 80 (2005), 523, 524; *Ipsen*, *Private Normenordnungen als Transnationales Recht?* (2009), 75 ff.

<sup>127</sup> Zu dieser Differenzierung *Zumbansen*, *ELJ* 8 (2002), 400, 427 f.; *Calliess*, in: Gessner (Hrsg.), *Contractual Certainty in International Trade* (2008), 215, 217; *Renner*, *RabelsZ* 78 (2014), 750, 765.

<sup>128</sup> Übersicht über die verschiedenen Ansätze bei *Linarelli*, in: P. Berman (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism* (2020), 689, 720 ff.

<sup>129</sup> In diese Richtung etwa *Lowenfeld*, *Arb. Int'l* 6 (1990), 133, 144 f.

<sup>130</sup> In diese Richtung etwa *Goldman*, *RdC* 109 (1963), 347, 474 ff.; *Goldman*, *Archives phil. dr.* 9 (1964), 177 ff.; *Goldman*, *JDI* 106 (1979) 475 ff.

modell gepriesen,<sup>131</sup> von anderen hingegen als „neoliberal“ und anti-demokratisch gebrandmarkt wird.<sup>132</sup>

Die mittlerweile Bibliotheken füllende Debatte<sup>133</sup> wird allerdings nicht nur dadurch verkompliziert, dass über die verwendeten Begrifflichkeiten keineswegs Klarheit herrscht.<sup>134</sup> Schwerer noch dürfte wiegen, dass allzu oft ideologische Argumente im Vordergrund stehen und auf dieser Basis typischerweise deduktiv argumentiert wird. Empirische Untersuchungen einzelner grenzüberschreitender Ordnungsstrukturen hingegen haben lange Zeit eine vergleichsweise geringe Rolle gespielt.<sup>135</sup> Wie grenzüberschreitende Transaktionssicherheit für bestimmte Geschäftsarten des Wirtschaftslebens gewährleistet wird und welche Rolle hierbei privaten Ordnungsstrategien einerseits und dem staatlichen Recht andererseits zukommt, ist jedoch in erster Linie eine Tatsachenfrage,<sup>136</sup> die zunächst nur bereichsspezifisch beantwortet werden kann.<sup>137</sup> Erst die Beobachtung am konkreten Beispiel erlaubt dann möglicherweise verallgemeinerungsfähige Rückschlüsse.<sup>138</sup> Genau diesem induktiven Vorgehen ist der folgende Abschnitt verpflichtet, der sich mit dem Finanzverkehr einem seit Langem besonders aktiven Experimentierfeld für die Herausbildung grenzüberschreitender Ordnungs-

<sup>131</sup> Etwa *Benson*, SEJ 55 (1989), 644, 660 ff.; *Benson*, *The Enterprise of Law* (2011), passim.

<sup>132</sup> So insbesondere *Cutler*, *Private Power and Global Authority* (2003), 241 ff.

<sup>133</sup> Umfängliche Nachweise bei *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 2 ff.; *Calliess/Zumbansen*, *Rough Consensus and Running Code* (2010), 28 ff.; *Linarelli*, in: P. Berman (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism* (2020), 689, 719 ff.; *Ali*, in: Zumbansen (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Transnational Law* (2021), 437, 441 ff.

<sup>134</sup> *Felix Dasser* spricht treffend vom einem „Begriffs-Wirrwarr“; siehe *Dasser*, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und lex mercatoria* (1989), 63. Vgl. auch *Drahozal*, *Notre Dame L. Rev.* 80 (2005), 523, 529; *Goode*, *Int'l & Comp. L. Q.* 54 (2005), 539, 546.

<sup>135</sup> *Renner*, *KJ* 2010, 62, 64. Vgl. auch *Berger* u. a., *ZVglRWiss* 101 (2002), 12; *Michaels*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 14 (2007), 447, 449; *Cuniberti*, *Colum. J. Transnat'l L.* 52 (2013), 369, 372. *Berger* weist allerdings darauf hin, dass die Theorie der „neuen *lex mercatoria*“ in den 1950er und 60er Jahren ursprünglich durchaus induktiv aus empirischen Fallstudien der „Dijoner Schule“ um *Goldman* hervorgegangen ist; vgl. *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 2.

<sup>136</sup> *Calliess/Renner*, in: Gosewinkel/Schuppert (Hrsg.), *Politische Kultur im Wandel von Staatlichkeit* (2008), 205, 206; vgl. auch *Michaels*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 14 (2007), 447, 460.

<sup>137</sup> Exemplarisch für eine solche Herangehensweise stehen die einflussreichen Arbeiten *Lisa Bernsteins* zum grenzüberschreitenden Diamanten- und Baumwollhandel; siehe *Bernstein*, *J. Legal Stud.* 21 (1992), 115 ff.; *Bernstein*, *Mich. L. Rev.* 99 (2001), 1724 ff. Für einen anderen Wirtschaftsbereich – und mit durchaus abweichenden Beobachtungsergebnissen – *Feldman*, *Cal. L. Rev.* 94 (2006), 313, insbesondere 352 ff.

<sup>138</sup> Vgl. zu diesem Vorgehen schon *Goldschmidt*, *ZHR* 1 (1858), 1, 19.

strukturen annimmt<sup>139</sup> und aufzeigen wird, dass sich die vermeintliche Dichotomie zwischen staatlichen und privaten Lösungsstrategien zumindest in diesem Bereich kaum aufrechterhalten lässt.

## II. Lösungsstrategien der Praxis: Das Beispiel grenzüberschreitender Finanzgeschäfte

Das Unsicherheitsproblem grenzüberschreitender Transaktionen ist gerade im Finanzbereich allgegenwärtig.<sup>140</sup> Dank der Mobilität von Kapital und der Übertragungsmöglichkeiten moderner Finanztechnologie sind grenzüberschreitende Geschäfte hier nicht nur besonders einfach, sondern auch besonders häufig.<sup>141</sup> Während zahlreiche Waren und Dienstleistungen vorrangig für nationale oder regionale Märkte produziert werden, werden Finanzmittel dank heute nahezu vollständiger Währungskonvertibilität weltweit angeboten und nachgefragt und spielen örtliche Aspekte für viele Arten von Finanzgeschäften allenfalls eine untergeordnete Rolle. Insofern ist es kein Zufall, dass gerade Finanzmärkte stets zu den Vorreitern der wirtschaftlichen Globalisierung gehört haben.<sup>142</sup>

In augenfälligem Gegensatz hierzu ist jedoch der Grad der internationalen Privatrechtsvereinheitlichung und -harmonisierung im Finanzbereich ausgesprochen gering. Den bereits erwähnten Versuchen einer Teilvereinheitlichung des Rechts der Forderungsabtretung,<sup>143</sup> des Finanzierungsleasings,<sup>144</sup> einzelner Kreditsicherheiten<sup>145</sup> und des Wertpapierhandels<sup>146</sup> war bislang wenig Erfolg beschieden. Auch deshalb war der Finanzsektor schon frühzeitig mit der Frage nach alternativen oder zumindest ergänzenden Möglichkeiten zur Herstellung grenzüberschreitender Erwartungssicherheit konfrontiert und hat hierfür entsprechend ausdifferenzierte Antworten gefunden. Dies soll im Folgenden anhand von

---

<sup>139</sup> Vgl. *Nobel*, in: Nobel (Hrsg.), *International Standards and the Law* (2005), 43, 44 ff.

<sup>140</sup> Vgl. *Mugasha*, BFLR 26 (2011), 381, 391.

<sup>141</sup> *Köndgen*, in: Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 277, 280. Vgl. auch *Behrens*, in: FS Max-Planck-Institut für Privatrecht (2001), 381, 382 f.; *Ahdieh*, Conn. L. Rev. 38 (2006), 863, 883 f.; *Mugasha*, BFLR 26 (2011), 381, 391.

<sup>142</sup> *Köndgen*, in: Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 277, 280.

<sup>143</sup> UN Convention on the Assignment of Receivables in International Trade 2001 (noch nicht in Kraft); UNIDROIT Convention on International Factoring 1988 (9 Vertragsstaaten).

<sup>144</sup> UNIDROIT Convention on International Financial Leasing 1988 (11 Vertragsstaaten); UNIDROIT Model Law on Leasing 2008.

<sup>145</sup> Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment 2001 (85 Vertragsstaaten); Aircraft Protocol 2001 (82 Vertragsstaaten).

<sup>146</sup> Hague Securities Convention 2006 (3 Vertragsstaaten); Geneva Securities Convention 2009 (noch nicht in Kraft).

drei Transaktionstypen veranschaulicht werden, die zwar sehr unterschiedliche Säulen des Finanzgeschäfts betreffen, aber dennoch von verblüffend ähnlichen grenzüberschreitenden Ordnungsstrukturen getragen werden: dem Dokumentenakkreditiv, dem Konsortialkredit und dem Kreditderivat.<sup>147</sup>

### *1. Dokumentenakkreditive und die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche der ICC*

Das Dokumentenakkreditiv ist ein vor allem im Bereich der Außenhandelsfinanzierung eingesetztes Instrument zur Zahlungsabwicklung,<sup>148</sup> dessen Ursprünge bis ins Mittelalter zurückverfolgt werden können.<sup>149</sup> Bis Mitte des 20. Jahrhunderts hatte sich das Dokumentenakkreditiv zur weithin dominierenden Zahlungsabwicklungsmethode des Welthandels entwickelt.<sup>150</sup> Und auch heute noch wird es in der Außenhandelspraxis trotz der zwischenzeitlich hinzugetretenen Konkurrenz durch zahlreiche neuartige Zahlungstechniken regelmäßig verwendet.<sup>151</sup> Jüngere Erhebungen gehen von einem jährlichen Abwicklungsvolumen von über vier Billionen US-Dollar und einer tendenziell steigenden Nachfrage aus<sup>152</sup> – nicht zuletzt aufgrund der Innovationsoffenheit des Instruments, das sich bei-

<sup>147</sup> Der Begriff der „Finanztransaktion“ wird hier weit verstanden und auf sämtliche Arten der Kapitalübertragung bezogen, sei es zu Kapitalbeschaffungs-, Sicherungs- oder Zahlungszwecken. Ähnlich *Köndgen*, in: Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 277, 280 ff. Enger hingegen *Mugasha*, BFLR 26 (2011), 381, 389, der Methoden der Handelsfinanzierung und Verbrauchertransaktionen aus der Betrachtung ausnimmt.

<sup>148</sup> *Berger*, in: FS Schütze (1999), 103, 104; *D. Ehrlich*, in: Kronke/Melis/Kuhn (Hrsg.), *Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht* (2. Aufl. 2017), 1155, Rn. 222.

<sup>149</sup> So jedenfalls *Basedow*, *The Law of Open Societies* (2015), 102 f. Demgegenüber von einem Ursprung erst im 19. Jahrhundert ausgehend *Horn*, in: FS Schmidt (2009), 705, 706; *Schütze/Vorpeil*, *Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr* (7. Aufl. 2016), 29; *Haas*, in: Ellenberger/Bunte (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch* (6. Aufl. 2022), § 103, Rn. 6.

<sup>150</sup> Schätzungen gehen von einer Verwendung in 80 % aller damaligen Außenhandelsgeschäfte aus; siehe *Wedemann*, in: MüKo HGB, Band 6 (4. Aufl. 2019), H. Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handel, Rn. 4.

<sup>151</sup> *Schütze/Vorpeil*, *Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr* (7. Aufl. 2016), 29 f.; *Wedemann*, in: MüKo HGB, Band 6 (4. Aufl. 2019), H. Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handel, Rn. 4.

<sup>152</sup> Vgl. *Allied Market Research*, *Letter of Credit Confirmation Market by L/C Type and End User: Global Opportunity Analysis and Industry Forecast 2021–2030* (2021), abrufbar unter <<https://www.alliedmarketresearch.com/letter-of-credit-confirmation-market-A06312>>; vgl. auch *Wedemann*, in: MüKo HGB, Band 6 (4. Aufl. 2019), H. Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handel, Rn. 4. Im Jahr 2006 hatte das Abwicklungsvolumen noch lediglich rund eine Billion US-Dollar betragen; vgl. *Levit*, *Emory L. J.* 57 (2008), 1147, 1151 m. w. N.



spielsweise als eines der ersten praktischen Anwendungsfelder der Blockchain-Technologie erwiesen hat.<sup>153</sup>

a) *Wirtschaftliche Funktion und vertragliche Ausgestaltung*

Ausgangspunkt des Dokumentenakkreditivs ist die bei grenzüberschreitenden Handelsgeschäften im Regelfall wegen räumlicher Distanzen unvermeidbare Ungleichzeitigkeit von Leistung und Gegenleistung – typischerweise der Lieferung einer Ware und der Zahlung eines Kaufpreises –, aus welcher für die in Vorleistung tretende Partei ein erhöhtes Risiko der ausbleibenden oder unvollständigen Gegenleistung resultiert.<sup>154</sup> Das Dokumentenakkreditiv entschärft diese Problematik, indem es durch vertragliche Einbeziehung mindestens einer weiteren Partei in die Transaktionsabwicklung eine künstliche „Zug-um-Zug Situation“ erzeugt.<sup>155</sup>

Grundlage hierfür ist zunächst eine Akkreditivvereinbarung zwischen dem Zahlungsschuldner (im Regelfall dem Warenimporteur bzw. Käufer) und dem Zahlungsgläubiger (im Regelfall dem Warenexporteur bzw. Verkäufer). Mit dieser Akkreditivvereinbarung, die meist schon zusammen mit dem Grundgeschäft (im Regelfall einem Kauf- bzw. Liefervertrag) geschlossen wird, wird der Zahlungsschuldner zur Akkreditivöffnung verpflichtet und werden die näheren Bedingungen der Zahlungsabwicklung festgelegt. An der Zahlungsabwicklung selbst sind dann neben dem Zahlungsschuldner (*applicant*) und dem Zahlungsgläubiger (*beneficiary*) auch ein vermittelndes Kreditinstitut als Akkreditivbank (*issuing bank*) und optional die Hausbank des Zahlungsgläubigers als Avisbank, Korrespondenzbank, Zahlstelle oder bestätigende Bank mit eigener Zahlungsverpflichtung beteiligt.<sup>156</sup>

Die in der Akkreditivvereinbarung zugesagte Akkreditivöffnung durch den Zahlungsschuldner erfolgt, indem dieser mit der Akkreditivbank (typischerweise seiner Hausbank) einen Auftrag oder einen Geschäftsbesorgungsvertrag schließt, in dessen Rahmen sich die Akkreditivbank zur weisungsgemäßen Zahlung an

---

<sup>153</sup> Siehe *FAZ* vom 14.5.2018, Erste Handelsfinanzierung über Blockchain geschlossen, abrufbar unter <<https://www.faz.net/aktuell/finanzen/digital-bezahlen/erste-handelsfinanzierung-ueber-blockchain-geschlossen-15588923.html>>.

<sup>154</sup> Vgl. *Snyder*, *Ohio St. L. J.* 64 (2003), 371, 389; *Levit*, *Emory L. J.* 57 (2008), 1147, 1166.

<sup>155</sup> *Buck-Heeb/Dieckmann*, *Selbstregulierung im Privatrecht* (2010), 148; *Köndgen*, in: *Calliess*, (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 277, 280.

<sup>156</sup> *D. Ehrlich*, in: *Kronke/Melis/Kuhn* (Hrsg.), *Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht* (2. Aufl. 2017), 1155, 1160 f., Rn. 235 ff.; *J. Zahn/Eberding/D. Ehrlich*, *Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel* (6. Aufl. 2019), 36, Rn. 2/3; *Haas*, in: *Ellenberger/Bunte* (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch* (6. Aufl. 2022), § 103, Rn. 28 ff.; vgl. auch *von Bar*, *ZHR* 152 (1988), 38, 42 f.; *Basedow*, *The Law of Open Societies* (2015), 103 f.

den Zahlungsgläubiger bzw. an dessen Hausbank verpflichtet.<sup>157</sup> Auf dieser Grundlage gibt die Akkreditivbank daraufhin dem Zahlungsgläubiger gegenüber – meist unter Zwischenschaltung von dessen Hausbank – ein abstraktes Zahlungsverprechen ab, welches allein an die aufschiebende Bedingung geknüpft ist, dass dieser der Akkreditivbank die in der Akkreditivvereinbarung festgelegten Dokumente fristgerecht vorlegt.<sup>158</sup> Üblicherweise handelt es sich hierbei um Dokumente, die den ordnungsgemäßen Versand der Ware bestätigen und vom jeweils eingeschalteten Transportunternehmen ausgestellt werden (beispielsweise Konnossemente, Ladescheine, Frachtbriefe, Gewichtszertifikate oder Versicherungsdokumente).<sup>159</sup> Nimmt der Zahlungsgläubiger das abstrakte Zahlungsverprechen der Akkreditivbank an und legt dieser sodann, meist übermittelt durch seine Hausbank, die erforderlichen Dokumente binnen der vereinbarten Frist vor, zahlt die Akkreditivbank aus eigenen Mitteln den geschuldeten Betrag – und zwar unabhängig davon, ob das Grundgeschäft zwischen Zahlungsgläubiger und Zahlungsschuldner im Übrigen ordnungsgemäß abgewickelt worden ist oder ob sonstige Einwendungen aus diesem Grundverhältnis bestehen.<sup>160</sup> Schließlich zieht die Akkreditivbank den für die Zahlung an den Zahlungsgläubiger aufgewendeten Betrag vom Zahlungsschuldner ein.

Das folgende Schaubild verdeutlicht Struktur, Vertragsbeziehungen und typische Abfolge der Zahlungsabwicklung per Dokumentenakkreditiv:<sup>161</sup>

<sup>157</sup> D. Ehrlich, in: Kronke/Melis/Kuhn (Hrsg.), Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht (2. Aufl. 2017), 1155, 1159, Rn. 233.

<sup>158</sup> Häberle, in: Häberle (Hrsg.), Handbuch für Kaufrecht, Rechtsdurchsetzung und Zahlungssicherung im Außenhandel (2. Aufl. 2010), 755, 757 f.; D. Ehrlich, in: Kronke/Melis/Kuhn (Hrsg.), Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht (2. Aufl. 2017), 1155, 1159, Rn. 234; vgl. auch Berger, in: FS Schütze (1999), 103, 106 f.; Levit, Yale J. Int'l L. 30 (2005), 125, 134.

<sup>159</sup> Mit weiteren Beispielen von Bar, ZHR 152 (1988), 38, 41; Basedow, The Law of Open Societies (2015), 103; Beck/Dietenberger, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar (3. Aufl. 2020), 23. Kapitel, Rn. 12.

<sup>160</sup> Berger, in: FS Schütze (1999), 103, 107; Levit, Yale J. Int. L. 30 (2005), 125, 133.

<sup>161</sup> Neben der hier dargestellten Grundform des Dokumentenakkreditivs bestehen besondere Varianten, beispielsweise der vor allem unter US-amerikanischen Banken verbreitete *Stand-by Letter of Credit*, bei dem die Zahlungspflicht aus dem Akkreditiv nur für den Eintritt eines in den Akkreditivbedingungen definierten Sicherungsfalls eintritt; siehe hierzu Berger, in: FS Schütze (1999), 103, 105 f. sowie die Übersicht bei Häberle, in: Häberle (Hrsg.), Handbuch für Kaufrecht, Rechtsdurchsetzung und Zahlungssicherung im Außenhandel (2. Aufl. 2010), 755, 761 ff.





Die wirtschaftliche Hauptfunktion des Dokumentenakkreditivs liegt in der Risikominimierung für beide Transaktionsparteien des Grundgeschäfts: Aus Sicht des Zahlungsgläubigers wird das Risiko eines Zahlungsausfalls des Zahlungsschuldners abgelöst durch das in aller Regel wesentlich geringere Risiko eines Zahlungsausfalls der aus dem abstrakten Zahlungsverprechen verpflichteten Akkreditivbank.<sup>162</sup> Typischerweise lässt sich die Akkreditivforderung zudem einfacher durchsetzen als der Zahlungsanspruch aus dem Grundverhältnis,<sup>163</sup> weshalb sie bei Bedarf auch leichter weiterveräußert oder als Sicherungsmittel eingesetzt werden kann.<sup>164</sup> Aus Sicht des Zahlungsschuldners wiederum wird das Risiko einer ausbleibenden oder unvollständigen Gegenleistung des Zahlungs-

<sup>162</sup> *Levit*, Emory L. J. 57 (2008), 1147, 1169; *Wedemann*, in: MüKo HGB, Band 6 (4. Aufl. 2019), H. Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handel, Rn. 3; *Jarass*, Privates Einheitsrecht (2019), 161; *Calliess/Jarass*, in: P. Berman (Hrsg.), The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism (2020), 748, 760; *Haas*, in: Ellenberger/Bunte (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch (6. Aufl. 2022), § 103, Rn. 7.

<sup>163</sup> Vgl. *Häberle*, in: Häberle (Hrsg.), Handbuch für Kaufrecht, Rechtsdurchsetzung und Zahlungssicherung im Außenhandel (2. Aufl. 2010), 755, 758.

<sup>164</sup> *Levit*, Yale J. Int'l L. 30 (2005), 125, 134; *Levit*, Emory L. J. 57 (2008), 1147, 1169; *Schütze/Vorpeil*, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr (7. Aufl. 2016), 31.

gläubigers im Falle einer Vorauszahlung insoweit minimiert, als die von der Akkreditivbank vorgenommene Überprüfung der Versanddokumente erhöhte Gewähr für eine ordnungsgemäße Erfüllung bietet.<sup>165</sup> Überdies kann das Dokumentenakkreditiv für den Zahlungsschuldner eine kurzfristige Kreditierungsfunktion haben: Da zunächst die Akkreditivbank auf das fällig werdende Zahlungsverprechen aus eigenen Mitteln zahlt und den geleisteten Betrag erst im Anschluss vom Zahlungsschuldner einzieht, hat dieser unter Umständen länger Gelegenheit, etwaige Liquiditätsengpässe zu überwinden oder vorhandenes Kapital anderweitig zu nutzen.<sup>166</sup> Zudem besteht die Möglichkeit der Kombination mit einer darüber hinausgehenden Kreditvereinbarung zwischen Akkreditivbank und Zahlungsschuldner.<sup>167</sup> Schließlich wird auch der Zahlungsgläubiger aufgrund der erhöhten Sicherheit, die ihm das Akkreditiv bietet, erforderlichenfalls eher zu einer Forderungsstundung zugunsten des Zahlungsschuldners bereit sein.<sup>168</sup>

#### b) Das grenzüberschreitende Ordnungsregime der Dokumentenakkreditive

Das Dokumentenakkreditiv wurde nicht am Reißbrett eines staatlichen Gesetzgebers, sondern über einen langen Zeitraum in der Bank- und Handelspraxis entwickelt.<sup>169</sup> Eine explizite gesetzliche Regelung des Instruments in den zivil- und handelsrechtlichen Kodifikationen des 19. und 20. Jahrhunderts blieb aus und wurde auch bis heute nicht oder allenfalls in Ansätzen nachgeholt.<sup>170</sup> Mangels einer

<sup>165</sup> *Levit*, Yale J. Int'l L. 30 (2005), 125, 134; *Levit*, Emory L. J. 57 (2008), 1147, 1169; *Schütze/Vorpeil*, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr (7. Aufl. 2016), 31; *Jarass*, Privates Einheitsrecht (2019), 161; *Calliess/Jarass*, in: P. Berman (Hrsg.), The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism (2020), 748, 760.

<sup>166</sup> *Levit*, Yale J. Int'l L. 30 (2005), 125, 134; *Levit*, Emory L. J. 57 (2008), 1147, 1169; *Schütze/Vorpeil*, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr (7. Aufl. 2016), 31; *Wedemann*, in: MüKo HGB, Band 6 (4. Aufl. 2019), H. Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handel, Rn. 3; *J. Zahn/Eberding/D. Ehrlich*, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel (6. Aufl. 2019), 38, Rn. 2/6; *Haas*, in: Ellenberger/Bunte (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch (6. Aufl. 2022), § 103, Rn. 7.

<sup>167</sup> *Häberle*, in: Häberle (Hrsg.), Handbuch für Kaufrecht, Rechtsdurchsetzung und Zahlungssicherung im Außenhandel (2. Aufl. 2010), 755, 758; *Joos*, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar (3. Aufl. 2020), 19. Kapitel, Rn. 10.

<sup>168</sup> Vgl. *Schütze/Vorpeil*, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr (7. Aufl. 2016), 31.

<sup>169</sup> Vgl. *J. Zahn/Eberding/D. Ehrlich*, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel (6. Aufl. 2019), 42 f., Rn. 2/15; ferner *Jarass*, Privates Einheitsrecht (2019), 162; *Calliess/Jarass*, in: P. Berman (Hrsg.), The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism (2020), 748, 760.

<sup>170</sup> *Schütze/Vorpeil*, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr (7. Aufl. 2016), 5 f.; *D. Ehrlich*, in: Kronke/Melis/Kuhn (Hrsg.), Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht (2. Aufl. 2017), 1155, 1156, Rn. 224; *J. Zahn/Eberding/D. Ehrlich*, Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel (6. Aufl. 2019), 42 f., Rn. 2/15; *Haas*, in: Ellenberger/Bunte (Hrsg.),

zentralen Regelungsinstanz blieb das Vereinheitlichungspotenzial der Akkreditivpraxis jedoch zunächst begrenzt. Zwar kristallisierte sich unter den Teilnehmern des grenzüberschreitenden Handels- und Finanzverkehrs mit der Zeit ein gemeinsames Grundverständnis über die Funktionsweise von Akkreditiven heraus, doch blieb deren konkrete Ausgestaltung dem jeweiligen Einzelfall überlassen und war dabei häufig von den Besonderheiten der nur zum Teil aufeinander abgestimmten nationalen oder regionalen Bankenpraxis gekennzeichnet.<sup>171</sup> „Das“ Dokumentenakkreditiv als einheitliche Gestaltungsform gab es demnach lange Zeit nicht.

*aa) Die ICC als institutionelles Zentrum: Zielsetzung und Organisationsstruktur*

Die Ausfüllung dieser Lücke sollte zu einem der ersten Projekte der *International Chamber of Commerce* (ICC) werden, die 1919 als branchenübergreifende private Wirtschaftsorganisation in Atlantic City gegründet wurde und in der Rechtsform eines Vereins nach französischem Recht mit dem Hauptsitz Paris operiert. Zum primären Organisationsziel der ICC wurde – auch in Reaktion auf die Zersplitterung der globalen Handels-, Finanz- und Investitionsbeziehungen im Zuge des Ersten Weltkriegs und in Ansehung der friedensfördernden Wirkung des wirtschaftlichen Austauschs – die Vereinfachung des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs durch Harmonisierung und Vereinheitlichung der internationalen Handelspraxis bestimmt.<sup>172</sup> Mittlerweile repräsentiert die ICC bei diesem Unterfangen mehr als 45 Millionen Mitglieder<sup>173</sup> – darunter vor allem Unternehmen, nationale Industrie- und Handelskammern und Branchenverbände, aber auch Anwaltskanzleien und Einzelkaufleute<sup>174</sup> – und gilt mit über 90 Nationalkomitees,<sup>175</sup> Vertretungen in über 130 Ländern sowie Akkreditierungen bei den

---

Bankrechts-Handbuch (6. Aufl. 2022), § 103, Rn. 9. Ein Beispiel für eine gesetzliche Regelung bietet Art. 5 UCC der USA, der zwar lediglich Mustercharakter hat, jedoch von den meisten US-Bundesstaaten übernommen worden ist. Die Regel stellt allerdings dispositives Recht dar und ist zudem auf die ERA abgestimmt; vgl. *Snyder*, Ohio St. L. J. 64 (2003), 371, 391.

<sup>171</sup> Vgl. *Jarass*, Privates Einheitsrecht (2019), 162; *Haas*, in: Ellenberger/Bunte (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch (6. Aufl. 2022), § 103, Rn. 10 f.

<sup>172</sup> Siehe hierzu die Präambel der ICC Constitution, abrufbar unter <<https://iccwbo.org/constitution/>>. Vgl. auch *Jiménez*, Unif. L. Rev. 2 (1996), 284; *Calliess/Jarass*, in: P. Berman (Hrsg.), The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism (2020), 748, 758.

<sup>173</sup> Vgl. die Angaben auf <<https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/>>.

<sup>174</sup> *Calliess/Jarass*, in: P. Berman (Hrsg.), The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism (2020), 748, 758. Zu den Mitgliedschaftsbedingungen allgemein *Levit*, Yale J. Int'l L. 30 (2005), 125, 195 f.; am Beispiel des deutschen Nationalkomitees Art. III der Satzung der ICC Germany, abrufbar unter <[https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2021/02/Satzung\\_Fassung\\_14.\\_Mai\\_2014.pdf](https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2021/02/Satzung_Fassung_14._Mai_2014.pdf)>.

<sup>175</sup> Siehe für das Beispiel des deutschen Nationalkomitees die umfanglichen Informationen unter <<https://www.iccgermany.de/ueber-icc-germany/>>.

wichtigsten Internationalen Organisationen als größte und einflussreichste Wirtschaftsorganisationen der Welt.<sup>176</sup>

Die ICC weist heute eine komplexe, hochgradig ausdifferenzierte Organisationsstruktur auf. Oberstes Entscheidungsgremium ist der aus Delegierten der Nationalkomitees gebildete World Council, der üblicherweise zweimal pro Jahr zusammentritt und unter anderem für die Wahl der Exekutivorgane der ICC – diese umfassen den Chairman und Vice-Chairman, den Generalsekretär sowie das für die Geschäftsleitung zuständige Executive Board – verantwortlich ist.<sup>177</sup> Dem Executive Board gehören bis zu 28 Mitglieder aus unterschiedlichen Wirtschaftszweigen an, die für je dreijährige Amtszeiten von den im World Council versammelten Delegationen der Nationalkomitees sowie den Direktmitgliedern der ICC gewählt werden.<sup>178</sup> Ihm unterstehen zahlreiche Fachkommissionen, innerhalb derer die Sacharbeit der ICC geleistet wird und deren größte die „Kommission für Banktechnik und -praxis“ (Bankenkommission) ist. Während die Kommissionsvorsitzenden für dreijährige Amtszeiten direkt vom Executive Board der ICC ernannt werden, setzen sich die übrigen Kommissionsmitglieder aus Delegierten zusammen, die von den Nationalkomitees und den Direktmitgliedern der ICC entsandt werden.<sup>179</sup> Auf Ebene der Nationalkomitees wiederum werden die Geschäfte von einem Präsidium geleitet, dessen Angehörige auf jährlichen Mitgliederversammlungen von den jeweiligen nationalen ICC-Mitgliedern per Mehrheitsbeschluss gewählt werden und bei dessen Zusammensetzung ebenfalls auf eine ausgewogene Vertretung verschiedener Branchen geachtet wird.<sup>180</sup> Das Präsidium wählt seinerseits einen nationalen Hauptausschuss, der es bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben unterstützt sowie die jährlichen Mitgliedsbeiträge festlegt und in dem Repräsentanten sowohl unterschiedlicher Wirt-

---

<sup>176</sup> Vgl. zu dieser Einschätzung *Hopt*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Band 1 (2009), 896; *Shaffer*, Conn. L. Rev. 42 (2009), 147, 173; aus historischer Perspektive *Slobodian*, *Globalists* (2018), 34 ff.

<sup>177</sup> *Kelly*, *New Political Econ.* 10 (2005), 259, 263 f. Eine umfassende Liste der Zuständigkeiten sowie Einzelheiten des Abstimmungsverfahrens des World Council enthält Art. 5 ICC Constitution. Die Aufgaben und Befugnisse der einzelnen Exekutivorgane sind in den Art. 6 bis 9 ICC Constitution geregelt.

<sup>178</sup> Erforderlich ist eine einfache Mehrheit, die mindestens ein Drittel der abgegebenen Stimmen umfasst (vgl. Art. 5 ICC Constitution). Die aktuell 20 Mitglieder des Executive Board stammen aus 18 Ländern. Neben Führungspersonal aus Industrie und Finanzwirtschaft sind auch Vertreter nationaler Handelskammern, Anwälte und Unternehmensberater vertreten. Die aktuelle Besetzung ist einsehbar unter <<https://iccwbo.org/about-us/governance/executive-board-2/>>.

<sup>179</sup> Vgl. Art. 11 ICC Constitution.

<sup>180</sup> Vgl. am Beispiel des deutschen Nationalkomitees Art. VII Abs. 2 und Abs. 3, Art. VIII Abs. 2, Art. IX Abs. 1 der Satzung der ICC Germany, wonach unter anderem die Vorschlagsrechte für Präsidiumsmitglieder auf verschiedene Branchenorganisationen verteilt sind.

schaftszweige als auch verschiedener Regionen versammelt sind.<sup>181</sup> Einen Antrag auf Mitgliedschaft in einem Nationalkomitee kann jede natürliche oder juristische Person oder Personenvereinigung stellen, die dem Geschäftsleben des jeweiligen Staates angehört.<sup>182</sup> Besteht im Staat des Interessenten noch kein Nationalkomitee, ist ein Antrag auf Direktmitgliedschaft in der ICC möglich.<sup>183</sup>

*bb) Musterdokumente als primäres Handlungsinstrument*

Als einer der ersten Anwendungsfälle für den Vereinheitlichungsauftrag der ICC erschien das schon zum Gründungszeitpunkt der Organisation im Außenhandel verbreitete Dokumentenakkreditiv geradezu prädestiniert. Nach mehrjähriger Vorbereitung durch eine mit Experten aus der Bank- und Handelspraxis besetzte Arbeitsgruppe wurde 1933 eine erste Fassung der Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive (ERA; im Englischen Uniform Customs and Practice for Documentary Practices, UCP) veröffentlicht.<sup>184</sup> Mit diesem unverbindlichen Regelwerk sollte der Praxis ein einheitliches Muster für die vertragliche Ausgestaltung von Dokumentenakkreditiven an die Hand gegeben werden, wobei sich die ICC hierbei durchaus als Gegengewicht zu den bis dato weitgehend erfolglosen Bemühungen der von staatlicher Seite arrangierten internationalen Rechtsvereinheitlichung verstand.<sup>185</sup>

Auch die ERA stießen allerdings auf Anlaufschwierigkeiten und wurden zunächst nur zögerlich rezipiert,<sup>186</sup> wobei der sich im Erscheinungsjahr 1933 – inmitten der seit 1929 andauernden Weltwirtschaftskrise – bereits abzeichnende und letztlich im Zweiten Weltkrieg kulminierenden neuerliche Infarkt der internationalen Beziehungen erschwerend hinzukam. Nach Kriegsende und zu Beginn der 1950er Jahre aber begannen sich die ERA in der Breite durchzuset-

---

<sup>181</sup> Vgl. am Beispiel des deutschen Nationalkomitees Art. X Abs. 1 lit. d, Art. XI Abs. 11, Art. XII der Satzung der ICC Germany. Die Leitung des Tagesgeschäfts des Nationalkomitees überträgt das Präsidium hingegen einem nationalen Generalsekretär, Art. XIII Abs. 1 der Satzung der ICC Germany.

<sup>182</sup> Vgl. am Beispiel des deutschen Nationalkomitees Art. III der Satzung der ICC Germany. Der Antrag ist abrufbar unter <[https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2021/02/ICC\\_Germany\\_Flyer\\_Mitgliedschaft.pdf](https://www.iccgermany.de/wp-content/uploads/2021/02/ICC_Germany_Flyer_Mitgliedschaft.pdf)>.

<sup>183</sup> Vgl. Art. 4 ICC Constitution.

<sup>184</sup> *Schütze/Vorpeil*, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr (7. Aufl. 2016), 6; *Wedemann*, in: MüKo HGB, Band 6 (4. Aufl. 2019), H. Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handel, Rn. 6.

<sup>185</sup> *Jarass*, Privates Einheitsrecht (2019), 132; *Calliess/Jarass*, in: P. Berman (Hrsg.), The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism (2020), 748, 761; vgl. auch die Selbstbeschreibung der ICC unter <<https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/>>.

<sup>186</sup> Vgl. *H. Berman/Kaufmann*, Harv. Int'l L. J. 19 (1978), 221, 250 f.; *Haas*, in: Ellenberger/Bunte (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch (6. Aufl. 2022), § 103, Rn. 11.



zen.<sup>187</sup> Heute stellt das mittlerweile in siebter Fassung erschienene Regelwerk (ERA 600 vom 1.7.2007<sup>188</sup>) den gänzlich unangefochtenen Standard der Dokumentenakkreditivgestaltung dar und wird nahezu allen einschlägigen Vertragsabreden zugrunde gelegt, unabhängig davon, welchem staatlichen Recht die Vertragsverhältnisse der Beteiligten im Übrigen unterliegen.<sup>189</sup> In nunmehr 39 Artikeln werden neben allgemeinen Begriffsdefinitionen und Auslegungsregeln genaue Vorgaben zu den Pflichten der Akkreditivparteien, zur Änderung von Akkreditivbedingungen, zur Dokumentenprüfung und zu gängigen Dokumententypen, zu Haftungsfragen sowie zur Übertragbarkeit von Akkreditiven getroffen.<sup>190</sup> Seit 2002 enthalten die ERA darüber hinaus einen Anhang mit Vorgaben zur elektronischen Dokumentenvorlage („el.ERA“).<sup>191</sup>

### cc) Genese der Musterdokumente

Für die Erstellung und Überarbeitung der ERA ist innerhalb des Organisationsgefüges der ICC primär deren Bankenkommission verantwortlich,<sup>192</sup> die sich heute – mit nicht unbegründetem Selbstbewusstsein – als „global forum and rule-making body for the banking industry“ versteht.<sup>193</sup> Bei den derzeit rund 600 Kommissionsmitgliedern handelt es sich überwiegend um Experten aus der Bank-, Rechtsberatungs- oder Transportpraxis,<sup>194</sup> zum Teil aber auch um Rechts-

<sup>187</sup> Vgl. *Levit*, Yale J. Int'l L. 30 (2005), 125, 135; *Schütze/Vorpeil*, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr (7. Aufl. 2016), 6 f.

<sup>188</sup> Abgedruckt etwa in der Kommentierung von *Grundmann*, in: Grundmann (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Band 1 (2020), 3. Teil, Rn. 557 ff.

<sup>189</sup> *Jiménez*, Unif. L. Rev. 2 (1996), 284, 292; *Horn*, in: Berger (Hrsg.), The Practice of Transnational Law (2001), 67, 78; *Snyder*, Ohio St. L. J. 64 (2003), 371, 394; *Basedow*, in: Jansen/Michaels (Hrsg.), Beyond the State (2008), 281, 288; *Schütze/Vorpeil*, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr (7. Aufl. 2016), 27; *Calliess/Jarass*, in: P. Berman (Hrsg.), The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism (2020), 748, 761.

<sup>190</sup> Detaillierte Darstellung der Einzelschriften bei *Holzwarth*, IHR 2007, 136, 138 ff.; *Hopt*, in: Hopt (Hrsg.), HGB (42. Aufl. 2023), (11) Einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive (ERA); im Überblick *Levit*, Emory L. J. 57 (2008), 1147, 1171 ff.; *Jarass*, Privates Einheitsrecht (2019), 163 ff.

<sup>191</sup> Aktuelle Fassung abrufbar unter <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/06/icc-uniform-customs-practice-credits-v2-0.pdf>>. Siehe dazu *Schütze/Vorpeil*, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr (7. Aufl. 2016), 12 f.; *D. Ehrlich*, in: Kronke/Melis/Kuhn (Hrsg.), Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht (2. Aufl. 2017), 1155, 1157, Rn. 227.

<sup>192</sup> *Calliess/Jarass*, in: P. Berman (Hrsg.), The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism (2020), 748, 761.

<sup>193</sup> Vgl. den Internetauftritt der ICC Bankenkommission unter <<https://iccwbo.org/global-issues-trends/banking-finance/>>; siehe auch *Levit*, Emory L. J. 57 (2008), 1147, 1170.

<sup>194</sup> *Levit*, Yale J. Int'l L. 30 (2005), 125, 136.

und Wirtschaftswissenschaftler.<sup>195</sup> Die ständigen Organe der Bankenkommission sind ein Advisory Board, welches Zielsetzungen und Prioritäten der Kommissionsarbeit festlegt, ein für deren Umsetzung zuständiges Executive Committee sowie eine Reihe von spezialisierten Task Forces und Working Groups.<sup>196</sup> Für konkrete Projekte – wie namentlich die regelmäßige Überarbeitung der ERA – wird aus Mitgliedern der Bankenkommission jeweils eine spezielle Drafting Group gebildet, die in der Regel aus sechs bis zehn Experten aus bewusst unterschiedlichen Praxisfeldern und Rechtskreisen besteht.<sup>197</sup> Diese Drafting Group erstellt daraufhin unter Einbeziehung von seit der vorherigen Fassung der ERA ergangenen Gerichtsentscheidungen zum Dokumentenakkreditiv sowie von Stellungnahmen und Vorschlägen der Nationalkomitees und weiterer ICC-Kommissionen (z. B. der Kommissionen für Transport, Versicherung und Handelsrecht) einen Textentwurf, der auf verwandte ICC-Musterdokumente abgestimmt wird (z. B. auf die Einheitlichen Richtlinien für auf Anfordern zahlbare Bankgarantien, ERAG; im Englischen Uniform Rules for Demand Guarantees, URDG).<sup>198</sup> Auch Regierungsvertretern und Kreditinstituten aus Staaten, die selbst nicht in der ICC oder zumindest nicht in der Bankenkommission repräsentiert sind, wird die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben,<sup>199</sup> ebenso fachnahen Internationalen Organisationen.<sup>200</sup> Nach Abschluss der Beratungen der Drafting Group wird der erarbeitete Textentwurf sodann in einer um Vertreter aus weiteren Staaten ergänzten Consultative Group diskutiert und, wenn auch dort ein Konsens erzielt worden ist, der Gesamtheit der Mitglieder der Bankenkommission zur Abstimmung vorgelegt.<sup>201</sup> Erhält der Entwurf dort eine Mehrheit,<sup>202</sup> muss er noch durch das Executive Board der ICC angenommen werden, bevor er schließlich veröffentlicht wird.<sup>203</sup>

---

<sup>195</sup> Vgl. *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 91.

<sup>196</sup> Vgl. die offizielle Präsentation ICC, ICC Banking Commission (2019), abrufbar unter <[https://www.cac.com.ar/data/documentos/24\\_Banking%20Commission%20at%20a%20Glance.pdf](https://www.cac.com.ar/data/documentos/24_Banking%20Commission%20at%20a%20Glance.pdf)>, 4 f.

<sup>197</sup> *Holzwarth*, IHR 2007, 136, 137; *Maurer*, *Lex Maritima* (2012), 72.

<sup>198</sup> Vgl. *Levit*, *Yale J. Int'l L.* 30 (2005), 125, 136; *Levit*, *Emory L. J.* 57 (2008), 1147, 1173; *Holzwarth*, IHR 2007, 136, 137; *Maurer*, *Lex Maritima* (2012), 72.

<sup>199</sup> *Schütze/Vorpeil*, *Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr* (7. Aufl. 2016), 4.

<sup>200</sup> *Shaffer*, *Conn. L. Rev.* 42 (2009), 147, 175.

<sup>201</sup> *Holzwarth*, IHR 2007, 136, 137; *Maurer*, *Lex Maritima* (2012), 72 f.; *Calliess/Jarass*, in: P. Berman (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism* (2020), 748, 761.

<sup>202</sup> Zur Stimmverteilung *Levit*, *Yale J. Int'l L.* 30 (2005), 125, 136 f.

<sup>203</sup> Vgl. *Levit*, *Yale J. Int'l L.* 30 (2005), 125, 136 f.



## dd) Begleitinstrumente und -mechanismen

Die ERA stehen zwar im Zentrum der Bemühungen der ICC zur Vereinheitlichung der grenzüberschreitenden Vertragspraxis des Dokumentenakkreditivs, werden jedoch von zahlreichen Begleitinstrumenten und -mechanismen flankiert. So erstellen die Mitglieder der Drafting Group etwa, um Auslegungszweifeln zuvorzukommen, zur jeweiligen Neuauflage der ERA einen detaillierten Kommentar, der von der ICC herausgegeben und zum Verkauf angeboten wird.<sup>204</sup> Zusätzlich vertreibt die ICC ein Benutzerhandbuch zum Dokumentenakkreditiv,<sup>205</sup> eine Sammlung von Fallstudien,<sup>206</sup> eine Fachzeitschrift (Documentary Credits INSight)<sup>207</sup> sowie einen regelmäßig aktualisierten Leitfaden (International Standard Banking Practice for the Examination of Documents under UCP 600<sup>208</sup>), der die Verwendung der ERA erleichtern soll. Überdies können Schulungen zum Umgang mit den ERA gebucht und Fortbildungszertifikate erworben werden.<sup>209</sup> Kommen in der Praxis dennoch Streit- und Zweifelsfragen zur Auslegung der ERA auf, die potenziell für eine Mehrzahl von Verwendern von Interesse sind, nimmt die Bankenkommission hierzu in Gutachten (Opinions) Stellung, welche über eine Datenbank für ICC-Mitglieder abrufbar sind und in regelmäßig erscheinenden Sammelbänden veröffentlicht werden.<sup>210</sup> Auch in nationalen Gerichtsverfahren, in welchen die ERA eine Rolle spielen, bringt sich die Bankenkommission mit *amicus curiae*-Eingaben ein, soweit das im jeweiligen Fall anwendbare Verfahrensrecht diese Form der Beteiligung zulässt.<sup>211</sup>

Darüber hinaus stellt die ICC seit 1997 für Einzelfallstreitigkeiten in Bezug auf die Anwendung unter anderem der ERA ein spezielles Streitbeilegungsverfahren bereit (ICC Documentary Instruments Dispute Resolution Expertise, DOCDEX),<sup>212</sup> welches vom ICC International Centre for Alternative Dispute

<sup>204</sup> ICC (Hrsg.), Commentary on UCP 600 (2007).

<sup>205</sup> W. Baker/Dolan, User's Handbook for Documentary Credits under UCP 600 (2009).

<sup>206</sup> Dekker (Hrsg.), More Case Studies on Documentary Credits (1991); Del Busto (Hrsg.), Case Studies on Documentary Credits under UCP 500 (1995).

<sup>207</sup> D. Ehrlich, in: Kronke/Melis/Kuhn (Hrsg.), Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht (2. Aufl. 2017), 1155, 1157, Rn. 226.

<sup>208</sup> ICC (Hrsg.), International Standard Banking Practice for the Examination of Documents under UCP 600 (2013).

<sup>209</sup> Etwa das Fortbildungsprogramm „Mentor 600 – Comprehensive Training in Documentary Credits (UCP 600)“, buchbar unter <<https://2go.iccwbo.org/mentor-600.html>>.

<sup>210</sup> Siehe <<http://library.iccwbo.org/tfb/tfb-iccopinions.htm>>. Übersicht bei Schütze/Vorpeil, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr (7. Aufl. 2016), 25, 310 ff.

<sup>211</sup> Vgl. das Beispiel bei Levit, Emory L. J. 57 (2008), 1147, 1205 f.

<sup>212</sup> Siehe <<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/docdex/>>. Die Verfahrensregeln sind abrufbar unter <<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/docdex/docdex-rules/>>. Vgl. hierzu die Darstellungen bei Levit, Yale J. Int'l L. 30 (2005), 125, 139 f.; Levit, Emory L. J. 57 (2008), 1147, 1175 ff.; Jarass, Privates Einheitsrecht (2019), 164 f.

Resolution administriert wird.<sup>213</sup> Das Verfahren kann von jeder Streitpartei durch schriftlichen Antrag eingeleitet werden.<sup>214</sup> Daraufhin wird dem Verfahrensgegner Gelegenheit zur Erwiderung gegeben und werden erforderlichenfalls ergänzende Informationen und Unterlagen angefragt.<sup>215</sup> Sodann wird ein dreiköpfiger Spruchkörper gebildet, dessen Mitglieder für jedes Einzelverfahren vom ICC International Centre for Alternative Dispute Resolution aus einer von der Bankenkommision erstellten Expertenliste ausgewählt werden.<sup>216</sup> Der Spruchkörper entscheidet die vorgelegte Streitigkeit sodann allein auf Grundlage der (elektronisch) eingereichten Schriftsätze und Unterlagen.<sup>217</sup> Die Entscheidung wird vor ihrer Verkündung noch durch einen Technical Advisor der Bankenkommision überprüft, um Kohärenz mit anderen DOCDEX-Entscheidungen und der bisherigen Auslegungspraxis der Bankenkommision sicherzustellen.<sup>218</sup> Die im DOCDEX-Verfahren ergehenden Entscheidungen sind zwar für sich genommen weder rechtlich bindend noch vollstreckbar – stehen insoweit also eher einem Schiedsgutachten als einem Schiedsspruch oder Urteil gleich<sup>219</sup> –, doch bleibt es den Streitparteien unbenommen, eine entsprechende Verbindlichkeit vertraglich zu vereinbaren.<sup>220</sup> Zudem kann den Entscheidungen in nachgelagerten Gerichts- oder Schiedsverfahren faktische Überzeugungskraft (*persuasive value*) zukommen.<sup>221</sup> Eine Auswahl von als besonders relevant eingestuften DOCDEX-Entscheidungen wird von der ICC in regelmäßig erscheinenden Sammelbänden veröffentlicht.<sup>222</sup>

Überdies betätigt sich die ICC im Bereich der Öffentlichkeitsarbeit und wirbt für die Verwendung der ERA auf internationaler wie nationaler Ebene.<sup>223</sup> Dass

---

<sup>213</sup> Schütze/Vorpeil, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr (7. Aufl. 2016), 309.

<sup>214</sup> Art. 3 DOCDEX Rules; vgl. Schütze/Vorpeil, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr (7. Aufl. 2016), 309.

<sup>215</sup> Art. 4 und 5 DOCDEX Rules.

<sup>216</sup> Art. 7 DOCDEX Rules; vgl. Schütze/Vorpeil, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr (7. Aufl. 2016), 309.

<sup>217</sup> Art. 9 DOCDEX Rules.

<sup>218</sup> Art. 9 Abs. 2 DOCDEX Rules, wonach der Technical Advisor die Entscheidung jedoch nur unter formalen Gesichtspunkten, nicht aber inhaltlich abändern darf, sondern den Spruchkörper insoweit allenfalls auf Bedenken hinweisen kann. Vgl. auch Levit, Emory L. J. 57 (2008), 1147, 1176; Schütze/Vorpeil, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr (7. Aufl. 2016), 309.

<sup>219</sup> Vgl. Wiebecke, SchiedsVZ 2008, 34, 36.

<sup>220</sup> Levit, Emory L. J. 57 (2008), 1147, 1204; Schütze/Vorpeil, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr (7. Aufl. 2016), 310; Vorpeil, in: FS Thümmel (2020), 947, 952.

<sup>221</sup> Vorpeil, in: FS Thümmel (2020), 947, 952.

<sup>222</sup> Etwa Collyer/Meynell (Hrsg.), Collected DOCDEX Decisions 2013–2016 (2017).

<sup>223</sup> Vgl. Basedow, RabelsZ 43 (1979), 116, 128, allerdings bezogen auf die ICC Incoterms.

dies mit großem Erfolg geschieht, zeigt sich nicht zuletzt daran, dass mittlerweile selbst UNCITRAL die Verwendung der ERA ausdrücklich empfiehlt.<sup>224</sup>

Mit den ERA und dessen Begleitinstrumenten ist es der ICC gelungen, einen einheitlichen Ordnungsrahmen für eine weltweit weitgehend kohärente Vertragspraxis der Verwendung von Dokumentenakkreditiven zu schaffen.<sup>225</sup> „Das“ Dokumentenakkreditiv war lange Zeit bloße Wunschvorstellung. Heute ist es das Dokumentenakkreditiv nach dem Muster der ERA, welches im Sinne einer bereichsspezifischen globalen „Charta“<sup>226</sup> für die Akteure der Außenhandels- und Finanzpraxis universelle Gestaltungs- und Auslegungsvorgaben festlegt, die zunehmend auch von staatlichen Gerichten herangezogen werden.<sup>227</sup>

## 2. Konsortialkredite und die Musterverträge der LMA

Die Außenhandelsfinanzierung ist jedoch bei weitem nicht der einzige Bereich des Finanzgeschäfts, der heutzutage schwerpunktmäßig auf globalen Märkten stattfindet und deshalb mit der Herausforderung konfrontiert ist, Erwartungssicherheit auch und gerade in grenzüberschreitenden Transaktionen zu gewährleisten. Ganz ähnlich stellt sich die Lage im Kreditwesen und hier speziell im Rahmen der Konsortialkreditfinanzierung dar, weshalb diese ebenfalls ein vortreffliches Anschauungsobjekt für die Herausbildung grenzüberschreitender Ordnungsstrukturen bietet. Dem soll im Folgenden näher nachgegangen werden.

Der Konsortialkredit ist eine Finanzierungsform, bei der dem Kreditnehmer ein einheitlicher Kredit durch mehrere zusammenwirkende Kreditgeber gewährt wird.<sup>228</sup> Erste Beispiele für eine solche Kreditgestaltung lassen sich bereits im 19. Jahrhundert im Zusammenhang mit der Finanzierung großer Infrastrukturprojekte ausmachen, namentlich im Bereich des Eisenbahnbaus.<sup>229</sup> Heute kön-

<sup>224</sup> UN, Report of the United Nations Commission on International Trade Law, Forty-second session, 29 June-17 July 2009, A/64/17, abrufbar unter <[https://undocs.org/en/A/64/17\(SUPP\)](https://undocs.org/en/A/64/17(SUPP))>, Rn. 356f. Vgl. hierzu auch *Levit*, Yale J. Int'l L. 30 (2005), 125, 198, 205f.; *Maurer*, Lex Maritima (2012), 73; *Schütze/Vorpeil*, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr (7. Aufl. 2016), 3f.

<sup>225</sup> Vgl. *Jiménez*, Unif. L. Rev. 2 (1996), 284, 292; *Snyder*, Ohio St. L. J. 64 (2003), 371, 394; *Schütze/Vorpeil*, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr (7. Aufl. 2016), 27; *Calliess/Jarass*, in: P. Berman (Hrsg.), The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism (2020), 748, 761.

<sup>226</sup> *Stoufflet*, in: FS Goldman (1982), 361, 362; *U. Stein*, Lex mercatoria (1995), 39.

<sup>227</sup> Etwa BGH WM 1960, 38; BGH NJW 1985, 550, 551; BGH NJW 1990, 255; OLG München WM 1996, 2335; *Harlow and Jones Ltd. v. American Express Bank Ltd.* [1990] 2 Lloyd's Rep. 343. Vgl. auch *Levit*, Yale J. Int'l L. 30 (2005), 125, 141 ff.

<sup>228</sup> Vgl. *Diem/C. Jahn*, Akquisitionsfinanzierungen (4. Aufl. 2019), § 30, Rn. 1; *Pamp*, in: Ellenberger/Bunte (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch (6. Aufl. 2022), § 51, Rn. 122.

<sup>229</sup> Vgl. *Scholze*, Das Konsortialgeschäft der deutschen Banken, Band 1 (1973), 38 ff.;

nen zahlreiche Vorhaben mit hohem Kapitalbedarf, insbesondere im Rahmen der Unternehmens- und Staatsfinanzierung, des Anlagenbaus und des Unternehmenskaufs, nur mithilfe von Konsortialkrediten realisiert werden.<sup>230</sup> Als prominentes Beispiel aus jüngerer Zeit kann die Übernahme des US-amerikanischen Saatgutkonzerns Monsanto durch die deutsche Bayer AG im Jahr 2016 genannt werden, welche größtenteils mittels eines Konsortialkredits im Umfang von knapp 57 Milliarden US-Dollar unter Beteiligung von mehr als zwanzig Banken finanziert wurde.<sup>231</sup> Im Regelfall weisen derartige Großvorhaben grenzüberschreitende Bezüge auf und sind am Konsortialkredit Parteien aus unterschiedlichen Jurisdiktionen beteiligt.<sup>232</sup> Auf Kreditgeberseite sind dies in erster Linie Banken, aber auch institutionelle Investoren wie Pensionskassen und Versicherungen.<sup>233</sup> Typische Kreditnehmer sind alle Arten privater Unternehmen, darunter durchaus nicht nur Großkonzerne.<sup>234</sup> Die wirtschaftliche Bedeutung des Konsortialkreditgeschäfts ist mit einem Marktvolumen von derzeit jährlich rund vier Billionen US-Dollar enorm, wobei mittlerweile auch ein erheblicher Anteil hiervon auf den Handel mit Kreditanteilen am Sekundärmarkt entfällt.<sup>235</sup>

#### a) Wirtschaftliche Funktion und vertragliche Ausgestaltung

Kredite sind wirtschaftlich betrachtet nichts anderes als eine „zeitweilige Überlassung von Kaufkraft“.<sup>236</sup> Der Kreditnehmer lässt sich vom Kreditgeber soforti-

---

*Cranston*, in: Worthington (Hrsg.), *Commercial Law and Commercial Practice* (2003), 3, 8 ff.; *Estevan de Quesada/Renner*, ERCL 13 (2017), 164, 172.

<sup>230</sup> Vgl. *Estevan de Quesada/Renner*, ERCL 13 (2017), 164, 165.

<sup>231</sup> Siehe hierzu die Pressemitteilung der *Bayer AG* vom 12.10.2016, Bayer successfully closed syndication of USD 56.9 billion acquisition facilities, abrufbar unter <<https://www.marketscreener.com/BAYER-AG-436063/news/Bayer-successfully-closed-syndication-of-USD-56-9-billion-acquisition-facilities-23203191/>>.

<sup>232</sup> Vgl. *Mugasha*, BFLR 26 (2011), 381, 385 ff.; *Köndgen*, in: Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 277, 281.

<sup>233</sup> Vgl. *Estevan de Quesada/Renner*, ERCL 13 (2017), 164, 173 ff.; *Diem/C. Jahn*, *Akquisitionsfinanzierungen* (4. Aufl. 2019), § 30, Rn. 4.

<sup>234</sup> Zur steigenden Nachfrage mittelständischer deutscher Unternehmen nach Konsortialkreditfinanzierungen vgl. *Landesbank Baden-Württemberg*, *Konsortialkredit: Unverändert wichtiger Finanzierungsbaustein* (2018), abrufbar unter <<https://docplayer.org/205637502-Konsortialkredit-unveraendert-wichtiger-finanzierungsbaustein.html>>, 3.

<sup>235</sup> Siehe etwa die Statistiken von *Refinitiv*, *Global Syndicated Loans Review* (2020), abrufbar unter <<https://thesource.refinitiv.com/TheSource/getfile/download/cb9a456d-8fcc-4c57-a080-2c2b8b37b7d4>>; *Bloomberg*, *Global Syndicated Loans League Tables 2022*, abrufbar unter <<https://www.bloomberg.com/press-releases/2023-01-03/bloomberg-global-syndicated-loans-league-tables-fy-2022>>; vgl. auch schon *Estevan de Quesada/Renner*, ERCL 13 (2017), 164, 172.

<sup>236</sup> *Canaris*, *Bankvertragsrecht* (2. Aufl. 1981), Rn. 1195; *Meincke/Hingst*, WM 2011, 633; *Renner*, in: Grundmann (Hrsg.), *Bankvertragsrecht*, Band 1 (2020), 4. Teil, Rn. 1.

ge Kaufkraft in Form von Geldkapital gewähren und tauscht hierfür einen entsprechenden, im Regelfall wegen anfallender Zinsen höheren Teil seiner zukünftigen Kaufkraft ein. Da das zeitliche Auseinanderfallen von Leistung und Gegenleistung geradezu Wesensmerkmal dieser Transaktion ist, kommt der etymologische Zusammenhang des Kreditbegriffs mit dem Begriff des Vertrauens (von lateinisch *credere*)<sup>237</sup> nicht von ungefähr. Ein Kredit wird deshalb im Regelfall nur dann gewährt, wenn der Kreditgeber in die künftige Leitungsfähigkeit des Kreditnehmers sowie in die Werthaltigkeit und Durchsetzbarkeit des Rückzahlungsanspruchs vertrauen kann.<sup>238</sup>

Je umfangreicher ein Kredit, desto größer sind das wirtschaftliche Risiko für den Kreditgeber und die damit einhergehenden Absicherungskosten. Deshalb kann es sich als sinnvoll erweisen, dieses Risiko auf verschiedene Kreditgeber zu verteilen und den im Raum stehenden Finanzierungsbedarf durch mehrere Teilkredite zu decken.<sup>239</sup> Bei Überschreitung bestimmter Schwellenwerte können hierzu auch aufsichtsrechtliche Vorgaben zwingen.<sup>240</sup> Allerdings geht die Abwicklung mehrerer paralleler, möglicherweise unterschiedlich ausgestalteter Teilkredite für den Kreditnehmer mit einem erhöhten Verwaltungs- und Kostenaufwand einher. Auch aus Kreditgebersicht können sich Kostennachteile und – gerade im Krisenfall – zusätzliche Risiken aufgrund eines unkoordinierten Vorgehens einzelner Teilkreditgeber ergeben.

Hier setzt die Gestaltungsform des Konsortialkredits an. Anstelle der für den Einzelkredit typischen Zweiparteienstruktur zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer schließen sich auf Kreditgeberseite zwei oder mehr Kreditgeber zu einem Konsortium zusammen, um dem Kreditnehmer einen einheitlichen und gemeinsam verwalteten Kredit zu gewähren, der sich aus Teilbeträgen der einzelnen Konsorten zusammensetzt. Unterschieden wird dabei zwischen „echten Konsortialkrediten“, bei welchen der Kreditnehmer einen einzigen Kreditvertrag unmittelbar mit dem Konsortium oder mit einem für dieses agierenden Konsortialführer (*arranger*) schließt, und „unechten Konsortialkrediten“, bei welchem der Gesamtkredit in ein Bündel von Einzelverträgen zwischen Kreditnehmer und einzelnen Teilkreditgebern aufgeteilt wird.<sup>241</sup> Letztere Variante ist in der Praxis wesentlich verbreiteter, da sie dem Bedürfnis nach Risikoverteilung stärker ent-

<sup>237</sup> Renner, in: Grundmann (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Band 1 (2020), 4. Teil, Rn. 2.

<sup>238</sup> Renner, in: Grundmann (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Band 1 (2020), 4. Teil, Rn. 2.

<sup>239</sup> Vgl. Diem/C. Jahn, Akquisitionsfinanzierungen (4. Aufl. 2019), § 30, Rn. 2.

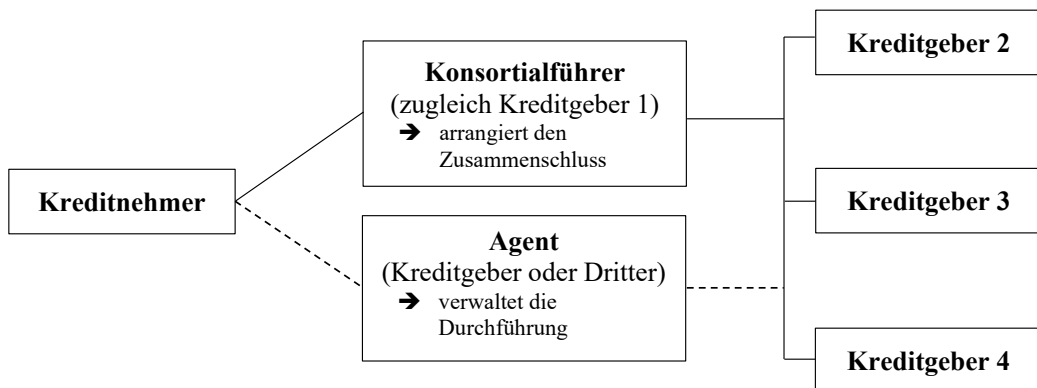
<sup>240</sup> In Deutschland z. B. § 13 KWG; vgl. Renner, ZBB 2018, 278; Diem/C. Jahn, Akquisitionsfinanzierungen (4. Aufl. 2019), § 30, Rn. 2.

<sup>241</sup> Estevan de Quesada/Renner, ERCL 13 (2017), 164, 177; Renner, in: Grundmann (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Band 1 (2020), 4. Teil, Rn. 339; Diem/C. Jahn, Akquisitionsfinanzierungen (4. Aufl. 2019), § 30, Rn. 6 ff.



gegenkommt<sup>242</sup> und zudem mehr Flexibilität bei der Ausgestaltung bietet – etwa hinsichtlich einzelner Laufzeiten und Konditionen.<sup>243</sup> Der Zusammenschluss der Kreditgeber zum Konsortium wird in der Regel durch ein arrangierendes Kreditinstitut als Konsortialführer (*mandated lead arranger; book runner*) oder durch mehrere als *arranger* zusammenwirkende Kreditinstitute vorbereitet.<sup>244</sup> Er kann entweder schon beim Abschluss des Kreditvertrages (*club deal*) oder im Wege einer späteren Veräußerung von Kreditanteilen durch den ursprünglichen Kreditgeber (*underwriter*) an hinzutretende Kreditgeber erfolgen.<sup>245</sup> In der Durchführungsphase des Kreditvertrages tritt dem Kreditnehmer gegenüber in der Regel nur einer der Kreditgeber oder auch ein hierzu mandatiertes außenstehendes Kreditinstitut als *agent* auf, welcher alle im Konsortium zusammengeschlossenen Kreditgeber einheitlich vertritt, für die Zahlungsverteilung und -abwicklung sorgt und die Vertragserfüllung überwacht.<sup>246</sup> Untereinander stimmen sich die Kreditgeber mittels konsortiumsinterner Entscheidungs- und Verwaltungsmechanismen ab, etwa bei der Ausübung von Kündigungsrechten oder der Änderung von Zahlungsmodalitäten.<sup>247</sup>

Das folgende Schaubild verdeutlicht die Grundstruktur eines typischen Konsortialkredits:



<sup>242</sup> Renner, ZBB 2018, 278, 279; Diem/C. Jahn, Akquisitionsfinanzierungen (4. Aufl. 2019), § 30, Rn. 32.

<sup>243</sup> Vgl. Renner, in: Grundmann (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Band 1 (2020), 4. Teil, Rn. 339.

<sup>244</sup> Vgl. Wenzel, Rechtsfragen internationaler Konsortialkreditverträge (2006), 68; Renner, ZBB 2018, 278, 279.

<sup>245</sup> Mugasha, The Law of Multi-Bank Financing (1997), 11 f.; Renner, in: Grundmann (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Band 1 (2020), 4. Teil, Rn. 345 ff.; Details zur zweitgenannten Variante bei Diem/C. Jahn, Akquisitionsfinanzierungen (4. Aufl. 2019), § 33, Rn. 4 ff.

<sup>246</sup> Vgl. Mugasha, BFLR 26 (2011), 381, 400; Renner, ZBB 2018, 278, 279 f.

<sup>247</sup> Renner, ZBB 2018, 278, 279 f.

Diese Kreditgestaltung hat aus wirtschaftlicher Sicht mehrere Vorzüge. Für die Kreditgeberseite steht der Gesichtspunkt der Diversifikation im Vordergrund: Können oder wollen einzelne Kreditgeber eine Gesamtfinanzierung aufgrund begrenzter eigener Mittel, hoher Risiken oder dazu korrelierender aufsichtsrechtlicher Restriktionen nicht stemmen, werden durch den Konsortialkredit die Lasten auf mehrere Schultern verteilt.<sup>248</sup> Dies gilt umso mehr, wenn für die Kreditgeber die Möglichkeit besteht, einzelne Kreditanteile am Sekundärmarkt zu veräußern, wodurch der Kreis potenzieller weiterer Kreditgeber erheblich ausgeweitet wird.<sup>249</sup> Zugleich können durch eine gemeinsame Verwaltung des Kredits Transaktionskosten gespart, Synergieeffekte erzielt und ein Mindestmaß an Kooperationsbereitschaft sichergestellt werden.<sup>250</sup> Aus Sicht des Kreditnehmers wiederum kann ein Konsortialkredit die einzige Möglichkeit zur Deckung eines besonders hohen Finanzierungsbedarfs sein und bietet zudem den kostensparenden Vorteil einer durch den *agent* vermittelten Vertragsdurchführung aus einer Hand. Ein koordiniertes Zusammenwirken der Kreditgeberseite kann gerade im Krisenfall auch dem Kreditnehmer zugutekommen. Hinzu kommt schließlich, dass der Erhalt eines umfangreichen Konsortialkredits dem Marktumfeld des Kreditnehmers ein Mindestmaß an Kreditwürdigkeit signalisieren kann, was sich nicht zuletzt daran ablesen lässt, dass Konsortialkredite im Rahmen von Ratings üblicherweise positiver bewertet werden als eine Mehrzahl bilateraler Kredite in gleicher Gesamthöhe.<sup>251</sup>

#### *b) Das grenzüberschreitende Ordnungsregime der Konsortialkredite*

Ebenso wie das Dokumentenakkreditiv geht auch die Gestaltungsform des Konsortialkredits nicht auf einen staatlichen Gesetzgeber zurück, sondern ist Kind der Bank- und Finanzpraxis. Türöffner einer auch grenzüberschreitenden Dimension der Konsortialkreditfinanzierung war die Entstehung des Euromarktes in den späten 1950er Jahren, welche den Grundstein für den Handel mit frei konvertierbaren Währungen außerhalb der Kontrolle staatlicher Währungsbehörden legte und hierdurch den Anlagemarkt für (insbesondere US-amerikanisches) Auslandskapital erheblich ausweitete.<sup>252</sup> Eine erste größere Nachfragewelle nach Konsortialkrediten wurde sodann durch den Finanzierungsbedarf

---

<sup>248</sup> Vgl. *Köndgen*, in: Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 277, 281.

<sup>249</sup> *Estevan de Quesada/Renner*, ERCL 13 (2017), 164, 173 ff. Vgl. auch *Mugasha*, BFLR 26 (2011), 381, 402 ff.

<sup>250</sup> Vgl. *Köndgen*, in: Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 277, 281; *Estevan de Quesada/Renner*, ERCL 13 (2017), 164, 165 f., 173.

<sup>251</sup> *Wenzel*, *Rechtsfragen internationaler Konsortialkreditverträge* (2006), 39.

<sup>252</sup> Siehe hierzu *Hinsch*, in: *Hinsch/Horn*, *Das Vertragsrecht der internationalen Konsortialkredite und Projektfinanzierungen* (1985), 1, 5 ff.; *Mugasha*, *The Law of Multi-Bank Financing* (1997), 39 ff.; *Wenzel*, *Rechtsfragen internationaler Konsortialkreditverträge* (2006), 32; je-



zahlreicher Staaten im Nachgang der Ölpreiskrise des Jahres 1973 ausgelöst.<sup>253</sup> Doch obschon sich in der Bank- und Finanzpraxis schon damals bald ein gemeinsames Grundverständnis hinsichtlich der gängigen Elemente von Konsortialkrediten herausgebildet hatte, blieb deren konkrete vertragliche Ausgestaltung mangels einheitlicher Regelungsvorgaben zunächst dem Einzelfall überlassen. Regelmäßig am Kreditmarkt auftretende Akteure wie Banken und die diese beratenden Anwaltskanzleien griffen insoweit allenfalls auf selbst erstellte, aber nicht aufeinander abgestimmte Vorlagen zurück.<sup>254</sup>

*aa) Die LMA als institutionelles Zentrum: Zielsetzung und Organisationsstruktur*

In Reaktion auf diese Uneinheitlichkeit wurde auf Initiative einer Gruppe von Marktteilnehmern im Jahre 1996 die *Loan Market Association* (LMA) in London gegründet.<sup>255</sup> Erklärtes Ziel dieser anfänglich aus nur sieben Mitgliedern bestehenden, in der Rechtsform einer englischen Company Limited by Guarantee betriebenen privaten Organisation war die Förderung des internationalen Konsortialkreditmarktes, insbesondere durch Bereitstellung von Musterdokumenten, die für die Ausgestaltung von Einzelverträgen herangezogen werden können und eine Handelbarkeit von Konsortialkreditanteilen am grenzüberschreitenden Sekundärmarkt gewährleisten sollten.<sup>256</sup> Mittlerweile zählt die LMA über 800 Mitglieder aus mehr als 65 Ländern,<sup>257</sup> unterteilt in die Kategorien Full Members, Associate Members, African Single Jurisdiction Members, Courtesy Members sowie Academic Members.<sup>258</sup> Zu den mit Stimmrecht bei den jährlichen Hauptversammlun-

---

weils m. w. N. Vgl. auch *Behrens*, in: Schenk u. a. (Hrsg.), *Globalisierung und Weltwirtschaft* (2000), 5, 13 ff.

<sup>253</sup> *Hinsch*, in: Hinsch/Horn, *Das Vertragsrecht der internationalen Konsortialkredite und Projektfinanzierungen* (1985), 1, 3 ff.; *Estevan de Quesada/Renner*, ERCL 13 (2017), 164, 172; *Renner*, ZBB 2018, 278, 280.

<sup>254</sup> Vgl. *Wenzel*, *Rechtsfragen internationaler Konsortialkreditverträge* (2006), 85.

<sup>255</sup> Nur wenige Monate zuvor war bereits die Schwesterorganisation *Loan Syndications and Trading Association* (LSTA) in New York gegründet worden (<<https://www.lsta.org>>). Mittlerweile ist mit der *Asia Pacific Loan Market Association* (APLMA) mit Sitz in Hong Kong eine weitere Schwesterorganisation hinzugekommen (<<https://www.aplma.com>>); die zwischenzeitlich bestehende Schwesterorganisation *African Loan Market Association* (ALMA) wurde 2014 in die LMA integriert. Die Aktivitäten von LMA, LSTA und APLMA sind eng aufeinander abgestimmt, weshalb sich die Darstellung im Folgenden auf die LMA als die für den deutschen und europäischen Markt relevanteste Organisation beschränkt.

<sup>256</sup> *Ritchie*, in: Voisey/Slocombe (Hrsg.), *20 Years in the Loan Market* (2016), 16 ff.

<sup>257</sup> Die Mitgliederliste ist einsehbar unter <<https://www.lma.eu.com/about-us/list-members>>.

<sup>258</sup> Siehe Art. 5 der Articles of Association of Loan Market Association (im Folgenden LMA Articles), abrufbar unter <[https://www.lma.eu.com/application/files/4816/0041/4655/LMA\\_Articles\\_of\\_Association\\_June\\_2020\\_-\\_final\\_144801-3-12160\\_v0.2.pdf](https://www.lma.eu.com/application/files/4816/0041/4655/LMA_Articles_of_Association_June_2020_-_final_144801-3-12160_v0.2.pdf)>, und Art. 2 der Loan Market Association Byelaws Relating to Membership of the Association (im Folgenden LMA

gen (General Meetings) als dem zentralen Entscheidungsorgan der LMA ausgestatteten Full Members gehören primär Banken und institutionelle Investoren, also diejenigen Akteure, die unmittelbar am Konsortialkreditmarkt tätig werden.<sup>259</sup> Associate Members, African Single Jurisdiction Members und Courtesy Members, die jeweils lediglich zur Teilnahme an den Hauptversammlungen berechtigt sind, aber ebenfalls auf sämtliche Musterdokumente und Begleitangebote der LMA zurückgreifen können,<sup>260</sup> sind vor allem Dienstleistungsunternehmen, die regelmäßig von Teilnehmern des Kreditmarktes eingeschaltet werden (z. B. Anwaltskanzleien). Einen Antrag auf Mitgliedschaft kann grundsätzlich jede juristische Person oder Gesellschaft stellen, die einen Bezug zu den Tätigkeitsfeldern der LMA aufweist.<sup>261</sup> Als Academic Members schließlich können sich Universitäten und andere höhere Bildungseinrichtungen registrieren, um Zugriff auf die Musterdokumente der LMA zu Ausbildungszwecken zu erhalten.<sup>262</sup>

Auch die LMA weist mittlerweile eine ausdifferenzierte Organisationsstruktur auf. An deren Spitze steht als geschäftsführendes Organ das Board of Directors, dem fünf bis zwanzig natürliche Personen angehören,<sup>263</sup> welche auf der Jahreshauptversammlung der LMA von den stimm- und insoweit auch vorschlagsberechtigten Full Members für dreijährige Amtszeiten gewählt werden.<sup>264</sup> Mindestens vier Sitze im Board sind dabei Vertretern institutioneller Investoren vorbehalten,<sup>265</sup> wodurch trotz der Überzahl von Banken unter den Full Members ein Mindestmaß an institutionellem Gleichgewicht verschiedener Gruppen von Marktakteuren auf der Leitungsebene der LMA sichergestellt werden soll. Alle übrigen Sitze werden nach der Anzahl der von den jeweiligen Kandidaten errungenen Stimmen verteilt, wobei jedoch für den Erhalt eines Sitzes mindestens 20 % der abgegebenen Stimmen erforderlich sind.<sup>266</sup> Zu den Hauptaufgaben des Board

---

Byelaws), abrufbar unter <[https://www.lma.eu.com/application/files/6816/4672/9744/LMA\\_Byelaws\\_-\\_March\\_2022\\_changes.pdf](https://www.lma.eu.com/application/files/6816/4672/9744/LMA_Byelaws_-_March_2022_changes.pdf)>. Ausführlich zur Mitgliedschaftsstruktur der LMA *Böhle*, Das Recht des internationalen Kreditkonsortiums (2022), 126 ff.

<sup>259</sup> Vgl. Art. 13 LMA Articles, Art. 3.2 LMA Byelaws. Zur Zusammensetzung <<https://www.lma.eu.com/about-us/list-members>>.

<sup>260</sup> Vgl. Art. 3.3, 3.5, 3.6 Byelaws. Der Status als African Single Jurisdiction Member ermöglicht ausschließlich in einem afrikanischen Staat ansässigen Unternehmen einen vergünstigten Zugang zu auf den afrikanischen Kreditmarkt zugeschnittenen Musterdokumenten und Begleitangeboten.

<sup>261</sup> Zu den Mitgliedschaftsbedingungen im Einzelnen siehe Art. 3 LMA Byelaws. Gegen die Versagung der Aufnahme steht ein zweistufiges Beschwerdeverfahren offen; siehe dazu Art. 8 LMA Byelaws.

<sup>262</sup> Vgl. Art. 3.4 LMA Byelaws.

<sup>263</sup> Die derzeitige Besetzung ist einsehbar unter <<https://www.lma.eu.com/about-us/board>>.

<sup>264</sup> Vgl. Art. 58, 65 ff. LMA Articles.

<sup>265</sup> Art. 69.3 LMA Articles.

<sup>266</sup> Art. 69.5 LMA Articles.

gehören vor allem die regelmäßige Verabschiedung der die Rechte und Pflichten der Organisationsmitglieder konkretisierenden Byelaws<sup>267</sup> sowie die Einrichtung und Besetzung von Ad hoc Committees für spezifische Aufgaben, namentlich die Ausarbeitung neuer und die Überarbeitung bestehender Musterdokumente.<sup>268</sup> Belange des Tagesgeschäfts kann das Board auch auf das aus Angestellten der LMA (Chief Executive, Managing Directors, Directors) bestehende Executive<sup>269</sup> übertragen. Unterstützend kann ein Secretary bestellt werden.<sup>270</sup> Daneben bestehen vom Board besetzte ständige Komitees in Form des für die Prüfung von Mitgliedschaftsanträgen zuständigen Membership Committee sowie des Finance Committee, welches sich um die finanziellen Belange der LMA kümmert.<sup>271</sup>

*bb) Musterdokumente als primäres Handlungsinstrument*

Die Kernaufgabe und das zentrale Handlungsinstrument der LMA besteht in der Bereitstellung von Musterdokumenten für die Konsortialkreditgestaltung. Ein erstes solches Muster veröffentlichte die Organisation schon im Folgejahr ihrer Gründung.<sup>272</sup> Die ersten Fassungen der praktisch besonders bedeutsamen Musterdokumente für *investment grade loans* zur allgemeinen Unternehmensfinanzierung (LMA Multicurrency Term and Revolving Loans Facility Agreement) und für *leveraged loans* zur Finanzierung von Unternehmenskäufen (LMA Senior Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement for Leveraged Acquisition Finance Transactions) folgten in den Jahren 1999 und 2004.<sup>273</sup> Mittlerweile sind eine Vielzahl weiterer Musterdokumente hinzugekommen, zugeschnitten beispielweise auf Finanzierungen in spezifischen Regionen sowie spezieller Projektarten oder auf die Syndizierung notleidender Kreditforderungen (*non-performing loans*).<sup>274</sup> Dabei sehen alle Muster der LMA eine Ausgestaltung als unechter Konsortialkredit vor und folgen einem ähnlichen Aufbau: Sie beginnen mit ausführlichen Begriffsdefinitionen und Bestimmungen zu Art und Umfang der eingeräumten Kreditlinien (*facilities*). Sodann folgen detaillierte Regelungen zu den Anforderungen an das Zustandekommen des Kreditvertrages, den Rechtspflichten der Kreditgeber und Kreditnehmer, den Folgen von Leistungsstörungen sowie zur Beendigung und Kündigung des Kredits. Hierauf

---

<sup>267</sup> Art. 64 LMA Articles.

<sup>268</sup> Art. 83 LMA Articles, Art. 9 LMA Byelaws.

<sup>269</sup> Zu diesem Art. 1 LMA Articles.

<sup>270</sup> Art. 83 LMA Articles.

<sup>271</sup> Zum Membership Committee Art. 3.8 LMA Byelaws; zum Finance Committee Art. 82 LMA Articles.

<sup>272</sup> Ritchie, in: Voisey/Slocombe (Hrsg.), 20 Years in the Loan Market (2016), 16, 18.

<sup>273</sup> Vgl. Estevan de Quesada/Renner, ERCL 13 (2017), 164, 176; Renner, ZBB 2018, 278, 281.

<sup>274</sup> Vgl. Renner/Leidinger, BKR 2015, 499.

eng abgestimmt wird auch das Innenverhältnis der Konsorten in passenden Musterdokumenten behandelt, etwa in Bezug auf einzelne Rechte und Pflichten sowie die Regelungen zur Beschlussfassung und gemeinsamen Verwaltung des Kredits (*intercreditor agreement*).<sup>275</sup> Obschon sich die Musterdokumente ursprünglich ausschließlich am englischen Recht orientierten, wurden sie in der Praxis häufig auch dann weitgehend unverändert übernommen, wenn der jeweilige Vertrag im Einzelfall einer anderen Rechtsordnung unterstellt wurde.<sup>276</sup> Mittlerweile stellt die LMA auch Versionen unter anderem für das deutsche, das französische und das spanische Recht – einschließlich entsprechender Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln – zur Verfügung, die sich allerdings stark an den englischen Originalen orientieren und damit ebenfalls im Dienste des Vereinheitlichungsbestrebens der Organisation stehen.<sup>277</sup>

### cc) Genese der Musterdokumente

Mit der Erstellung neuer und der Überarbeitung bestehender Musterdokumente betrauen Board und Executive der LMA speziell zu diesem Zweck eingerichtete Ad hoc Committees. Zu Mitgliedern eines solchen können Angestellte der LMA selbst sowie Angehörige aller Mitgliederkategorien, aber auch außenstehende Dritte ernannt werden.<sup>278</sup> Bei der Besetzung spielt neben Expertise und Erfahrung auch der Aspekt der Repräsentation verschiedener Interessenskreise eine zentrale Rolle, was nicht zuletzt auf der Erwägung beruht, dass nur ausgewogene Muster Aussicht haben, auf breite Akzeptanz in der Praxis zu stoßen.<sup>279</sup> So waren beispielsweise schon in dem für die Erarbeitung der ersten Fassung des LMA Multicurrency Term and Revolving Loans Facility Agreement einberufenen Ad hoc Committee nicht nur Vertreter der Banken- und Kreditgeberseite, sondern auch Repräsentanten der Kreditnehmerseite berufen, etwa Mitglieder der Association of Corporate Treasurers sowie einer kreditnehmernahen Anwaltskanz-

---

<sup>275</sup> In der Vertragspraxis werden Außen- und Innenverhältnis des Konsortialkredits oftmals in einem einheitlichen Vertragsdokument zusammengefasst; siehe *Walgenbach*, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar (3. Aufl. 2020), 16. Kapitel, Rn. 6.

<sup>276</sup> *Wenzel*, Rechtsfragen internationaler Konsortialkreditverträge (2006), 42.

<sup>277</sup> *Estevan de Quesada/Renner*, ERCL 13 (2017), 164, 177; *Renner*, ZBB 2018, 278, 281; *Walgenbach*, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar (3. Aufl. 2020), 16. Kapitel, Rn. 2. So erläutert die LMA etwa im Vorwort des Supplemental Users Guide to the German law version of the LMA recommended form of Primary Documents, dass das Ziel der deutschrechtlichen Fassung darin bestehe, „form and substance of the LMA English law documents“ nur soweit erforderlich an die Anforderungen des deutschen Rechts anzupassen und im Übrigen beizubehalten.

<sup>278</sup> Art. 9.2 LMA Byelaws.

<sup>279</sup> *Campbell*, in: *Voisey/Slocombe* (Hrsg.), 20 Years in the Loan Market (2016), 144, 145.

lei.<sup>280</sup> Trotz des quantitativen Überwiegens von Banken unter den Mitgliedern der LMA wird – wie schon bei der Besetzung des Board – auch bei der Einsetzung von Ad Hoc Committees auf eine weitgehend gleichgewichtige Einbindung institutioneller Investoren geachtet.<sup>281</sup> Sind die Beratungen im für ein spezifisches Projekt einberufenen Ad Hoc Committee abgeschlossen, wird der erstellte, in der Regel einstimmig beschlossene Entwurf dem Board of Directors zur Abstimmung vorgelegt und, wenn er dort mit der erforderlichen einfachen Mehrheit angenommen wird,<sup>282</sup> schließlich veröffentlicht.

#### *dd) Begleitinstrumente und -mechanismen*

Auch bei der LMA bilden Musterdokumente zwar das Zentrum der Vereinheitlichungsbemühungen, werden sie aber durch vielfältige Begleitinstrumente und -mechanismen ergänzt. So werden etwa zu allen Mustern und deren Neuauflagen umfangreiche Erläuterungsbroschüren herausgegeben<sup>283</sup> und bietet die LMA zahlreiche Fortbildungsveranstaltungen an, darunter Kurse zum Erwerb von Zertifikaten (etwa speziell für zu LMA-Musterdokumenten beratende Rechtsanwälte), Seminare zu Kreditmarktthemen sowie E-Learning Module.<sup>284</sup> Darüber hinaus greift die LMA in Mitteilungen und Empfehlungsschreiben aktuelle politische und wirtschaftliche Entwicklungen auf, die Auswirkungen auf den Konsortialkreditmarkt und die Vertragsgestaltung haben können – beispielsweise Gesetzesänderungen oder den EU-Austritt des Vereinigten Königreichs.<sup>285</sup> LMA-Mitglieder können zudem auf einen umfänglichen Newsletter- und Updateservice zurückgreifen.<sup>286</sup> Überdies organisiert die LMA regelmäßig Konferenzen und Mitgliederbefragungen, um den gegenseitigen Austausch der Mitglieder zu fördern, und leistet Öffentlichkeitsarbeit in Form von Pressemitteilungen und Publikationen, beispielsweise Einführungsbüchern zum Kreditmarkt und zur Tätigkeit der LMA.<sup>287</sup> Daneben bringt sich die LMA auf politischer Ebe-

---

<sup>280</sup> Vgl. *Campbell*, in: Voisey/Slocombe (Hrsg.), *20 Years in the Loan Market* (2016), 144, 145.

<sup>281</sup> Vgl. *Brownson/Cantwell*, in: Voisey/Slocombe (Hrsg.), *20 Years in the Loan Market* (2016), 152, 153 ff.; *Böhle*, *Das Recht des internationalen Kreditkonsortiums* (2022), 137.

<sup>282</sup> Vgl. Art. 77 LMA Articles.

<sup>283</sup> Siehe beispielsweise zum auf deutsches Recht zugeschnittenen Musterdokument für Investment Grade Loans den Users Guide to German Law Multicurrency Term and Revolving Loans Facility Agreement, für Mitglieder abrufbar unter <<https://www.lma.eu.com/documents-guidelines/documents/category/german-law-investment-grade>>.

<sup>284</sup> Übersicht einsehbar unter <<https://www.lma.eu.com/education-events/educational-activities>>.

<sup>285</sup> Siehe zum EU-Austritt des Vereinigten Königreichs die umfangreichen Informationen unter <<https://www.lma.eu.com/brexit>>.

<sup>286</sup> <<https://www.lma.eu.com/news-publications>>

<sup>287</sup> <<https://www.lma.eu.com/news-publications/lma-books>>.



ne regelmäßig mit Stellungnahmen zu nationalen und internationalen Gesetzgebungs- und Regulierungsvorhaben ein.<sup>288</sup>

All diese Bemühungen sind offenbar überaus fruchtbar: Die Musterdokumente der LMA haben sich innerhalb kürzester Zeit zum unangefochtenen Standard der Konsortialkreditgestaltung in Europa, aber auch in Teilen des Mittleren Ostens, Asiens und Afrikas entwickelt.<sup>289</sup> Selbst bei inländischen Konsortialkreditgeschäften finden sie immer häufiger Verwendung, um eine Anschlussfähigkeit an internationale Kreditmärkte, insbesondere eine Handelbarkeit von Kreditanteilen am Sekundärmarkt zu gewährleisten.<sup>290</sup> Flankiert durch die beschriebenen Begleitmechanismen sowie zusammen mit den weitgehend identischen, regionalspezifisch angepassten Musterdokumenten der eng mit der LMA kooperierenden amerikanischen LSTA und der von Hong Kong aus operierenden APLMA für den asiatisch-pazifischen Raum bilden sie damit heute einen weltweit nahezu einheitlichen Regelungsrahmen für die Vertragspraxis des grenzüberschreitenden Konsortialkreditgeschäfts.

### 3. Kreditderivate und die Musterverträge der ISDA

Mit einem Abwicklungs- bzw. Marktvolumen von jährlich jeweils rund vier Billionen US-Dollar bilden Dokumentenakkreditive und Konsortialkredite zweifellos wichtige und gesamtwirtschaftlich relevante Säulen des grenzüberschreitenden Finanzgeschäfts. Noch deutlich übertroffen werden diese Zahlen indes von einem Geschäftsbereich, in dem nominell betrachtet gleich dreistellige Billionenbeträge auf dem Spiel stehen: dem globalen Derivatemarkt, für welchen das Bedürfnis nach grenzüberschreitender Erwartungssicherheit einzelner Transaktionen damit umso dringlicher wird. Wie diesem in der Finanzpraxis entsprochen wird, ist Gegenstand der folgenden Ausführungen.

Derivate (von lateinisch *derivare* = ableiten) sind Finanzprodukte, die ihren Wert von einem anderen Wert ableiten – dem sog. Basiswert (auch *underlying* oder *reference asset*),<sup>291</sup> der seinerseits Preis- und Bewertungsschwankungen unterliegt (z. B. variable Zinssätze, Rohstoffpreise, Währungs-, Wechsel- oder Aktienkurse).<sup>292</sup> Hier-

<sup>288</sup> <<https://www.lma.eu.com/legal-regulatory>>. Als Beispiel genannt sei die kritische Stellungnahme der LMA zum Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung über das auf die Drittwirkung von Forderungsabtretungen anzuwendende Recht vom 12.3.2018, abrufbar unter <[https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/1628-Assignment-of-claims/F11675\\_de](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/1628-Assignment-of-claims/F11675_de)>.

<sup>289</sup> Vgl. *Mugasha*, BFLR 26 (2011), 381, 400.

<sup>290</sup> *Renner*, in: Grundmann (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Band 1 (2020), 4. Teil, Rn. 352.

<sup>291</sup> Vgl. § 2 Abs. 3 WpHG; *K. Johnson*, U. Colo. L. Rev. 82 (2011), 167, 193; *Armour* u. a., Principles of Financial Regulation (2016), 466.

<sup>292</sup> Vgl. *Whaley*, Derivatives (2006), 3; *Morgan*, Hum. Relat. 61 (2008), 637, 641 f.; *Leh-*



durch ermöglichen sie eine Teilhabe an Preisänderungen der Basiswerte, ohne dass zu diesen eine rechtliche oder auch nur tatsächliche Verbindung bestehen muss. Zweck dieser Gestaltungsform ist zum einen die Absicherung und Umverteilung von Risiken (sog. *hedging*)<sup>293</sup> – etwa des Risikos unvorhersehbarer Preisschwankungen oder eines Zahlungsausfalls –, wobei Derivate aufgrund ihrer Flexibilität auf die spezifischen individuellen Sicherungsbedürfnisse der Beteiligten zugeschnitten werden können.<sup>294</sup> Zum anderen werden Derivate auch zu Spekulationszwecken sowie zur Ausnutzung von Kurs-, Zins- und Preisunterschieden (sog. *arbitrage*) eingesetzt.<sup>295</sup>

Das Grundprinzip des Derivats ist keineswegs neu. Zur Absicherung von Handelsrisiken wurden Derivatgeschäfte bereits in der Antike getätigt und sogar Formen eines organisierten Derivatehandels sind schon für das 12. Jahrhundert dokumentiert.<sup>296</sup> Heutzutage werden Derivate nach Schätzungen von über 90 % der grenzüberschreitend agierenden Unternehmen eingesetzt.<sup>297</sup> Als Varianten werden dabei Forwards<sup>298</sup>, Futures<sup>299</sup>, Optionen<sup>300</sup> und Swaps<sup>301</sup> unterschieden, wo-

---

*mann*, Finanzinstrumente (2009), 337 f.; *U. Jahn*, in: Kronke/Melis/Kuhn (Hrsg.), Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht (2. Aufl. 2017), 1004 ff., Rn. 482 ff.; *Awrey*, Yale J. on Reg. 36 (2019), 495, 503 f.

<sup>293</sup> *Morgan*, Hum. Relat. 61 (2008), 637, 641 f.; *Lehmann*, Finanzinstrumente (2009), 339; *K. Johnson*, U. Colo. L. Rev. 82 (2011), 167, 199 ff.; *Borowicz*, EJLS 8 (2015), 46, 50.

<sup>294</sup> *Feder*, Colum. Bus. L. Rev. 2002, 677, 735; *Buxbaum*, JITCL 1 (2017), 91, 111.

<sup>295</sup> *Lehmann*, Finanzinstrumente (2009), 339; *Sebastianutti*, Law & Fin. Mkt. Rev. 3 (2009), 348, 349; *C. Baker*, Notre Dame L. Rev. 85 (2010), 1287, 1302 f.; *Weber*, Die neue Marktinfrastruktur im OTC Derivatehandel (2019), 128 f.

<sup>296</sup> Ausführlich *Whaley*, Derivatives (2006), 11 ff.

<sup>297</sup> *ISDA*, News Release: Over 94 % of the World's Largest Companies Use Derivatives to Help Manage Their Risks, According to ISDA Survey (2009), abrufbar unter <<https://www.isda.org/a/LeiDE/press042309der.pdf>>.

<sup>298</sup> Hierbei handelt es sich um Verträge, bei welchen der Leistungsaustausch zu den bei Vertragsschluss festgelegten, individuell ausgehandelten Bedingungen erst zu einem bestimmten in der Zukunft liegenden Zeitpunkt stattfindet. Siehe hierzu *Flanagan*, Harv. Negot. L. Rev. 6 (2001), 211, 215 f.; *Whaley*, Derivatives (2006), 4; *Lehmann*, Finanzinstrumente (2009), 340.

<sup>299</sup> Hierbei handelt es sich um Verträge, bei welchen der Leistungsaustausch zu den bei Vertragsschluss festgelegten standardisierten Bedingungen erst zu einem bestimmten in der Zukunft liegenden Zeitpunkt stattfindet. Aufgrund der Standardisierung können Futures an Börsen gehandelt werden. Siehe hierzu *Flanagan*, Harv. Negot. L. Rev. 6 (2001), 211, 217 f.; *Whaley*, Derivatives (2006), 6; *Lehmann*, Finanzinstrumente (2009), 100 ff., 340.

<sup>300</sup> Hierbei handelt es sich um Verträge, die einem Vertragspartner gegen eine Prämie die Möglichkeit einräumen, bis zu einem oder genau an einem bestimmten in der Zukunft liegenden Zeitpunkt einen Leistungsaustausch zu den bei Vertragsschluss festgelegten Bedingungen einzufordern. Manche Arten von Optionen werden an Börsen gehandelt. Siehe hierzu *Flanagan*, Harv. Negot. L. Rev. 6 (2001), 211, 218 ff.; *Whaley*, Derivatives (2006), 8 f.; *Lehmann*, Finanzinstrumente (2009), 91 ff., 341.

<sup>301</sup> Hierbei handelt es sich um Verträge, bei welchen wiederkehrende künftige Leistungs-

bei auch Kombinationen möglich und die Erscheinungsformen entsprechend vielgestaltig sind.<sup>302</sup> Manche Derivattypen werden zentral, zum Teil in verbriefteter Form, über Börsen gehandelt; der überwiegende Teil von Derivattransaktionen findet jedoch *over the counter* (OTC), d. h. unmittelbar zwischen Marktteilnehmern statt.<sup>303</sup> Letzteres gilt unter anderem für den besonders umfangreichen Handel mit Zinssatzswaps und Kreditderivaten.<sup>304</sup> Das Ausmaß dieses außerbörslichen Derivatehandels ist enorm: So wird das jährliche Markthandelsvolumen auf knapp 16 Billionen US-Dollar, die Gesamtsumme nominell ausstehender Verbindlichkeiten aus Derivatverträgen gar auf 600 bis 700 Billionen US-Dollar geschätzt<sup>305</sup> – ein Vielfaches des Gesamtmarktwerts der jährlich weltweit produzierten Waren und Dienstleistungen.<sup>306</sup> Schon aufgrund dieser Dimensionen kommt dem Derivatemarkt erhebliche makroökonomische Bedeutung zu, die auch mit Risiken verbunden ist,<sup>307</sup> weshalb der Derivatehandel spätestens seit der im Jahr 2007 ausgelösten Weltfinanzkrise verstärkt im Fokus aufsichtsrechtlicher Regulierungsbemühungen steht.<sup>308</sup> Während Kritiker – bis hin zum Papst

---

austausche in regelmäßigen Intervallen zu den im Vertrag festgelegten Bedingungen vereinbart werden. Die gegenseitigen Zahlungspflichten werden dabei verrechnet, sodass letztlich nur der verbleibende Differenzbetrag (Saldo) tatsächlich gezahlt werden muss. Swaps werden ausschließlich außerhalb von Börsen gehandelt. Siehe hierzu *Flanagan*, Harv. Negot. L. Rev. 6 (2001), 211, 220 ff.; *Lehmann*, Finanzinstrumente (2009), 133 ff., 340 f.

<sup>302</sup> Vgl. *Flanagan*, Harv. Negot. L. Rev. 6 (2001), 211, 223 f.; *Sebastianutti*, Law & Fin. Mkt. Rev. 3 (2009), 348, 349.

<sup>303</sup> *Morgan*, Hum. Relat. 61 (2008), 637, 642; *Lehmann*, Finanzinstrumente (2009), 134; *Köndgen*, in: Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht (2014), 277, 283. Allerdings bestehen auch für bestimmte OTC-Transaktionen mittlerweile Clearingpflichten durch Zentrale Gegenparteien (Central Counterparties); ausführlich dazu *Chamorro-Courtland*, Fla. St. U. Bus. L. Rev. 10 (2011), 57 ff.; *Lehmann*, Recht der Finanzinstrumente 2011, 300, 301 ff.; *Hartenfels*, ZHR 178 (2014), 173, 183 ff.; *Weber*, Die neue Marktinfrastruktur im OTC Derivatehandel (2019), 144 ff.

<sup>304</sup> *U. Jahn*, in: Kronke/Melis/Kuhn (Hrsg.), Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht (2. Aufl. 2017), 1004, 1005, Rn. 483.

<sup>305</sup> *Bank for International Settlements*, Statistical release: OTC derivatives at end-December 2021 (2022), abrufbar unter <[https://www.bis.org/publ/otc\\_hy2205.pdf](https://www.bis.org/publ/otc_hy2205.pdf)>, 1 f. Für einen langfristigen Vergleich siehe *Braithwaite*, The Financial Courts (2020), 18 ff.

<sup>306</sup> Vgl. *Blaurock*, JZ 2012, 226, 233.

<sup>307</sup> Vgl. *C. Baker*, Notre Dame L. Rev. 85 (2010), 1287, 1305 ff.; *K. Johnson*, U. Colo. L. Rev. 82 (2011), 167, 206 ff.; *Biggins/Scott*, EBLR 13 (2012), 309, 316 m. w. N.; anhand von Beispielen *Weber*, Die neue Marktinfrastruktur im OTC Derivatehandel (2019), 35 ff., 132.

<sup>308</sup> Als Beispiele genannt seien in den USA der Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act vom 21. Juli 2010, in der EU die Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps, die Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister (Marktinfrastrukturverordnung) sowie die Erhöhung der Eigenkapitalanforderungen an Banken für den Handel mit OTC-Derivaten in Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen

der katholischen Kirche – den gesellschaftlichen Nutzen von Derivaten bezweifeln,<sup>309</sup> weisen Befürworter darauf hin, dass Derivate als Instrument der Risiko- steuerung zur Erhöhung der Liquidität und Flexibilität der Finanzmärkte, zum Ausgleich von Marktdifferenzen sowie zur Verzahnung verschiedener Märkte beitragen und deshalb volkswirtschaftlich unverzichtbar seien.<sup>310</sup> Als Faktum jedenfalls sind sie aus dem heutigen Finanzverkehr nicht mehr wegzudenken.

a) *Wirtschaftliche Funktion und vertragliche Ausgestaltung*

Aus der Vielzahl von Derivattypen soll hier beispielhaft das Kreditderivat (Credit Default Swap) vorgestellt werden. Basiswert ist in diesem Fall ein Kredit oder auch eine Anleihe, wobei Kreditderivate namentlich deren Ausfallrisiko absichern sollen und damit im Ausgangspunkt ein Mittel der Kreditsicherung darstellen.<sup>311</sup> Wie schon bei Darstellung des Konsortialkredits erörtert, kann mangelndes Vertrauen in die künftige Leistungsfähigkeit eines potenziellen Kreditnehmers und die damit einhergehende Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs transaktionsverhindernde Wirkung haben.<sup>312</sup> Dem kann der Kreditgeber jedoch durch Abschluss eines Kreditderivats mit einem Dritten abhelfen, in dessen Rahmen sich der Dritte als „Sicherungsgeber“ (auch *protection seller*; *risk buyer*) verpflichtet, dem „Sicherungsnehmer“ (auch *protection buyer*; *risk seller*) einen bestimmten Betrag zu zahlen (z. B. den Nominalwert der Kreditverbindlichkeit), falls es zu einem vertraglich definierten „Kreditereignis“ kommt, beispielsweise zum Zahlungsausfall des Referenzschuldners (*reference entity*) oder zur Eröffnung eines Restrukturierungs- oder Insolvenzverfahrens über dessen Vermö-

---

Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG (Eigenkapitalrichtlinie) i. V. m. Verordnung (EU) Nr. 2013/575 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012 (Kapitaladäquanzverordnung). Überblick bei *K. Johnson*, U. Colo. L. Rev. 82 (2011), 167, 234 ff.; *Biggins/Scott*, EBLR 13 (2012), 309, 337 ff.; *Hartenfels*, ZHR 178 (2014), 173, 180 ff.; *von Sachsen-Altenburg*, in: Zerey (Hrsg.), Finanzderivate (4. Aufl. 2016), 165, 167, Rn. 3; *Buxbaum*, JITCL 1 (2017), 91, 102 ff.; *U. Jahn*, in: Kronke/Melis/Kuhn (Hrsg.), Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht (2. Aufl. 2017), 1004, 1006 ff., Rn. 487 ff.; *Weber*, Die neue Marktinfrastruktur im OTC Derivatehandel (2019), 148 ff.; *Braithwaite*, The Financial Courts (2020), 43 ff.

<sup>309</sup> Zur dahingehenden Äußerung von Papst Franziskus siehe *Financial Times* vom 17.5.2018, Pope says credit default swaps are unethical, abrufbar unter <<https://www.ft.com/content/645ab1f0-59fb-11e8-b8b2-d6ceb45fa9d0>>.

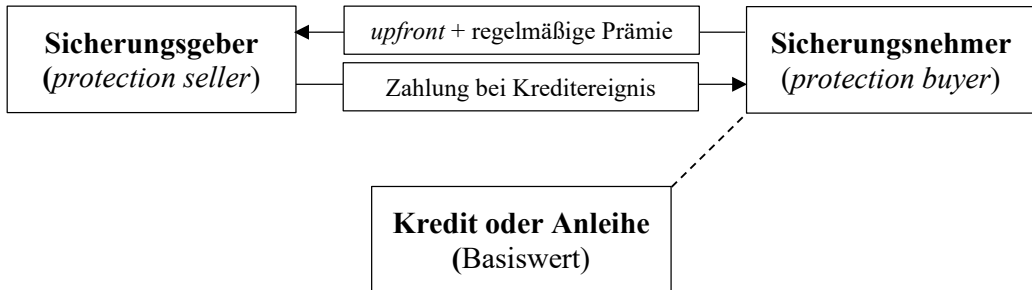
<sup>310</sup> Vgl. *Lehmann*, Finanzinstrumente (2009), 339; zu positiven Aspekten auch *Weber*, Die neue Marktinfrastruktur im OTC Derivatehandel (2019), 132.

<sup>311</sup> Vgl. *Storck/Zerey*, in: Zerey (Hrsg.), Finanzderivate (4. Aufl. 2016), 206, 208, Rn. 1 f.

<sup>312</sup> Siehe oben unter § 1 II. 2. a) (S. 50).

gen.<sup>313</sup> Die Gegenleistung des Sicherungsnehmers besteht in der Zahlung eines einmaligen Betrages (*upfront*) sowie einer regelmäßigen Prämie an den Sicherungsgeber.<sup>314</sup> In der Sache ähnelt der Kreditderivatvertrag damit einem Versicherungsvertrag; anders als bei diesem muss allerdings keine rechtliche oder tatsächliche Beziehung des Sicherungsnehmers zur versicherten Position bestehen.<sup>315</sup>

Das folgende Schaubild verdeutlicht die Grundstruktur eines typischen Kreditderivats:



Wirtschaftlich kann der Sicherungsnehmer auf Basis des Kreditderivats mit einer im Voraus berechenbaren festen Zahlungsverpflichtung planen und sich der Ungewissheit des Kreditrisikos – damit auch der Verpflichtung zur Vorhaltung von dieses absichernden Eigenkapitals – entledigen, da im Realisierungsfalle der Sicherungsgeber einzuspringen hätte.<sup>316</sup> Der Vorteil für den Sicherungsgeber besteht hingegen darin, einen feststehenden Zahlungszufluss zu erhalten und bei Ausbleiben des Kreditereignisses einen Gewinn zu machen, ohne dafür selbst in den Basiswert investiert haben zu müssen.<sup>317</sup> Da keine tatsächliche oder rechtliche Verbindung der Beteiligten zum Basiswert erforderlich ist, können Kreditderivate darüber hinaus zum flexiblen Handel mit Kreditrisiken auf dem Kapitalmarkt eingesetzt werden und damit mittelbar zur Preiskorrektur oder zur Liquiditätserhöhenden Risikodiversifikation beitragen.<sup>318</sup>

<sup>313</sup> Vgl. *Lehmann*, Finanzinstrumente (2009), 136 f.; *Armour* u. a., Principles of Financial Regulation (2016), 468; *Beck/Dietenberger*, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar (3. Aufl. 2020), 23. Kapitel, Rn. 2, 16 ff.

<sup>314</sup> *Storck/Zerey*, in: Zerey (Hrsg.), Finanzderivate (4. Aufl. 2016), 206, 217 f., Rn. 22 f.

<sup>315</sup> *Collins*, in: Grundmann/Möslein/Riesenhuber (Hrsg.), Contract Governance (2015), 383, 394.

<sup>316</sup> Vgl. *Lehmann*, Finanzinstrumente (2009), 137.

<sup>317</sup> Vgl. *Lehmann*, Finanzinstrumente (2009), 137.

<sup>318</sup> Ausführlich *K. Johnson*, U. Colo. L. Rev. 82 (2011), 167, 199 ff.

b) Das grenzüberschreitende Ordnungsregime der Kreditderivate

Ebenso wie beim Dokumentenakkreditiv und Konsortialkredit geht auch die Entwicklung des Kreditderivats und anderer Derivatearten nicht auf eine gesetzgeberische Initiative, sondern auf die Bank- und Finanzpraxis selbst zurück. Auch insoweit wurde in Ermangelung einheitlicher Gestaltungsmaßgaben über Jahrzehnte hinweg zunächst von Transaktion zu Transaktion verhandelt, wobei üblicherweise Vertragsformulare des beteiligten Derivatehändlers oder beratend eingeschalteter Anwaltskanzleien verwendet wurden.<sup>319</sup>

aa) Die ISDA als institutionelles Zentrum: Zielsetzung und Organisationsstruktur

Da der hieraus resultierende *battle of the forms*<sup>320</sup> jedoch als ineffizient empfunden wurde, begannen ab den frühen 1980er Jahren erste informelle Abstimmungsversuche mit dem Ziel der Marktvereinheitlichung, die anfänglich von der *Salomon Brothers Bank* und einem kleinen Kreis weiterer New Yorker Finanzinstitute initiiert worden waren.<sup>321</sup> Unter maßgeblicher Mitwirkung der Anwaltskanzlei *Cravath, Swaine & Moore* wurde sodann im Jahr 1985 die *International Swaps Dealers Association* als gemeinnützige private Organisation nach dem Recht des Staates New York gegründet; 1993 erfolgte die Umbenennung in *International Swaps and Derivatives Association* (ISDA).<sup>322</sup> Erklärtes Ziel der ISDA ist es, Rechtssicherheit für den außerbörslichen Handel mit Derivaten zu schaffen und diesen dadurch effizienter, sicherer und transparenter zu machen.<sup>323</sup> Ursprünglich von nur elf Gründungsmitgliedern in Leben gerufen,<sup>324</sup> gilt die ISDA mit heute über 950 Mitgliedern aus mehr als 75 Ländern sowie mit Dependancen in Brüssel, Hong Kong, London, Singapur, Tokio und Washington D.C. als größte und bedeutsamste „global financial trade association“.<sup>325</sup>

---

<sup>319</sup> *Flanagan*, Harv. Negot. L. Rev. 6 (2001), 211, 235; *Choi/Gulati*, Mich. L. Rev. 104 (2006), 1129, 1171; *Awrey*, Yale J. on Reg. 36 (2019), 495, 516; *Pistor*, The Code of Capital (2019), 145; *Weber*, Die neue Marktinfrastruktur im OTC Derivatehandel (2019), 97 f.

<sup>320</sup> Begriff nach *Golden*, IFLR 13 (1994), 18.

<sup>321</sup> *Golden*, IFLR 13 (1994), 18; *Flanagan*, Harv. Negot. L. Rev. 6 (2001), 211, 235; *Morgan*, Hum. Relat. 61 (2008), 637, 644; *Sebastianutti*, Law & Fin. Mkt. Rev. 3 (2009), 348, 351.

<sup>322</sup> Ausführlich *Flanagan*, Harv. Negot. L. Rev. 6 (2001), 211, 234 ff.; *Morgan*, Hum. Relat. 61 (2008), 637, 644.

<sup>323</sup> Vgl. das Mission Statement der ISDA, abrufbar unter <<https://www.isda.org/mission-statement>>.

<sup>324</sup> *Flanagan*, Harv. Negot. L. Rev. 6 (2001), 211, 238 f.; *Braithwaite*, The Financial Courts (2020), 31.

<sup>325</sup> Zu dieser Einschätzung *K. Johnson*, U. Colo. L. Rev. 82 (2011), 167, 229; *Biggins*, GLJ 13 (2012), 1297, 1311; *Horst*, AVR 53 (2015), 461, 467; *Horst*, Transnationale Rechtserzeugung (2019), 3, 25 f.



Die Mitglieder der ISDA sind in die Kategorien Primary Members, Associate Members und Subscriber Members unterteilt.<sup>326</sup> Auf den Hauptversammlungen (Annual Meetings und Special Meetings) der ISDA stimmberechtigt sind allein Primary Members, zu welchen nur direkte Marktteilnehmer und damit in erster Linie Banken und institutionelle Investoren gehören.<sup>327</sup> Der Status Associate Member kommt für Anbieter von an direkte Marktteilnehmer gerichteten Dienstleistungen in Betracht, vor allem für Anwaltskanzleien, Clearinghäuser, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und Unternehmensberatungen.<sup>328</sup> Eine Mitgliedschaft als Subscriber steht jeder interessierten Einrichtung offen, etwa nationalen Zentralbanken und Internationalen Organisationen wie der Weltbank.<sup>329</sup> Alle Mitglieder sind zur Teilnahme an den Hauptversammlungen der ISDA sowie zur Nutzung sämtlicher Musterdokumente und Begleitangebote der Organisation berechtigt. Eine Mitgliedschaftsbewerbung erfolgt schriftlich über die auf der Internetpräsenz der ISDA abrufbaren Formulare.<sup>330</sup>

Wie ICC und LMA weist heute auch die ISDA eine überaus komplexe Organisationsstruktur auf. Für die Geschäftsführung zeichnet das Board of Directors verantwortlich, dem bis zu dreißig natürliche Personen angehören können (derzeit dreißig).<sup>331</sup> Die Mitglieder des Board werden für jeweils zweijährige Amtszeiten auf der Hauptversammlung von den stimmberechtigten Primary Members gewählt, die insoweit auch vorschlagsberechtigt sind, ebenso wie das amtierende Board.<sup>332</sup> Bei der Besetzung wird ausdrücklich auf eine Vertretung sowohl der Käufer- als auch der Verkäuferseite von Derivaten geachtet,<sup>333</sup> sodass ein Mindestmaß an institutionellem Gleichgewicht zwischen den unmittelbar am Derivatemarkt beteiligten Verkehrskreisen gewährleistet ist. Daneben können auf Entscheidung der gewählten Mitglieder des Board bis zu drei Mitglieder des Führungspersonals der ISDA sowie bis zu neun Vertreter von Associate und Sub-

---

<sup>326</sup> Die vollständige Mitgliederliste ist einsehbar unter <<https://www.isda.org/membership/isda-members/>>.

<sup>327</sup> Nach Art. III Sec. 1 (a) der By-Laws of International Swaps and Derivatives Association, Inc. (nachfolgend ISDA By-Laws, abrufbar unter <<https://www.isda.org/a/u0SME/ISDA-By-Laws-April-11-2019.pdf>>) können Full Members nur Derivatehändler werden, die nicht allein zu Sicherungszwecken am Derivatemarkt tätig sind.

<sup>328</sup> Art. III Sec. 1 (b) ISDA By-Laws.

<sup>329</sup> Art. III Sec. 1 (c) ISDA By-Laws.

<sup>330</sup> <<https://www.isda.org/membership/application/>>.

<sup>331</sup> Art. VI Sec. 3 ISDA By-Laws; die aktuelle Besetzung ist einsehbar unter <<https://www.isda.org/about-isda/board-of-directors/>>.

<sup>332</sup> Vgl. Art. VI Sec. 4 (b) ISDA By-Laws.

<sup>333</sup> ISDA, OTC Derivatives Industry Governance Structure (2. Aufl. 2010), abrufbar unter <<https://www.isda.org/a/vGXEE/Industry-Governance.pdf>>, 3.



scriber Members in das Board berufen werden.<sup>334</sup> Zu den Hauptaufgaben des Board gehört die Einsetzung von Committees,<sup>335</sup> in welchen der wesentliche Teil der Sacharbeit der ISDA geleistet wird. Mittlerweile besteht eine Vielzahl solcher Committees, die teils funktions-, teils produkt- und teils regionspezifische Schwerpunkte haben.<sup>336</sup> Um eine bessere Koordination der Arbeit der zahlreichen Committees zu ermöglichen, in welchen grundsätzlich alle Mitglieder der ISDA mitwirken können, hat die ISDA eine dreistufige Governance-Hierarchie etabliert.<sup>337</sup> An deren Spitze steht das Industry Governance Committee, dem unter anderem zehn Mitglieder des Board angehören und das unterhalb des Board die Aufsicht über die Gesamtagenda der ISDA führt.<sup>338</sup> Darunter stehen die Product Steering Committees, welche für einzelne Produktarten zuständig sind, sowie die Regulatory Implementation Committees, welche sich mit regulatorischen Themen beschäftigen.<sup>339</sup> Auf dritter Stufe folgen für konkrete Einzelprojekte eingesetzte Implementation Groups und Working Groups.<sup>340</sup> Für administrative Tätigkeiten schließlich unterhält die ISDA einen eigenen Angestelltenapparat, der von einem Chief Executive Officer geleitet wird und zu dem unter anderem ein General Counsel gehört.<sup>341</sup>

#### *bb) Musterdokumente als primäres Handlungsinstrument*

Die zentrale Aufgabe und zugleich das wichtigste Handlungsinstrument der ISDA besteht in der Bereitstellung und Weiterentwicklung von Musterdokumenten. Schon in ihrem Gründungsjahr 1985 veröffentlichte die Organisation den sog. SWAPS Code mit Definitionen und einer Reihe von vorformulierten Vertragsklauseln für Swap-Verträge.<sup>342</sup> 1987 wurde mit dem Interest Rate and Currency Exchange Agreement ein erster umfassender Mustervertrag veröffentlicht, der in den Folgejahren mehrfach ergänzt wurde.<sup>343</sup> Den Mittelpunkt der Vertragsdokumentation bildet heute jedoch das ISDA Master Agreement, das 1992 erstmals sowie 2002 in aktualisierter Fassung veröffentlicht wurde.<sup>344</sup> Hierbei han-

<sup>334</sup> Art. VI Sec. 4 (c) ISDA By-Laws.

<sup>335</sup> Art. VII Sec. 1 ISDA By-Laws.

<sup>336</sup> Eine Liste der Committees ist einsehbar unter <<https://www.isda.org/committees/>>.

<sup>337</sup> Ausführlich *ISDA, OTC Derivatives Industry Governance Structure* (2. Aufl. 2010).

<sup>338</sup> *ISDA, OTC Derivatives Industry Governance Structure* (2. Aufl. 2010), 3 ff.

<sup>339</sup> *ISDA, OTC Derivatives Industry Governance Structure* (2. Aufl. 2010), 7 ff.

<sup>340</sup> *ISDA, OTC Derivatives Industry Governance Structure* (2. Aufl. 2010), 9 ff.

<sup>341</sup> Die Besetzung der Führungsebene ist einsehbar unter <<https://www.isda.org/about-isda/executives/>>.

<sup>342</sup> *Golden*, IFLR 13 (1994), 18; *Flanagan*, Harv. Negot. L. Rev. 6 (2001), 211, 238; *Feder*, Colum. Bus. L. Rev. 2002, 677, 737; *Awrey*, Yale J. on Reg. 36 (2019), 495, 517.

<sup>343</sup> *Golden*, IFLR 13 (1994), 18, 19; *Biggins*, GLJ 13 (2012), 1297, 1310.

<sup>344</sup> Vgl. *Braithwaite*, Mod. L. Rev. 75 (2012), 779, 787; *Awrey*, Yale J. on Reg. 36 (2019),

delt es sich um einen Rahmenvertrag, der allgemeine schuldrechtliche Regelungen für Derivat- und Swapgeschäfte vorsieht – etwa zu Leistungsmodalitäten, Leistungsstörungen sowie zu Abwicklung und Verrechnung bei Zahlungsausfällen – und so als gemeinsame „Geschäftsgrundlage“ bzw. *common language* einen Mindestgleichlauf einer Vielzahl von Einzeltransaktionen erreichen soll.<sup>345</sup> Das Master Agreement wird ergänzt durch eine Schedule, in deren Rahmen die beteiligten Marktteilnehmer durch Auswahl weiterer bereitgestellter Vertragsbedingungen eine Individualisierung ihrer Vertragsbeziehungen vornehmen können, sowie durch einen Credit Support Annex, der Einzelregelungen zu Kredit sicherheiten vorhält.<sup>346</sup>

Haben Transaktionsparteien in ihrem Bilateralverhältnis der Geltung des ISDA Master Agreement zugestimmt und sich auf die gewünschten Individualisierungen im Rahmen der Schedule und des Credit Support Annex geeinigt, bedürfen Einzelgeschäftsabschlüsse zwischen diesen Parteien dann jeweils nur noch einer Confirmation, welche die spezifischen Bedingungen der Einzeltransaktion festlegt.<sup>347</sup> Diese kann wahlweise unter individueller Aushandlung geschehen (Long Form Confirmation) oder unter Verweis auf ebenfalls von der ISDA bereitgestellte Begriffssammlungen (Definitions) für einzelne Derivatkategorien (Short Form Confirmation).<sup>348</sup> Dabei ist unter anderem eine Rechts- und Gerichtsstandswahl vorgesehen, wobei grundsätzlich die Wahl englischen Rechts und englischer Gerichte oder New Yorker Rechts und New Yorker Gerichte empfohlen wird,<sup>349</sup> mittlerweile aber auch entsprechende Klauseln für das französische und das irische Recht angeboten werden.<sup>350</sup> Es bleibt den Parteien allerdings unbenommen, ein anderes Recht und andere Gerichtsstände zu wählen, wobei auch in diesem Fall zumeist die Definitions der ISDA ausdrücklich in den Vertrag einbezogen

---

495, 517. Die Master Agreements sind abgedruckt u. a. bei *Harding*, *Mastering the ISDA Master Agreements* (3. Aufl. 2010).

<sup>345</sup> *Horst*, AVR 53 (2015), 461, 469; *Horst*, *Transnationale Rechtserzeugung* (2019), 37 f.; *Wielsch*, Mod. L. Rev. 81 (2018), 958, 978; vgl. auch *Braithwaite*, *The Financial Courts* (2020), 31 f.

<sup>346</sup> *von Sachsen-Altenburg*, in: *Zerey* (Hrsg.), *Finanzderivate* (4. Aufl. 2016), 165, 170 f., Rn. 11 ff.; *Horst*, AVR 53 (2015), 461, 469; *Horst*, *Transnationale Rechtserzeugung* (2019), 35 f.

<sup>347</sup> *Flanagan*, Harv. Negot. L. Rev. 6 (2001), 211, 230; *Sebastianutti*, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 3 (2009), 348, 351; *Braithwaite*, Mod. L. Rev. 75 (2012), 779, 787.

<sup>348</sup> *Horst*, AVR 53 (2015), 461, 470; *Horst*, *Transnationale Rechtserzeugung* (2019), 35 f.

<sup>349</sup> Art. 13 des 2002 ISDA Master Agreement; vgl. hierzu auch *Biggins*, GLJ 13 (2012), 1297, 1316; *Hess*, *The Private-Public Divide in International Dispute Resolution* (2018), 151 f.; *Braithwaite*, *The Financial Courts* (2020), 282. Die Gerichtsstandswahl ist allerdings standardmäßig als nicht-ausschließliche vorgesehen.

<sup>350</sup> *Braithwaite*, *The Financial Courts* (2020), 347 f.; *Fentiman*, in: *Trunk/Hatzimihail* (Hrsg.), *EU Civil Procedure Law and Third Countries* (2021), 157, 178; *Lehmann*, in: *MüKo BGB*, Band 13 (8. Aufl. 2021), *Internationales Finanzmarktrecht*, Rn. 547.

werden (sog. *bridge solution*).<sup>351</sup> Anpassungen des Master Agreement und von dessen Anhängen nimmt die ISDA regelmäßig durch den Erlass von Protokollen vor, wobei es den jeweiligen Vertragsparteien überlassen bleibt, ob sie der Geltung eines neuen Protokolls für ihr Vertragsverhältnis durch Ausfüllung eines Adherence Letter zustimmen.<sup>352</sup> In der Praxis sorgt freilich schon das Interesse an einer einheitlichen Marktinfrastruktur dafür, dass von der ISDA neu erlassene Protokolle nahezu flächendeckend in Derivatverträge einbezogen werden, üblicherweise sogar auch in bereits bestehenden Vertragsverhältnissen.<sup>353</sup>

Um nicht nur einen Gleichlauf mehrerer Einzeltransaktionen zu erreichen, sondern auch deren Abwicklung zu erleichtern, sieht das Master Agreement zudem eine Reihe einzelvertragsverknüpfender Koordinationsmechanismen vor. Dazu gehören namentlich Bestimmungen zum sog. Netting. Hierunter ist die transaktionsübergreifende Verrechnung der zwischen zwei oder mehreren Vertragsparteien bestehenden Einzelpositionen zu verstehen, welche zur Folge hat, dass nur ein verbleibender Saldo tatsächlich zu zahlen ist.<sup>354</sup> Für die Transaktionsparteien ist dies nicht nur kostensparend, sondern erweitert auch ihre finanziellen Spielräume: Aufgrund der häufig hohen Nominalverbindlichkeiten aus Derivatverträgen bestünden insbesondere für Banken kaum realistische Möglichkeiten, hinreichende Sicherheiten für alle Einzelpositionen zu stellen, ohne hierdurch zugleich einen erheblichen Teil ihres Eigenkapitals zu binden.<sup>355</sup> Dem wird dadurch abgeholfen, dass die Möglichkeit des Netting bei der Berechnung aufsichtsrechtlicher Eigenkapitalanforderungen sowie des Bedarfs nach Kreditsicherungsmitteln eingepreist wird.<sup>356</sup>

Praktisch besonders relevant ist dabei das speziell auf den Fall der Insolvenz einer Vertragspartei zugeschnittene Close-out Netting:<sup>357</sup> Mit Eröffnung eines

---

<sup>351</sup> Vgl. *Wielsch*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 71, 86; *Beck/Dietenberger*, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), *Bankrechts-Kommentar* (3. Aufl. 2020), 23. Kapitel, Rn. 13. Im ISDA User's Guide for the 2002 Master Agreement wird allerdings explizit darauf hingewiesen, dass seine solche Wahl sorgfältig überdacht werden solle.

<sup>352</sup> *Horst*, *Transnationale Rechtserzeugung* (2019), 52, 56; *Braithwaite*, *The Financial Courts* (2020), 32 f.

<sup>353</sup> Vgl. *Horst*, *Transnationale Rechtserzeugung* (2019), 52; *Borowicz*, *CMLJ* 16 (2021), 72, 78.

<sup>354</sup> *Flanagan*, *Harv. Negot. L. Rev.* 6 (2001), 211, 231; *von Sachsen-Altenburg*, in: Zerey (Hrsg.), *Finanzderivate* (4. Aufl. 2016), 165, 172 f., Rn. 18; *Awrey*, *Yale J. on Reg.* 36 (2019), 495, 507 f.; *Braithwaite*, *The Financial Courts* (2020), 35 f.

<sup>355</sup> Vgl. *Lehmann/Flöther/Gurlit*, *WM* 2017, 597, 598.

<sup>356</sup> Innerhalb der EU nach Art. 205, 206 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012.

<sup>357</sup> *Awrey*, *Yale J. on Reg.* 36 (2019), 495, 508 f. Ausführlich *F. Fuchs*, *Close-out Netting, Collateral und systemisches Risiko* (2013), 45 ff.

Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Vertragspartei endet grundsätzlich die Möglichkeit, im Bilateralverhältnis über Vertragsrechte disponieren und offene Posten aus mehreren Einzelverträgen miteinander verrechnen zu können. Durch die Bestimmungen des Master Agreement zum Close-out Netting aber bleibt die Saldierungsmöglichkeit für im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung – oder bei entsprechender Vertragsgestaltung auch schon bei Eintreten eines Insolvenzgrundes oder bei Stellung eines Insolvenzantrags – noch nicht vollzogene Einzeltransaktionen erhalten, um ein sog. *cherry picking* des Insolvenzverwalters zu verhindern und so das Verlustrisiko der Gegenseite auf den dann ausstehenden Saldobetrag zu beschränken.<sup>358</sup> Durch die Risikominimierung soll einerseits die Stabilität des Derivatemarktes gefördert,<sup>359</sup> andererseits aufgrund der entsprechend reduzierten Eigenkapitalanforderungen Investitionskapital freigesetzt werden.<sup>360</sup> Wenngleich das Konzept des Close-out Netting in Teilen des Schrifttums als insolvenzrechtswidriges Privilegierung kritisiert wird,<sup>361</sup> haben zahlreiche Staaten das Bemühen der ISDA anerkannt und dementsprechend ihre nationalen Insolvenzrechte auf das Instrument abgestimmt.<sup>362</sup> Gleiches gilt für die EU,<sup>363</sup> welche zudem vertragliche Nettingbestimmungen aufsichtsrechtlich als risikomindernd bewertet.<sup>364</sup> Empfehlungen zur Anerkennung

<sup>358</sup> Vgl. *Flanagan*, Harv. Negot. L. Rev. 6 (2001), 211, 231; *Borowicz*, EJLS 8 (2015), 46, 53. Andernfalls stünde es dem Insolvenzverwalter frei, auf Erfüllung der für ihn günstigen Derivatverträge zu bestehen und die Vertragsgegenseite insoweit voll in Anspruch zu nehmen, wohingegen diese hinsichtlich der für sie günstigen Derivatverträge nur eine Quote erhalte; siehe hierzu *Thole*, ZHR 181 (2017), 548, 569.

<sup>359</sup> *Flanagan*, Harv. Negot. L. Rev. 6 (2001), 211, 231 f.; *Borowicz*, EJLS 8 (2015), 46, 54; *Lehmann/Flöther/Gurlit*, WM 2017, 597, 598 f.

<sup>360</sup> *Zimmer/F. Fuchs*, ZGR 2010, 597, 617 f.; *Lehmann/Flöther/Gurlit*, WM 2017, 597, 598.

<sup>361</sup> Etwa *Edwards/Morrison*, Yale J. on Reg. 22 (2005), 91; *C. Paulus*, ZIP 2014, 2374, 2380 f.; *Rauch*, Close-out Netting für Finanzunternehmen (2017), 37 ff.; *Pistor*, The Code of Capital (2019), 147 ff.

<sup>362</sup> Man spricht insoweit von *insolvency safe harbours*; siehe die Übersicht *ISDA*, Status of Netting Legislation, abrufbar unter <<https://www.isda.org/2020/07/03/status-of-netting-legislation/>>; vgl. auch *Morgan*, Hum. Relat. 61 (2008), 637, 649 f.; *Paech*, J.C.L.S. 14 (2014), 419, 429 ff.

<sup>363</sup> Vgl. Art. 25 der Richtlinie 2001/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. April 2001 über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten; Art. 7 und Erwägungsgründe 5, 14, 18 der Richtlinie 2002/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten; Erwägungsgrund 71 der Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren (Neufassung).

<sup>364</sup> Vgl. Art. 295 bis 298 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012; *Weber*, Die neue Marktinfrastruktur im OTC Derivatehandel (2019), 101.

von Close-out Netting wurden darüber hinaus von Internationalen Organisationen wie der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich,<sup>365</sup> UNCITRAL<sup>366</sup> und UNIDROIT<sup>367</sup> ausgesprochen. Umgekehrt hat die ISDA auch ihrerseits auf Druck von staatlicher Seite (insbesondere des Financial Stability Board) bereits verschiedentlich Anpassungen ihrer Vertragsdokumentation vorgenommen, etwa eine Wartepflicht vor Durchführung des Close-out Netting vorgesehen.<sup>368</sup>

### cc) Genese der Musterdokumente

Die Erstellung und Überarbeitung der Musterdokumente findet innerhalb der ISDA in den jeweils fachlich einschlägigen Committees statt, wobei Einzelaspekte zum Teil auch von Subcommittees und Working Groups ausgearbeitet werden.<sup>369</sup> In die Committees werden zumeist Inhouse-Juristen und leitende Angestellte verschiedener ISDA-Mitglieder aller Kategorien berufen; häufig werden auch externe Anwaltskanzleien einbezogen.<sup>370</sup> Nach dem Anspruch der ISDA soll das Verfahren der Dokumentengnese auf Offenheit, breite Beteiligungsmöglichkeiten, Multidisziplinarität und Konsensbildung angelegt sein.<sup>371</sup> So wird auch bei der Besetzung der Committees auf ein Mindestmaß an Repräsentation der verschiedenen am Derivatemarkt tätigen Verkehrskreise und darüber hinaus auf die Erzielung einvernehmlicher Entscheidungen Wert gelegt.<sup>372</sup> Im Streitfall können andere Committees und der General Counsel der ISDA als Vermittler eingeschaltet oder eine Entscheidung des Board eingeholt werden.<sup>373</sup> Sind die Beratungen im zuständigen Committee abgeschlossen, wird der erarbeitete Entwurf dem Board zur Abstimmung vorgelegt und im Falle einer Annahme mit der hierfür erforderlichen absoluten Mehrheit schließlich veröffentlicht.<sup>374</sup>

---

<sup>365</sup> *Bank for International Settlements*, Report of the Committee on Interbank Netting Schemes of the Central Bank of the Group of Ten Countries (1990), abrufbar unter <<https://www.bis.org/cpmi/publ/d04.pdf>>.

<sup>366</sup> *UNCITRAL*, Legislative Guide on Insolvency Law (2005), abrufbar unter <[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/05-80722\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/05-80722_ebook.pdf)>, Recommendations 101-107.

<sup>367</sup> Vgl. die hierzu ausgearbeiteten UNIDROIT Principles on the Operation of Close-out Netting Provisions von 2013, abrufbar unter <<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/netting-English.pdf>>.

<sup>368</sup> Am Beispiel des Resolution Stay Protocol *Pistor*; *The Code of Capital* (2019), 150 ff.; *Borowicz*, CMLJ 16 (2021), 72, 86 f.

<sup>369</sup> *Flanagan*, Harv. Negot. L. Rev. 6 (2001), 211, 250.

<sup>370</sup> *Flanagan*, Harv. Negot. L. Rev. 6 (2001), 211, 249 f.

<sup>371</sup> *Flanagan*, Harv. Negot. L. Rev. 6 (2001), 211, 261.

<sup>372</sup> *Flanagan*, Harv. Negot. L. Rev. 6 (2001), 211, 250 f.

<sup>373</sup> *Flanagan*, Harv. Negot. L. Rev. 6 (2001), 211, 250.

<sup>374</sup> *Flanagan*, Harv. Negot. L. Rev. 6 (2001), 211, 251.



## dd) Begleitinstrumente und -mechanismen

Auch die ISDA stellt neben den im Zentrum stehenden Musterdokumenten eine Vielzahl von Begleitinstrumenten und -mechanismen bereit, mittels derer eine möglichst einheitliche Auslegung und Anwendung der Mustervertragsbestimmungen sichergestellt werden soll. So bietet die Organisation etwa neben Handbüchern, Kommentierungen und Übersetzungen zu den wesentlichen ISDA-Musterdokumenten sowie Konferenzen und Fortbildungen für Marktteilnehmer und deren Berater<sup>375</sup> auch die Erstellung von Rechtsgutachten (Opinions) an, wenn allgemeine Auslegungsfragen – insbesondere im Zusammenhang mit regulatorischen Anforderungen bestimmter nationaler Rechtsordnungen – aufkommen.<sup>376</sup> Diese Gutachten werden veröffentlicht und sind für alle Mitglieder frei zugänglich.<sup>377</sup> Auch in staatlichen Gerichts- und privaten Schiedsverfahren tritt die ISDA in Fällen mit Bezug zu ihren Musterdokumenten regelmäßig als *amicus curiae* auf, soweit die anwendbaren Verfahrensregeln dies zulassen.<sup>378</sup>

Darüber hinaus stellt die ISDA mittlerweile eigene Adjudikationsmechanismen bereit. Im Zentrum stehen dabei die im Jahre 2009 mit dem sog. Big Bang Protocol<sup>379</sup> eingeführten ständigen Credit Derivatives Determinations Committees.<sup>380</sup> Hierbei handelt es sich um spezialisierte Spruchkörper, die von jedem Marktteilnehmer angerufen werden können<sup>381</sup> und die darüber entscheiden, ob bestimmte Vertragsbedingungen nach Maßgabe der ISDA Definitions in einem konkreten Fall eingetreten sind. Dazu gehören insbesondere sog. „Credit Events“ (z. B. der Zahlungsausfall eines Referenzschuldners), „Succession Events“ (z. B. ein Rechtsübergang im Falle eines Unternehmenskaufs) und „Termination

<sup>375</sup> Flanagan, Harv. Negot. L. Rev. 6 (2001), 211, 229, 262 f.; Köndgen, in: Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht (2014), 277, 284; Braithwaite, The Financial Courts (2020), 31.

<sup>376</sup> Biggins/Scott, EBLR 13 (2012), 309, 327; Braithwaite, Mod. L. Rev. 75 (2012), 779, 785; Köndgen, in: Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht (2014), 277, 284.

<sup>377</sup> Für Mitglieder abrufbar unter <<https://www.isda.org/category/opinions/>>.

<sup>378</sup> Die Liste von *amicus briefs* der ISDA ist abrufbar unter <<https://www.isda.org/category/legal/amicus-briefs/>>. Vgl. zu dieser Praxis auch Biggins, GLJ 13 (2012), 1297, 1323 f.; Wielsch, Mod. L. Rev. 81 (2018), 958, 978.

<sup>379</sup> 2009 ISDA Credit Derivatives Determinations Committees and Auction Settlement CDS Protocol vom 12.3.2009, abrufbar unter <<https://www.isda.org/a/WS6EE/Big-Bang-Protocol.pdf>>; wenig später ergänzt durch das 2009 ISDA Credit Derivatives Determinations Committees, Auction Settlement and Restructuring CDS Protocol vom 14.7.2009 (sog. Small Bang Protocol), abrufbar unter <<https://www.isda.org/traditional-protocol/small-bang-protocol/>>.

<sup>380</sup> Siehe deren Internetauftritt <<https://www.cdsdeterminationscommittees.org/>>, auf welchem auch die maßgeblichen Verfahrensregeln in Form der Credit Derivatives Determinations Committees Rules einsehbar sind (nachfolgend DC-Rules), aktuelle Fassung vom 28.9.2018, abrufbar unter <[https://www.cdsdeterminationscommittees.org/wp-content/files\\_mf/1544459244ISDA\\_DC\\_RulesSeptember282018.pdf](https://www.cdsdeterminationscommittees.org/wp-content/files_mf/1544459244ISDA_DC_RulesSeptember282018.pdf)>.

<sup>381</sup> Sec. 2.1 (a) DC-Rules.



Events“ (z. B. den Vertrag beeinträchtigende Änderung regulatorischer Rahmenbedingungen), die jeweils Zahlungspflichten aus Derivatverträgen auslösen können.<sup>382</sup> Daneben kommt den Determinations Committees eine Auffangkompetenz für sonstige Auslegungsfragen im Zusammenhang mit Derivatverträgen zu.<sup>383</sup>

Die Besonderheit der Entscheidungen der Determinations Committees liegt darin, dass sie sich nicht auf das konkrete streitgegenständliche Vertragsverhältnis beschränken, sondern die gestellte Auslegungsfrage *erga omnes*, d. h. mit Wirkung für alle Marktteilnehmer beantworten, die in ihren Transaktionsbeziehungen die Definitionen der ISDA vertraglich einbezogen und der Zuständigkeit der Determinations Committees zugestimmt haben.<sup>384</sup> Hierdurch sollen die Entscheidungen der Committees dazu beitragen, einen marktweiten Gleichlauf der Vertragsdurchführungen sicherzustellen und so unter anderem die systemischen Risiken unkoordinierter Vertragsabwicklungen gerade im Krisenfall zu reduzieren.<sup>385</sup>

Derzeit existieren fünf Determinations Committees, deren Zuständigkeit nach Regionen aufgeteilt ist.<sup>386</sup> Ihnen gehören jeweils bis zu fünfzehn stimmberechtigte Mitglieder an, davon bis zu zehn der Anbieterseite (Dealers, Derivatehändler) und bis zu fünf der Käuferseite (Non-dealers) nahestehende Vertreter, wodurch sowohl ein Mindestmaß an Repräsentativität als auch die Einbringung breiter Sachkenntnis in die Entscheidungsfindung gewährleistet werden soll.<sup>387</sup> Zudem können Vertreter von Zentralen Gegenparteien (Central Counterparties) als nicht stimmberechtigte Berater einbezogen werden.<sup>388</sup> Die Entscheidungen der Determinations Committees erfolgen, abhängig von der Fragestellung, mit einfacher oder qualifizierter Mehrheit<sup>389</sup> und werden unter Offenlegung des Ab-

---

<sup>382</sup> Vgl. die Auflistung in Sec. 3 DC-Rules.

<sup>383</sup> Sec. 3.8 (b) DC-Rules.

<sup>384</sup> C. Baker, Notre Dame L. Rev. 85 (2010), 1287, 1362; Awrey, RBFL 34 (2014), 183, 217; Engert, Rechtswissenschaft 2014, 301, 305; Horst, AVR 53 (2015), 461, 473 f.; Horst, Transnationale Rechtserzeugung (2019), 59.

<sup>385</sup> Vgl. Wielsch, in: Eidenmüller (Hrsg.), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution (2013), 71, 87 f.; Wielsch, Mod. L. Rev. 81 (2018) 958, 979 f.

<sup>386</sup> Siehe die Übersicht unter <<https://www.cdsdeterminationscommittees.org/current-dc-members-effective-as-of-april-29-2022/>>.

<sup>387</sup> Vgl. Wielsch, in: Eidenmüller (Hrsg.), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution (2013), 71, 87; Awrey, RBFL 34 (2014), 183, 217 f.

<sup>388</sup> Zum Bearbeitungszeitpunkt ist dies der Fall in vier der fünf Determination Committees; vgl. <<https://www.cdsdeterminationscommittees.org/current-dc-members-effective-as-of-april-29-2022/>>.

<sup>389</sup> Horst, AVR 53 (2015), 461, 474 ff.; Horst, Transnationale Rechtserzeugung (2019), 60. Ein Beispiel für das Erfordernis einer sog. Supermajority i. S. d. Sec. 6 DC-Rules (80 %-Mehrheit der abgegebenen Stimmen) ist die Bestimmung eines Credit Event nach Sec. 3.1. (c) DC-Rules.

stimmungsverhaltens der einzelnen Mitglieder veröffentlicht.<sup>390</sup> Seit Einführung der Determinations Committees im Jahr 2009 sind bereits über fünfhundert Entscheidungen ergangen. Allen Mitgliedern der ISDA steht zudem die Möglichkeit offen, unter bestimmten Bedingungen die Entscheidung eines Determinations Committees durch ein externes Panel aus drei unabhängigen Experten überprüfen zu lassen (External Review).<sup>391</sup> In diesem externen Verfahren können sich alle ISDA-Mitglieder mit schriftlichen Einlassungen beteiligen, welche ebenso öffentlich gemacht werden wie die abschließenden Entscheidungen des Review Panel.<sup>392</sup> Ein weiterer Aufgabenbereich der Determinations Committees ist die Festlegung, ob im Falle eines Kreditereignisses ein zentralisiertes Auktionsverfahren durchzuführen ist (Centralized Auction-Settlement), mit welchem einheitliche Marktpreise für die ausgefallenen Forderungen und die Abwicklung der darauf bezogenen Kreditderivate bestimmt werden können.<sup>393</sup>

Neben der Entwicklung dieser ausdifferenzierten, aber sachlich begrenzten eigenen Adjudikationsmechanismen hat sich die ISDA auch aktiv an der Etablierung einer auf finanzrechtliche Fragen im Allgemeinen spezialisierten Streitbelegungsinstitution beteiligt: dem 2012 ins Leben gerufenen Panel of Recognised International Market Experts in Finance (P.R.I.M.E. Finance).<sup>394</sup> Diese an den Ständigen Schiedshof (Permanent Court of Arbitration) in Den Haag angegliederte Organisation bietet Schieds- und Mediationsverfahren, Sachverständigen-gutachten, Stellungnahmen und Fortbildungen an und greift dabei auf einen Pool von über zweihundert erfahrenen Experten aus der Rechts- und Finanzpraxis zurück.<sup>395</sup> Speziell für den Bereich des Derivatehandels werden hierbei Modellschiedsklauseln bereitgestellt, die passgenau auf die Vertragsdokumentation der

<sup>390</sup> Einsehbar unter <<https://www.cdsdeterminationscommittees.org/credit-default-swaps-archive/>>.

<sup>391</sup> Siehe Sec. 4 DC-Rules.

<sup>392</sup> Zur Beteiligungsmöglichkeit siehe Sec. 4.5. (c) DC-Rules; zur Veröffentlichung siehe Sec. 4.6 (f) DC-Rules. Vgl. auch *Borowicz*, EJLS 8 (2015), 46, 61 f.

<sup>393</sup> Sec. 3.2 DC-Rules. Vgl. hierzu *Litten/Bell*, WM 2011, 1109, 1114 ff.; *Wielsch*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 71, 86 f.; *Wielsch*, *Mod. L. Rev.* 81 (2018) 958, 979; *Awrey*, RBFL 34 (2014), 183, 217; *Horst*, *Transnationale Rechtserzeugung* (2019), 72; *Beck/Dietenberger*, in: *Langenbacher/Bliesener/Spindler* (Hrsg.), *Bankrechts-Kommentar* (3. Aufl. 2020), 23. Kapitel, Rn. 29 ff. Zur Empirie der Preisbildung in diesen Verfahren *Chernov/Gorbenko/Makarov*, *Rev. Financ. Stud.* 26 (2013), 768 ff.

<sup>394</sup> Siehe den Internetauftritt unter <<https://primefinancedisputes.org/>>. Ausführliche Darstellung bei *Dalhuisen*, *Arbitration in International Finance* (2012); *Ross*, CMLJ 7 (2012), 221 ff. Vgl. auch *Biggins*, GLJ 13 (2012), 1297, 1326 f.; *Hess*, *The Private-Public Divide in International Dispute Resolution* (2018), 153; *Pistor*, *The Code of Capital* (2019), 146.

<sup>395</sup> Vgl. das Mission Statement der Organisation unter <<https://primefinancedisputes.org/page/mission>>.

ISDA zugeschnitten sind.<sup>396</sup> Nicht wenige Mitglieder des bei P.R.I.M.E. Finance eingebundenen Panel of Experts waren oder sind mit der ISDA assoziiert.<sup>397</sup> Überdies gibt die ISDA seit 2013 einen regelmäßig aktualisierten Arbitration Guide heraus, der Hilfestellung bei der Nutzung von Schiedsverfahren, insbesondere verschiedener Schiedsinstitutionen und -regeln, im Zusammenhang mit ISDA Musterdokumenten bietet.<sup>398</sup> Damit folgt sie dem Trend, nunmehr auch im Finanzbereich zunehmend auf Schiedsverfahren und alternative Streitbeilegungsmechanismen zurückzugreifen.<sup>399</sup>

Schließlich bringt sich die ISDA auf politischer Ebene ein. Hier versteht sie sich einerseits als Interessenvertreterin ihrer Mitglieder,<sup>400</sup> nimmt andererseits aber auch unter Rückgriff auf ihre bereichsspezifische Expertise in beratender Funktion an nationalen, supranationalen und internationalen Regulierungsvorhaben teil.<sup>401</sup> Auf Änderungen des staatlichen Regulierungsrahmens wiederum re-

---

<sup>396</sup> Einsehbar unter <<https://primefinancedisputes.org/page/model-clauses>>. Spezielle Musterschiedsklauseln für ISDA-Verträge bietet daneben auch die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) an unter <<https://www.disarb.org/werkzeuge-und-tools/dis-musterklauseln>>.

<sup>397</sup> Die Mitgliederliste ist einsehbar unter <<https://primefinancedisputes.org/page/experts-overview>>.

<sup>398</sup> <<https://www.isda.org/book/2018-isda-arbitration-guide/>>; vgl. auch *U. Jahn*, in: *Kronke/Melis/Kuhn* (Hrsg.), *Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht* (2. Aufl. 2017), 1004, 1030, Rn. 580; *Reiner/Scholl*, in: *Ellenberger/Bunte* (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch* (6. Aufl. 2022), § 94, Rn. 406.

<sup>399</sup> Vgl. *Engert*, *Rechtswissenschaft* 2014, 301, 317; *Hess*, *The Private-Public Divide in International Dispute Resolution* (2018), 152 f. Zur steigenden Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit im Finanzbereich allgemein siehe *Benjamin/Bowden/Rouch*, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 2 (2008), 321, 323; *Wiebecke*, *SchiedsVZ* 2008, 34; *Hadfield*, *Rules for a Flat World* (2017), 335 ff.; *Affaki*, in: *FS Kronke* (2020), 1317 ff.; sowie die vom Kölner Center for Transnational Law und dem Institute for Banking Law unter Federführung von *Klaus Peter Berger* betriebene Webseite <<http://arbinfinanz.uni-koeln.de/>>.

<sup>400</sup> Sehr erfolgreich geschah dies etwa im Hinblick auf die in mittlerweile über 100 Staaten erfolgte Anpassung des nationalen Insolvenzrechts an die Erfordernisse des im ISDA Master Agreement vorgesehenen Close-out Netting-Mechanismus. Siehe hierzu *ISDA*, *Status of Netting Legislation*, abrufbar unter <<https://www.isda.org/2020/07/03/status-of-netting-legislation/>>; *Morgan*, *Hum. Relat.* 61 (2008), 637, 649 f.; *Paech*, *J.C.L.S.* 14 (2014), 419, 429 ff.; kritisch *Riles*, in: *Jansen/Michaels* (Hrsg.), *Beyond the State* (2008), 183, 192 f. Vgl. zur Öffentlichkeitsarbeit der ISDA auch *Flanagan*, *Harv. Negot. L. Rev.* 6 (2001), 211, 245 f.; *Biggins*, *GLJ* 13 (2012), 1297, 1313 f.; *Biggins/Scott*, *EBLR* 13 (2012), 309, 329 ff.; *Awrey*, *RBFL* 34 (2014), 183, 207 f.; *Horst*, *Transnationale Rechtserzeugung* (2019), 32 f.

<sup>401</sup> Als Beispiel genannt sei die Stellungnahme der ISDA zum Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung über das auf die Drittwirkung von Forderungsabtretungen anzuwendende Recht vom 12.3.2018, abrufbar unter <[https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/1628-Assignment-of-claims/F11673\\_de](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/1628-Assignment-of-claims/F11673_de)>. Vgl. auch *Biggins/Scott*, *EBLR* 13 (2012), 309, 340 f.

agiert die ISDA ihrerseits zeitnah durch Anpassung ihrer Vertragsdokumentation und Begleitinstrumente.<sup>402</sup> Als Beispiel hierfür kann die Reaktion auf staatliche und supranationale Vorgaben zur behördlich angeordneten Restrukturierung von Banken im Wege des *bail-in* angeführt werden: Da das Close out-Netting mit dem Mechanismus des *bail-in* kollidieren kann, in dessen Rahmen Gläubiger durch Herabschreibung oder Umschreibung von Fremd- in Eigenkapital an aufgelaufenen finanziellen Verlusten sowie an den Kosten der Sanierung betroffener Kreditinstitute beteiligt werden,<sup>403</sup> erließ die ISDA auch auf Druck verschiedener Staaten und des Financial Stability Board ein Resolution Stay Protocol, mit welchem sich die ISDA-Mitglieder bzw. Verwender der ISDA-Musterdokumente unter anderem zum zeitweisen Verzicht auf die Ausübung von Kündigungsrechten und die Durchsetzung des Netting-Mechanismus im Rahmen von Restrukturierungsverfahren verpflichten sollten.<sup>404</sup> Modellklauseln zur Implementierung dieser Maßgaben in Einzelverträgen stellt die ISDA mittlerweile für den deutschen, englischen, französischen, italienischen, japanischen und schweizerischen Rechtsrahmen bereit.<sup>405</sup> In zunehmendem Maße sucht die ISDA darüber hinaus den Schulterchluss mit Internationalen Organisationen wie beispielsweise UNIDROIT,<sup>406</sup> aber auch mit anderen Branchenorganisationen.<sup>407</sup>

Der Erfolg all dieser Bemühungen der ISDA ist durchschlagend: Nach Schätzungen werden heute über 90 % aller weltweit getätigten außerbörslichen Derivatgeschäfte nach ihren Vorgaben durchgeführt.<sup>408</sup> Alternativen wie das Master Agreement for Financial Transactions des Europäischen Bankenverbandes,<sup>409</sup> der Deutsche Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte des Zentralen Kreditausschusses<sup>410</sup> oder das FBF Master Agreement relating to transactions on forward financial instruments der Fédération Bancaire Française<sup>411</sup> konnten sich

<sup>402</sup> Vgl. Hess, *The Private-Public Divide in International Dispute Resolution* (2018), 154.

<sup>403</sup> Im Überblick *Burkert/Cranshaw*, DZWIR 2015, 443, 448 ff.; ausführliche Darstellung bei *Kowolik*, *Das Bail-in-Instrument* (2019), 30 ff.

<sup>404</sup> Abrufbar unter <<http://assets.isda.org/media/ac6b533f-3/5a7c32f8-pdf/>>; vgl. hierzu *Pistor*, *The Code of Capital* (2019), 150 ff.

<sup>405</sup> Die entsprechenden Protokolle sind abrufbar unter <<https://www.isda.org/protocol/isda-resolution-stay-jurisdictional-modular-protocol/>> und <<https://www.isda.org/protocol/brrd-ii-omnibus-jurisdictional-module-to-the-isda-resolution-stay-jurisdictional-modular-protocol/>>.

<sup>406</sup> Vgl. *Riles*, in: Jansen/Michaels (Hrsg.), *Beyond the State* (2008), 183, 193.

<sup>407</sup> Vgl. *Giovanoli*, in: Giovanoli (Hrsg.), *International Monetary Law* (2000), 3, 28.

<sup>408</sup> *Braithwaite*, *Mod. L. Rev.* 75 (2012), 779, 784; *Braithwaite*, *The Financial Courts* (2020), 34; *Awrey*, *Yale J. on Reg.* 36 (2019), 495, 514; *Horst*, *Transnationale Rechtserzeugung* (2019), 15 f.

<sup>409</sup> Abrufbar unter <<https://www.ebf.eu/home/european-master-agreement-ema/>>.

<sup>410</sup> Abrufbar unter <<https://bankenverband.de/service/rahmenvertraege-fuer-finanzgeschaeft/rahmenvertrag-fur-finanztermingeschaeft/>>.

<sup>411</sup> Abrufbar unter <<https://www.fbf.fr/en/fbf-master-agreement-relating-to-transactions->

demgegenüber bislang nicht in der Breite des Marktes behaupten.<sup>412</sup> Die ISDA hat sich damit zum institutionellen Zentrum des außerbörslichen Derivatemarktes entwickelt und stellt mit ihren Musterdokumenten und Begleitmechanismen einen weltweit nahezu einheitlichen Regelungsrahmen für die Vertragspraxis des Kreditderivats und anderer Derivatearten bereit.

#### 4. Gemeinsame Elemente der untersuchten Finanzgeschäfte

Die vorgestellten Finanzgeschäfte – Dokumentenakkreditiv, Konsortialkredit und Kreditderivat – weisen, obschon sie unterschiedlichen Bereichen der Bank- und Finanzpraxis zugehören, eine Reihe hervorstechender Gemeinsamkeiten auf.

##### a) Typischerweise grenzüberschreitender Kontext

Zum Ersten betreffen sie wirtschaftliche Sachverhalte, die typischerweise grenzüberschreitende Elemente aufweisen und damit potenziell verschiedene staatliche Rechtsordnungen berühren.<sup>413</sup> Das Dokumentenakkreditiv ist auf die spezifischen Bedürfnisse von Außenhandelstransaktionen zugeschnitten.<sup>414</sup> Der Konsortialkredit kommt vor allem bei solchen Finanzierungen zum Einsatz, die schon aufgrund ihres Volumens die Beteiligung von Kreditinstituten oder anderen Kapitalgebern aus mehreren Staaten erfordern.<sup>415</sup> Und auch der außerbörsliche Handel mit Derivaten spielt sich vornehmlich jenseits nationaler Grenzen und unter Beteiligung einer Vielzahl von Akteuren aus unterschiedlichen Jurisdiktionen ab.<sup>416</sup> Der Bezug zu einem bestimmten Ort spielt bei all diesen Finanzgeschäften – anders als etwa im klassischen Warenhandel und bei vielen persön-

---

on-forward-financial-instruments-published-on-february-5-2020-last-update-on-june-16-2020/>.

<sup>412</sup> *Durand-Barthez*, IBLJ 2012, 505, 513; *Wielsch*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 71, 86. Zum Teil werden allerdings nationale Rahmenverträge und ISDA-Musterdokumente miteinander kombiniert; vgl. dazu *U. Jahn*, in: *Kronke/Melis/Kuhn* (Hrsg.), *Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht* (2. Aufl. 2017), 1004, 1032 f., Rn. 588 ff.

<sup>413</sup> Vgl. *Sebastianutti*, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 3 (2009), 64; *Dalhuisen*, *The Applicable Law in International Financial Disputes and the Status, Powers and Reasoning of International Financial Arbitrators* (2014), 3; *Köndgen*, in: *Calliess* (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 277, 280.

<sup>414</sup> Vgl. *von Bar*, *ZHR* 152 (1988), 38.

<sup>415</sup> Vgl. *Renner*, *ZBB* 2018, 278, 280.

<sup>416</sup> *Morgan*, *Hum. Relat.* 61 (2008), 637, 639; *C. Baker*, *Notre Dame L. Rev.* 85 (2010), 1287, 1301; *Wilhelmi*, *RIW* 2016, 253. Ein wichtiges Anwendungsfeld des Derivatehandels ist beispielsweise auch die Absicherung gegen Wechselkursschwankungen; vgl. dazu *C. Baker*, *Notre Dame L. Rev.* 85 (2010), 1287, 1319.



lich zu erbringenden Dienstleistungen – inhaltlich zumeist keine Rolle, weshalb man insoweit auch von „delokalisierten“ oder „entterritorialisierten“ Sachverhalten sprechen könnte.<sup>417</sup> Dies gilt selbst dann, wenn ausnahmsweise alle Beteiligten im gleichen Staat ansässig sein sollten, denn auch hier legen die Parteien regelmäßig Wert auf die Anschlussfähigkeit ihrer Transaktionen an die Erwartungen und Gepflogenheiten des grenzüberschreitenden Marktumfelds.<sup>418</sup> Erst diese Anschlussfähigkeit und die hierdurch ermöglichte Abstimmung mit einer Vielzahl gleichgelagerter Vertragsverhältnisse schaffen für die Beteiligten Vorhersehbarkeit und wirtschaftliche Kalkulierbarkeit. Faktoren wie der Sitz der Parteien oder der Abschlussort des Vertrages fallen demgegenüber meist weit weniger ins Gewicht.

*b) Zweck der Reduzierung von Transaktionsrisiken*

Alle Geschäftsarten dienen zweitens der Reduzierung von Risiken rein bilateraler Transaktionen, insbesondere durch Einbindung weiterer Beteiligter. Das Dokumentenakkreditiv minimiert das Risiko einer Schlecht- oder Nichtleistung zwischen Handelspartnern durch Einschaltung eines oder mehrerer Zahlungsintermediäre. Der Konsortialkredit verteilt neben der Finanzierungslast auch das Risiko eines Zahlungsausfalls auf eine Mehrzahl von Kreditgebern, einerseits schon durch die ursprüngliche Aufteilung der Kreditausreichung, andererseits durch die Möglichkeit zur Weiterveräußerung einzelner Kreditforderungen am grenzüberschreitenden Sekundärmarkt. Das Kreditderivat sichert das Risiko der bei Eintritt eines Kreditereignisses drohenden Zahlungsausfälle durch Einbindung eines einspringenden, oftmals seinerseits durch Dritte rückversicherten Sicherungsgebers, erleichtert zudem die Risikokalkulation durch die Möglichkeit der Verrechnung von Einzeltransaktionen und ist schließlich ebenfalls am grenzüberschreitenden Sekundärmarkt handelbar. Da die Verteilung und Streuung von Risiken zur „DNA“ des Finanzgeschäfts gehört und dem Aspekt der Kalkulierbarkeit hierbei erhebliche Bedeutung zukommt, ist das Bedürfnis nach Erwartungssicherheit für dahingehende vertragliche Abreden in diesem Bereich besonders ausgeprägt.<sup>419</sup>

<sup>417</sup> Vgl. *Sebastianutti*, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 3 (2009), 155, 162; *Basedow*, *The Law of Open Societies* (2015), 62 ff.; *Lehmann/Eichmüller*; BKR 2023, 1. Speziell zum Derivatemarkt *C. Baker*, *Notre Dame L. Rev.* 85 (2010), 1287, 1360 f.; *Steil/Hinds*, *Money, Markets, and Sovereignty* (2010), 31.

<sup>418</sup> *Dalhuisen*, *Rutgers Univ. L. Rev.* 67 (2015), 1, 14 f.; *Dalhuisen*, in: *Heidemann/Lee* (Hrsg.), *The Future of the Commercial Contract in Scholarship and Law Reform* (2018), 27, 28.

<sup>419</sup> *Sebastianutti*, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 3 (2009), 64, 69.



c) Entstehung und Fortentwicklung in der Finanz- und Kautelarpraxis

Alle Gestaltungsformen sind drittens nicht Geschöpfe staatlicher Gesetzgebung, sondern wurden innerhalb der Finanz- und Kautelarpraxis entwickelt.<sup>420</sup> Auch und gerade deshalb sind sie von territorialen Gesichtspunkten weitgehend losgelöst und spezifisch auf das Bedürfnis zugeschnitten, Markakteure über staatliche Grenzen hinweg zu verbinden.<sup>421</sup> Bemerkenswerterweise sind Dokumentenakkreditiv, Konsortialkredit und Kreditderivat auch nach ihrer Etablierung in der Praxis nicht oder nur punktuell im staatlichen Privatrecht aufgegriffen worden, finden beispielsweise keine Entsprechung in gesetzlich normierten Vertragstypen. Zugleich zeichnen sich die bereichsspezifischen Musterdokumente – der Tradition angloamerikanischer Kautelarjurisprudenz entsprechend<sup>422</sup> – durch einen hohen Detailgrad aus und unterliegen einem vergleichsweise häufigen Wandel, nicht zuletzt aufgrund ihrer induktiven Genese aus den sich laufend fortentwickelnden Anforderungen der Marktpraxis.<sup>423</sup>

d) Professionalität, Homogenität und Vernetzung der Beteiligten

Viertens sind an der jeweiligen Geschäftsart in der Regel ausschließlich Akteure beteiligt, die sich durch ein hohes Maß an Professionalität, Homogenität und Vernetzung auszeichnen.<sup>424</sup> Zu ihnen gehören neben Banken unter anderem auch Versicherungen, Fonds, Vermögensverwaltungen sowie grenzüberschreitend agierende Industrieunternehmen. Potenzielle Vertragspartner werden daher typischerweise mit ähnlichen Grundvorstellungen und Interessen sowie unter Verwendung einer gemeinsamen Fachsprache aneinander herantreten.<sup>425</sup> Nicht selten werden sie bzw. ihre bereichsspezifisch zuständigen Angestellten untereinander bekannt und über den konkreten Geschäftsabschluss hinaus zumindest lose informell verbunden sein, etwa über vergangene gemeinsame Geschäfte, die Mitgliedschaft in Branchenorganisationen oder Treffen bei einschlägigen Fachveranstaltungen.<sup>426</sup> Das gilt zum Teils sogar regimeübergreifend: So sind beispielsweise von den über fünfzig deutschen Mitgliedern der LMA rund die Hälfte

---

<sup>420</sup> *Francesco Galgano* spricht in diesem Zusammenhang bildhaft von „juridischer Alchemie“; siehe *Galgano*, *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.* 2 (1995), 99.

<sup>421</sup> Vgl. *Sebastianutti*, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 3 (2009), 64, 69.

<sup>422</sup> Vgl. *Merkt*, *ZHR* 171 (2007), 490, 495 f.

<sup>423</sup> Vgl. *Levit*, *Yale J. Int'l L.* 30 (2005), 125, 169 f., 177 ff.; *Sebastianutti*, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 3 (2009), 155, 162.

<sup>424</sup> Vgl. zum Dokumentenakkreditiv *Levit*, *Yale J. Int'l L.* 30 (2005), 125, 167 f.; zum Konsortialkredit *Wenzel*, *Rechtsfragen internationaler Konsortialkreditverträge* (2006), 43; zu Kreditderivaten *C. Baker*, *Notre Dame L. Rev.* 85 (2010), 1287, 1301.

<sup>425</sup> *Levit*, *Yale J. Int'l L.* 30 (2005), 125, 168.

<sup>426</sup> Vgl. *Köndgen*, in: *Calliess* (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 277, 285.

te zugleich Mitglieder der ISDA und über ein Drittel ebenfalls Mitglieder der ICC.<sup>427</sup> Auch die Wahrscheinlichkeit künftiger Wiederbegegnungen nach Abschluss einer Transaktion ist unter diesen Umständen deutlich erhöht. Verstärkt werden diese verbindenden Faktoren noch durch die den primären Marktakteuren zuarbeitenden Dienstleister, insbesondere durch Anwälte, die regelmäßig als Intermediäre agieren, vielfach selbst über Großkanzleien, Anwaltsvereinigungen und Expertennetzwerke organisiert sind und sowohl untereinander als auch zu ihren Mandanten längerfristige Geschäftsbeziehungen pflegen.<sup>428</sup> Die durch diese Verquickungen bedingte gegenseitige Sichtbarkeit unter den Beteiligten erhöht die Bedeutung auch informeller Gepflogenheiten sowie sozialer Anreize zu kooperativem Verhalten.<sup>429</sup>

#### e) Einbindung in mehrpolige und mehrgliedrige Vertragsbeziehungen

Die Verwendung von Dokumentenakkreditiven, Konsortialkrediten und Kreditderivaten ist fünftens in den meisten Fällen in mehrpolige und mehrgliedrige Vertragsbeziehungen eingebunden, die ein Mindestmaß an Koordinierung einzelner Transaktionen erforderlich machen.<sup>430</sup> Beteiligt an diesen Arten von Finanzgeschäften sind in der Regel Marktakteure, die in eine Vielzahl entsprechender Austauschverhältnisse involviert und schon deshalb an einem marktweit geteilten Grundverständnis über den jeweils einschlägigen Vertragstyp und dessen Auslegung interessiert sind.<sup>431</sup> Die rechtliche Individualisierung des jeweiligen Einzelvertrages ist für sie dann zumeist von geringerer Relevanz als dessen nahtlose Einfügung in bestehende und miteinander verflochtene grenzüberschreiten-

<sup>427</sup> Die Mitgliederlisten sind einsehbar unter <<https://www.lma.eu.com/about-us/list-members>>, <<https://www.isda.org/membership/isda-members>> und <<https://www.iccgermany.de/mitglieder/mitglieder-icc-germany/>>.

<sup>428</sup> Grundlegend *Flood*, Ind. J. Global Legal Stud. 14 (2007), 35, 38 ff.; *Quack*, in: Botzem u. a. (Hrsg.), *Governance als Prozess* (2009), 575, 577, 581 ff.; vgl. auch *Calliess*, in: Gessner, (Hrsg.), *Contractual Certainty in International Trade* (2008), 215, 227 f.; *Black/Rouch*, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 2 (2008), 218, 223.

<sup>429</sup> *Levit*, *Yale J. Int'l L.* 30 (2005), 125, 168; vgl. auch *Shaffer*, *Conn. L. Rev.* 42 (2009), 147, 163 f.

<sup>430</sup> Vgl. allgemein für diese Eigenschaft von Handelsgeschäften *Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft (12. Aufl. 1969), 114: „Jedes Handelsgeschäft ist ein Glied in einer langen Kette von Geschäften zahlreicher anderer Kaufleute. Eine Störung, „Differenz“, die in ihr irgendwo entsteht, kann sich die ganze Kette entlang fortpflanzen. Sicherheit vor solchen weitwirkenden Störungen und Zügigkeit des Rechtsverkehrs sind aber Lebensbedürfnisse des Handels.“ Vgl. auch *Stoffels*, *Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge* (2001), 9 f.

<sup>431</sup> Am Beispiel des außerbörslichen Derivatemarktes *Horst*, *AVR* 53 (2015), 461, 481; *Horst*, *Transnationale Rechtserzeugung* (2019), 48 ff.

de Vertragsbeziehungen.<sup>432</sup> So sind Dokumentenakkreditive so gut wie immer an Kauf- bzw. Lieferverträge geknüpft, die ihrerseits im Zusammenhang mit Fracht- und Versicherungsverträgen sowie komplexen Liefervertragsketten stehen. Dem einzelnen Konsortialkreditvertrag kommt auch über das Verhältnis der ursprünglichen Vertragsparteien hinaus schon deshalb Relevanz zu, weil Kreditanteile in großen Umfang am Sekundärmarkt gehandelt werden und sich daher die Zusammensetzung des Konsortiums jederzeit ändern kann.<sup>433</sup> Gleiches gilt für Kreditderivate,<sup>434</sup> deren Risiken zudem häufig durch sog. *back-to-back* Verträge an Dritte weitergegeben und dadurch weiter gestreut werden.<sup>435</sup> Für die Vertragsbeteiligten ist es dann von entscheidender Bedeutung, dass innerhalb eines solchen Vertragsgeflechts beispielsweise die Definition von Kreditereignissen übereinstimmt, damit eine vertragsübergreifende Kongruenz von Zahlungsansprüchen und -pflichten im Eintrittsfalle gewährleistet ist und die zugrunde liegenden wirtschaftlichen Kalkulationen aufgehen.<sup>436</sup> In all diesen Konstellationen berührt die Auslegung des Einzelvertrages daher nicht nur dessen Parteien, sondern mittelbar auch Dritte, unter Umständen sogar die Stabilität des gesamten Marktes,<sup>437</sup> und wirken sich Unsicherheiten in einem Vertragsverhältnis potenziell auf eine Vielzahl weiterer Vertragsbeziehungen aus.<sup>438</sup> Deshalb bezieht sich die für die Eingehung von Transaktionen erforderliche Erwartungssicherheit der beteiligten Akteure nicht mehr nur auf die ordnungsgemäße Abwicklung des Einzelvertrages, sondern zugleich auf die Einheitlichkeit und Funktionalität des Gesamtgefüges der auf gleicher Regelungsgrundlage aufbauenden Vertragsbeziehungen.<sup>439</sup>

### 5. Gemeinsame Elemente der untersuchten Ordnungsregime

Auch die beschriebenen Ordnungsregime, die sich in Reaktion auf das Problem grenzüberschreitender Erwartungssicherheit in den einschlägigen Geschäftsbereichen des Finanzverkehrs entwickelt haben, weisen auffällige Ähnlichkeiten auf. In jedem der untersuchten Bereiche hat sich eine komplexe institutionelle

---

<sup>432</sup> Vgl. Schanze, in: Nobel (Hrsg.), *International Standards and the Law* (2005), 83, 99.

<sup>433</sup> Renner, ZBB 2018, 278, 288; vgl. auch Döser, JuS 2000, 972.

<sup>434</sup> Vgl. Choi/Gulati, Mich. L. Rev. 104 (2006), 1129, 1141; Beck/Dietenberger, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), *Bankrechts-Kommentar* (3. Aufl. 2020), 23. Kapitel, Rn. 9.

<sup>435</sup> Vgl. *Dexia Crediop S.p.A. v. Comune di Prato* [2017] EWCA Civ 428, Rn. 135 und hierzu Böhle, ZEuP 2019, 72, 85, 90 f. Ein Beispiel sind sog. *reversed swaps*, mittels derer sich der Sicherungsgeber seinerseits für den Fall seiner Eintrittspflicht absichert.

<sup>436</sup> Vgl. Engert, *Rechtswissenschaft* 2014, 301, 315.

<sup>437</sup> Wielsch, Mod. L. Rev. 81 (2018), 958, 981.

<sup>438</sup> Renner/Leidinger, BKR 2015, 499, 503.

<sup>439</sup> Vgl. Schanze, in: Zumbansen/Calliess (Hrsg.), *Law, Economics and Evolutionary Theory* (2011), 335, 345 f.

Infrastruktur entwickelt, die sich nicht mehr auf die für den herkömmlichen Marktaustausch typische bilaterale Verhaltenskoordination und bloße Handelsgewohnheiten reduzieren lässt.<sup>440</sup>

#### a) Akteure

Im Zentrum dieser institutionellen Infrastruktur steht jeweils eine private Organisation, die auf Initiative von Marktteilnehmern in privatrechtlicher Form gegründet wurde und deren Zielsetzung in der Förderung des bereichsspezifischen grenzüberschreitenden Marktaustauschs liegt. Diese Organisationen führen alle wesentlichen Marktakteure des jeweiligen Geschäftsbereichs als Mitglieder zusammen und dienen diesen auch als Plattformen der Koordination und des Informationsaustauschs.<sup>441</sup> Jedenfalls die unmittelbar markt beteiligten Organisationsmitglieder sind mit Stimmrechten ausgestattet, mittels derer insbesondere über die Besetzung der Leitungsorgane der jeweiligen Organisation entschieden wird. Finanziert werden die selbst nicht gewinnorientierten<sup>442</sup> Organisationen jeweils durch Mitgliedsbeiträge<sup>443</sup> sowie über Gebühren für die Nutzung der bereitgestellten Musterdokumente und ergänzender Dienstleistungen, etwa Fortbildungsveranstaltungen und Streitbeilegungsangeboten. Durch ihren ständigen Charakter sowie ihre formalisierten Organisationshierarchien und Verfahrensstrukturen ermöglichen ICC, LMA und ISDA – jenseits der Spontaneität der täglichen Marktpraxis – auch die Planung und Durchführung komplexer und langfristiger Projekte.<sup>444</sup> Dabei stehen sie außerhalb staatlicher Hierarchien, unterhalten aber sehr wohl Verbindungen zu staatlichen Institutionen einschließlich Internationaler Organisationen und räumen zum Teil auch diesen einen Mitglieds- oder zumindest Beobachterstatus ein.

#### b) Handlungsformen

Erhebliche Parallelen zwischen den untersuchten Ordnungsregimen bestehen auch hinsichtlich der Handlungsformen, derer sich ICC, LMA und ISDA bedienen.

---

<sup>440</sup> Vgl. *Wielsch*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 71, 76.

<sup>441</sup> *Levit*, *Yale J. Int'l L.* 30 (2005), 125, 170.

<sup>442</sup> Vgl. zur Relevanz dieses Aspekts *Davis*, *Mich. L. Rev.* 104 (2006), 1075, 1083 ff.; *Engert*, *Rechtswissenschaft* 2014, 301, 335.

<sup>443</sup> Vgl. zum Beispiel der ICC etwa die Beitrittsinformation unter <<https://iccwbo.org/become-a-member/>>.

<sup>444</sup> Vgl. anhand vergleichbarer Beispiele aus dem Bereich des Seehandels *Maurer*, *Lex Maritima* (2012), 82.

aa) *Musterdokumente*

Zentrales Handlungsinstrument der Organisationen ist die Bereitstellung geschäftsbereichsspezifischer Musterdokumente, die eine einheitliche vertragliche Ausgestaltung und Durchführung einschlägiger Transaktionen ermöglichen sollen. Sie formulieren gemeinsame Bedeutungs- und Verstehensgehalte,<sup>445</sup> die jeweils im nahezu gesamten relevanten Markt geteilt werden. Die Musterdokumente werden jeweils von Expertengremien und unter enger Einbeziehung von Marktteilnehmern nach eigenen Verfahrensregeln entworfen und regelmäßig überarbeitet, um gewandelten Anforderungen und Umständen des Marktumfelds gerecht zu werden.<sup>446</sup> Sie greifen einerseits etablierte Praktiken auf (deskriptive Komponente), bemühen sich andererseits aber auch um deren Beeinflussung und Fortentwicklung (präskriptive Komponente).<sup>447</sup> Gerade im Vergleich zu den abstrakt-generellen gesetzlichen Regeln des staatlichen Privatrechts weisen die Musterdokumente ein sehr hohes Maß an Konkretisierung auf, das nur wenige Interpretationsspielräume lässt.<sup>448</sup> Damit einher geht der Anspruch, den jeweiligen Vertragstyp – als *formulating agency*<sup>449</sup> – umfassend, bestenfalls sogar abschließend zu regeln.<sup>450</sup>

bb) *Begleitinstrumente und -mechanismen*

Darüber hinaus stellen alle untersuchten Organisationen zahlreiche ähnlich gelagerte Begleitinstrumente und -mechanismen bereit, die eine möglichst weltweit einheitliche Auslegung und Anwendung der einschlägigen Musterdokumente sicherstellen sollen.<sup>451</sup> Dazu gehören die Herausgabe ergänzender Publikationen (z. B. von Kommentaren, Handbüchern, Zeitschriften und Entscheidungssammlungen), die Veröffentlichung von Empfehlungen und Gutachten sowie die Veranstaltung von Fortbildungen und Konferenzen zu den eigenen Regelwerken.

---

<sup>445</sup> Vgl. hierzu *Greenwood/Suddaby/Hinings*, Acad. Manag. J. 45 (2002), 58, 61 f.; *Quack*, in: Botzem u. a. (Hrsg.), *Governance als Prozess* (2009), 575, 588.

<sup>446</sup> *Levit*, Yale J. Int'l L. 30 (2005), 125, 169 f.; *Mugasha*, BFLR 26 (2011), 381, 435 f.

<sup>447</sup> Vgl. am Beispiel von Principles im Vertragsrecht *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 587.

<sup>448</sup> *Sebastianutti*, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 3 (2009), 348, 360; *Mugasha*, BFLR 26 (2011), 381, 392; vgl. auch *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 46.

<sup>449</sup> *U. Stein*, *Lex mercatoria* (1995), 39; *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 88 ff.; *Buck-Heeb/Dieckmann*, *Selbstregulierung im Privatrecht* (2010), 148.

<sup>450</sup> Vgl. *Hellgardt*, *RabelsZ* 82 (2018), 654, 659; speziell zu LMA-Mustern *Walgenbach*, in: *Langenbucher/Bliesener/Spindler* (Hrsg.), *Bankrechts-Kommentar* (3. Aufl. 2020), 16. Kapitel, Rn. 3.

<sup>451</sup> Vgl. am Beispiel der ERA *Jarass*, *Privates Einheitsrecht* (2019), 219 f.

Wo möglich wirken die Organisationen in konkreten Streitfällen als *amici curiae* an Gerichts- und Schiedsverfahren mit und stellen darüber hinaus in zunehmendem Umfang auch eigene, speziell auf Auslegungsstreitigkeiten hinsichtlich der eigenen Musterdokumente zugeschnittene Streitbeilegungsmechanismen bereit. Überdies bringen sich die Organisationen als Interessenvertreter ihrer Mitglieder im Rahmen staatlicher und internationaler Diskussionsforen und Gremien ein und suchen den Dialog mit Staats- und Regierungsvertretern wie auch anderen privaten Verbänden, wobei sie sich ihrer zentralen Rolle im Markt und ihres damit verbundenen Gewichts durchaus bewusst sind.<sup>452</sup> Das Zusammenwirken all dieser Instrumente und Mechanismen erzeugt gemeinsame Erwartungsreferenzpunkte für die Teilnehmer des in Rede stehenden Marktes und damit die Grundlage für eine gleichförmige, aufeinander abgestimmte grenzüberschreitende Vertragspraxis im jeweiligen Geschäftsbereich.<sup>453</sup>

### c) Erfolgsfaktoren

Welche Faktoren erklären den praktischen Erfolg von ICC, LMA, ISDA und ihrer Musterdokumente in der Etablierung einer bereichsspezifisch weitgehend einheitlichen normativen Infrastruktur für grenzüberschreitende Finanzverträge? Die Gründe hierfür sind vielfältig und wurzeln zum Teil in Eigenschaften der Musterdokumente selbst, zum Teil in solchen der sie verwendenden Marktteilnehmer.

#### aa) Freiwilligkeit und sozial-faktische Akzeptanz

Gegenüber staatlichen Lösungsstrategien für das Problem fehlender Erwartungssicherheit bei grenzüberschreitenden Transaktionen scheinen die bereitgestellten Musterdokumente zunächst den Nachteil aufzuweisen, dass sie gerade nicht unmittelbar auf autoritative Setzung und Durchsetzung zurückgreifen können: ICC, LMA und ISDA sind keine von staatlicher Seite mit Hoheitsrechten ausgestatteten Internationalen Organisationen im völkerrechtlichen Sinne und können daher keine formale Gewalt über bestimmte Territorien, Personen oder Sachbereiche beanspruchen. Deshalb sind sie auf die grundsätzlich freiwillige Befolgung ihrer Regelwerke durch die Marktteilnehmer des jeweiligen Geschäftsbereichs angewiesen.<sup>454</sup> Ihre Musterdokumente können demnach im Ausgangspunkt nur dann

<sup>452</sup> Vgl. *Wielsch*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 71, 72.

<sup>453</sup> Vgl. *Schanze*, in: Zumbansen/Calliess (Hrsg.), *Law, Economics and Evolutionary Theory* (2011), 335, 346.

<sup>454</sup> Vgl. *Berger*, in: Bierbaum (Hrsg.), *So investiert die Welt* (2008), 33, 39; ähnlich auch *Augsberg*, *Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft* (2003), 55.



Wirkung entfalten, wenn dies von den Parteien einer Transaktion gewollt ist.<sup>455</sup> Diesen kommt damit weniger der Status von „Regelunterworfenen“ als vielmehr der von „Regelnachfragern“ zu, die sich bewusst für die Nutzung eines bereitliegenden „Regelangebots“ entscheiden müssen, um diesem innerhalb ihrer Vertragsbeziehungen Geltung zu verschaffen.<sup>456</sup> Beispielhaft für diese Beobachtung steht Art. 1 der ERA 600, der die Anwendung der Musterbestimmungen davon abhängig macht, dass der in Rede stehende Vertrag ausdrücklich dem Regelwerk unterstellt wird („expressly indicates that it is subject to the [ERA] rules“).

Gerade dieses Freiwilligkeitselement birgt aber ein erhebliches Vereinheitlichungspotenzial. Soweit von vornherein kein Anspruch auf verbindliche Regelung formuliert wird, bleiben unmittelbare Kollisionen mit konkurrierenden Regelungsansprüchen aus, wie sie für das territorial rückgebundene staatliche Recht charakteristisch sind. Im Gegensatz zu einer autoritativen Regelungsvorgabe kann ein freiwilliges Regelungsangebot in seinem begrenzten Anwendungsbereich ohne Weiteres auch mit grenzüberschreitendem Zuschnitt erfolgen.<sup>457</sup> Während das staatliche Kollisions- und Verfahrensrechtssystem zu einem nur begrenzt abgestimmten Nebeneinander verschiedener staatlicher Rechtsordnungen führt und völkerrechtliche Rechtsvereinheitlichungsprojekte oft an langwierigen, durch unterschiedliche politische Interessen und zwischenstaatliche Konkurrenzen verkomplizierten Verhandlungen scheitern, richten sich private Vereinheitlichungsangebote unmittelbar und unverbindlich an die Marktteilnehmer selbst, unabhängig von deren örtlichem Standort.<sup>458</sup> Reagieren diese dann von einem bestimmten Zeitpunkt an tatsächlich in hinreichend großer Zahl mit einem freiwilligen *opt-in*, so drückt dies eine sozial-faktische Akzeptanz des jeweiligen Regelwerks aus,<sup>459</sup> welche völkerrechtlichen Vereinheitlichungsinstrumenten wie beispielsweise dem CISG unter Umständen fehlt, was deren praktische Wirksamkeit unterlaufen kann.

### *bb) Bedarfsgerechtigkeit und Qualität*

Ein auf freiwillige Akzeptanz angewiesenes Regelungsangebot wird sich grundsätzlich nur dann durchsetzen, wenn es inhaltlich überzeugt und die Interessen potenzieller Verwender in einen angemessenen Ausgleich bringt.<sup>460</sup> Dies gilt

<sup>455</sup> Am Beispiel von Principles im Vertragsrecht *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 624.

<sup>456</sup> *Calliess*, *RabelsZ* 68 (2004), 244, 255 f.

<sup>457</sup> Vgl. *Augsberg*, *Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft* (2003), 65.

<sup>458</sup> Vgl. *Buck-Heeb/Dieckmann*, *Selbstregulierung im Privatrecht* (2010), 226.

<sup>459</sup> Vgl. *Metzger*, *Extra legem, intra ius* (2009), 544.

<sup>460</sup> *Snyder*, *Ohio St. L. J.* 64 (2003), 371, 424 f.; *Black/Rouch*, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 2 (2008), 218, 223; *Buck-Heeb/Dieckmann*, *Selbstregulierung im Privatrecht* (2010), 224; speziell zu den Musterdokumenten der LMA *Campbell*, in: *Voisey/Slocombe* (Hrsg.), *20 Years in the*

umso mehr, wenn – wie beispielsweise im Bereich des Derivatehandels – gleich mehrere Regelungsangebote zueinander in Konkurrenz treten.<sup>461</sup> Hier müssen Wettbewerber die „Regelnachfrager“ zunächst von der Vorzugswürdigkeit ihrer Regelangebote überzeugen und sich eine entsprechende Reputation aufbauen.<sup>462</sup> Dadurch kann im Idealfall ein „Entdeckungsverfahren“ entstehen, das zur Durchsetzung besonders bedarfsgerechter Regelungen und zu einem Gleichlauf von Verbreitung und Qualität des betreffenden Musterdokuments beiträgt.<sup>463</sup>

Die schon angesichts ihres Verbreitungsgrades augenscheinlich gegebene bereichsspezifische Bedarfsgerechtigkeit und Qualität der Musterdokumente von ICC, LMA und ISDA wird vor allem durch die Sachnähe der regelsetzenden Akteure gewährleistet.<sup>464</sup> Da die organisationsintern zuständigen Organe in engem fachlichem und häufig auch personellem Austausch mit Marktteilnehmern stehen und in hohem Maße spezialisiert sind, können sie eine Expertise ausbilden, die staatlichen Regelsetzern in vielen Sachbereichen fehlt.<sup>465</sup> In diesem Sinne wirbt beispielsweise die LMA auf ihrer Webseite ausdrücklich mit dem Hinweis, dass ihre Vertragsdokumentation in engem Dialog mit der Praxis erarbeitet werde und deshalb genau auf deren Bedürfnisse zugeschnitten sei.<sup>466</sup>

Als „Wiederholungsspieler“ können die Organisationen zudem auf umfangreiches Erfahrungswissen zurückgreifen, auf dessen Grundlage sie aufkommende Problemlagen zeitnah erkennen und einer praxisgerechten Lösung zuführen

---

Loan Market (2016), 144, 145: „In order to gain ready, widespread acceptance for the documents, it was particularly important for them to be drafted so as to pay equal regard to the interests of all participants in the market.“

<sup>461</sup> Vgl. *Snyder*, Ohio St. L. J. 64 (2003), 371, 435 ff.; *Schanze*, in: Nobel (Hrsg.), *International Standards and the Law* (2005), 83, 97.

<sup>462</sup> Am Beispiel der UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts *Vischer*, *EJLR* 1 (1999), 203, 205; vgl. auch *Abbott/Snidal*, *J. Eur. Public Policy* 8 (2001), 345, 357.

<sup>463</sup> Vgl. *W. Schäfer*, in: *Hopt/Kantzenbach/Straubhaar* (Hrsg.), *Herausforderungen der Globalisierung* (2003), 35, 38; *Calliess*, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge* (2006), 192; *Kerber*, in: *Zumbansen/Calliess* (Hrsg.), *Law, Economics and Evolutionary Theory* (2011), 297, 300; differenzierend *Kahan/Klausner*, *Wash. U. L. Rev.* 74 (1996), 347, 348 f. Zur Theorie des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren grundlegend *von Hayek*, in: *von Hayek/Veit* (Hrsg.), *Freiburger Studien* (1969), 249 ff.

<sup>464</sup> Vgl. allgemein *Augsberg*, *Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft* (2003), 54; *Lehmann*, in: *Jb. J. ZivRWiss.* 2007 (2008), 25, 39; *Cuniberti*, *Colum. J. Transnat'l L.* 52 (2013), 369, 393; *Engler*, *Private Regelsetzung* (2017), 47 f.

<sup>465</sup> Vgl. am Beispiel der LMA *Renner*, *ZBB* 2018, 278, 287 f.; am Beispiel der ISDA *C. Baker*, *Notre Dame L. Rev.* 85 (2010), 1287, 1368, 1373; *Weber*, *Die neue Marktinfrastruktur im OTC Derivatehandel* (2019), 96; allgemein *Abbott/Snidal*, *J. Eur. Public Policy* 8 (2001), 345, 355; *Reimann*, in: *Verschraegen* (Hrsg.), *Rechtswahl* (2010), 1, 25; *Hellgardt*, *RabelsZ* 82 (2018), 654, 693.

<sup>466</sup> <<https://www.lma.eu.com/documents-guidelines>>.

können<sup>467</sup> – gerade dort, wo staatliche Regelungen zersplittert sind oder gänzlich fehlen.<sup>468</sup> Auf diesem Wege werden die jeweiligen Muster immer weiter experimentell verfeinert.<sup>469</sup> Beispielhaft hierfür stehen die Reaktionen der ICC auf eine zuvor beobachtete Häufung von Streitigkeiten über Anforderungen an die vorzulegenden Akkreditivdokumente oder über die Frage der Akkreditivbevorschussung, welche jeweils zum Anlass für detaillierte Neuregelungen in den Folgefassungen der ERA genommen wurden.<sup>470</sup> Verwiesen werden kann in diesem Zusammenhang auch auf die Bemühungen der ISDA, der zunehmenden Verbreitung von sog. *manufactured defaults* – der vorsätzlichen Herbeiführung von Insolvenzen insbesondere von Anleiheemittenten durch Anleihegläubiger, die sich zuvor ihrerseits über Kreditderivate abgesichert haben und aus diesen überkompensatorische Zahlungen beanspruchen wollen – mittels umfassender Anpassungen und Ergänzungen der Credit Derivatives Definitions zu begegnen.<sup>471</sup> Über die Erstellung und Überarbeitung der Musterdokumente hinaus können die in der jeweiligen Organisation gebündelten bereichsspezifischen Wissensvorsprünge freilich auch bei der internen Regelanwendung und -durchsetzung, insbesondere im Rahmen der Erstellung von Gutachten sowie der eigenen Streitbeilegungsmechanismen zum Tragen kommen.<sup>472</sup>

### cc) Flexibilität

Beim Aufkommen neuartiger Herausforderungen und Problemstellungen profitieren die regelsetzenden Institutionen nicht nur von bereichsspezifischem Fach- und Erfahrungswissen, sondern auch von der Flexibilität ihrer Verfahren – gerade im Vergleich zu den oft schwerfälligen Mechanismen der internationalen Rechtsvereinheitlichung.<sup>473</sup> Die im Finanzbereich unter Umständen in kürzester

---

<sup>467</sup> Vgl. Quack, in: Botzem u. a. (Hrsg.), *Governance als Prozess* (2009), 575, 582; Buck-Heeb/Dieckmann, *Selbstregulierung im Privatrecht* (2010), 222 f.

<sup>468</sup> Wielsch, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 71, 74 f.

<sup>469</sup> Zumbansen, *RabelsZ* 67 (2003), 637, 651 f.

<sup>470</sup> Snyder, *Ohio St. L. J.* 64 (2003), 371, 392 f.; Jarass, *Privates Einheitsrecht* (2019), 216 f., 220.

<sup>471</sup> Siehe hierzu das von der ISDA veröffentlichte Dokument *Proposed Amendments to the 2014 ISDA Credit Derivatives Definitions Relating to Narrowly Tailored Credit Events* vom 6.3.2019 (abrufbar unter <<https://www.isda.org/a/CKeME/20190320-NTCE-consultation-doc-complete.pdf>>) sowie die Pressemitteilung der ISDA vom 14.3.2019, *An Important Milestone* (abrufbar unter <<https://www.isda.org/2019/03/14/an-important-milestone/>>). Dazu auch Borowicz, *CMLJ* 16 (2021), 72, 75, 87 f.; Renner, *ZHR* 185 (2021), 840, 871 f.

<sup>472</sup> Vgl. Buck-Heeb/Dieckmann, *Selbstregulierung im Privatrecht* (2010), 223.

<sup>473</sup> Vgl. Kropholler, *Internationales Einheitsrecht* (1975), 123; H. Mertens, *AG* 1982, 29, 34; Behrens, *RabelsZ* 50 (1986), 19, 31; Augsberg, *Rechtsetzung zwischen Staat und Gesell-*

Zeit eintretenden Fehlentwicklungen oder Änderungen von Rahmenbedingungen können deshalb schnell und gezielt verarbeitet werden.<sup>474</sup> Dies gilt sowohl für den Erlass neuer als auch für die Überarbeitung bestehender Musterdokumente. Paradigmatisch hierfür steht die Strategie der ISDA, den im Master Agreement liegenden Kernbestand ihrer Vertragsdokumentation durch für alle Verwender optionale Protokolle zu modifizieren – wie etwa in Reaktion auf den Ausbruch der Finanzkrise durch das Big Bang Protocol und das Small Bang Protocol von 2009<sup>475</sup> oder anlässlich des Erlasses des US-amerikanischen Dodd-Frank Act im Jahr 2010<sup>476</sup> geschehen. Auch die im Zusammenhang mit dem EU-Austritt des Vereinigten Königreichs auftretenden Unsicherheiten wurden insbesondere innerhalb von ISDA und LMA durch fast schon tagesaktuelle Anpassungen der Vertragsdokumentation und Verhaltensempfehlungen aufgegriffen.<sup>477</sup> Im Vergleich hierzu gestaltet sich die Anpassung der Vertragspraxis in Märkten, die nicht in ähnlicher Weise und gleichem Ausmaß durch zentrale Regelungsorganisationen koordiniert werden – beispielsweise dem Markt für Staatsanleihen – deutlich träger.<sup>478</sup>

Die Gründe für diese Flexibilität liegen in der weitgehend informellen und hierarchiearmen Verfahrensgestaltung innerhalb von ICC, LMA, ISDA und vergleichbaren Institutionen, welche zudem – anders als etwa völkerrechtliche Vertragskonferenzen – auf Dauer angelegt und daher jederzeit verfügbar sind bzw. zusammentreten können. Zudem unterliegen die spezialisierten Organisationen nicht der Vielzahl formeller und materieller Bindungen, welche für die hoheitliche staatliche Regelsetzung und -durchsetzung gelten, etwa ausgeprägten Kontroll- und Anfechtungsmöglichkeiten.<sup>479</sup> Diese Flexibilitätsvorteile kommen zwar zum Preis fehlender Verbindlich- und Durchsetzbarkeit.<sup>480</sup> Die Erfahrung zeigt jedoch, dass dies der Effektivität der Musterdokumente kaum Abbruch tut

---

schaft (2003), 53; *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 46; *C. Baker*, *Notre Dame L. Rev.* 85 (2010), 1287, 1373.

<sup>474</sup> Vgl. speziell zum Finanzbereich *Mugasha*, *BFLR* 26 (2011), 381, 448 f.; *Weber*, *Die neue Marktinfrastruktur im OTC Derivatehandel* (2019), 96; allgemein *Snyder*, *Ohio St. L. J.* 64 (2003), 371, 392 f., 421 f.; *Buck-Heeb/Dieckmann*, *Selbstregulierung im Privatrecht* (2010), 220 f.; *Reimann*, in: *Verschraegen* (Hrsg.), *Rechtswahl* (2010), 1, 25; *Engler*, *Private Regelsetzung* (2017), 46 f.

<sup>475</sup> *C. Baker*, *Notre Dame L. Rev.* 85 (2010), 1287, 1373 f.

<sup>476</sup> *Borowicz*, *CMLJ* 16 (2021), 72, 74.

<sup>477</sup> Siehe etwa die Sonderseite der LMA unter <<https://www.lma.eu.com/brexit>> sowie die Anpassungsvorschläge der ISDA unter <<https://www.isda.org/book/amendments-to-isda-documentation-no-deal-brexit/>>.

<sup>478</sup> Vgl. hierzu die Fallstudien zu Staatsanleihebedingungen von *Choi/Gulati*, *Emory L. J.* 53 (2004), 929 ff.; *Choi/Gulati/E. A. Posner*, *N.Y.U. L. Rev.* 88 (2013), 1 ff.

<sup>479</sup> *Buck-Heeb/Dieckmann*, *Selbstregulierung im Privatrecht* (2010), 221 f.

<sup>480</sup> *Teubner*, *RJ* 15 (1996), 255, 282.

und diese dennoch von den angesprochenen Marktteilnehmern unmittelbar aufgegriffen werden.<sup>481</sup> Gleiches gilt für die ebenfalls flexiblen organisationsinternen Verfahren der Regelauslegung und -anwendung.<sup>482</sup> So nehmen beispielsweise die Entscheidungen der ISDA Determinations Committees – im Gegensatz zu staatlichen Gerichtsverfahren – selten länger als acht Wochen, zum Teil sogar nur wenige Tage in Anspruch,<sup>483</sup> was den Interessen der Verwender naturgemäß entgegenkommt.

*dd) Beteiligungsmöglichkeiten und bereichsspezifische Repräsentativität*

Im Vergleich zu staatlichen Rechtsetzungsverfahren zeichnen sich das Zustandekommen und die Überarbeitung der Musterdokumente von ICC, LMA und ISDA durch ausgeprägte Beteiligungsmöglichkeiten für die Angehörigen der unmittelbar adressierten Verkehrskreise aus. Schon die Initiativen zur Schaffung der jeweiligen Organisation gingen auf Marktakteure der jeweiligen Branche zurück oder wurden von diesen zumindest maßgeblich unterstützt.<sup>484</sup> Das Führungspersonal der Organisationen wird von den Mitgliedern selbst gewählt und rekrutiert sich in erster Linie aus deren Kreis. Auch bei der Besetzung der einschlägigen Fachgremien wird Wert darauf gelegt, dass die verschiedenen in der Mitgliedschaft vertretenen Interessengruppen repräsentiert sind.<sup>485</sup> Zum Teil wird zudem auf eine regionale Ausgewogenheit geachtet, etwa im Rahmen der ICC, deren World Council aus Abgesandten von Nationalkomitees besteht, oder der ISDA, die nicht nur Regionalvertretungen unterhält, sondern auch regionenspezifische Komitees einsetzt, einschließlich der bewusst regional verteilten Determinations Committees.<sup>486</sup> Auch in die Regelsetzungsverfahren selbst können sich interessierte Mitglieder in vielfältiger Weise einbringen, etwa in Form von Befragungen und Stellungnahmen.<sup>487</sup> Überdies steht die Mitgliedschaft in den jeweiligen Organisationen grundsätzlich allen interessierten Marktteilnehmern offen, die von den Regelungen unmittelbar betroffen sein könnten; gegen die Ablehnung eines Aufnahmeantrags stehen zum Teil sogar bereits formalisierte Beschwerdeverfahren innerhalb des jeweiligen Organisationsrahmens zur Verfügung.<sup>488</sup> Die hier-

---

<sup>481</sup> Vgl. *Engert*, Rechtswissenschaft 2014, 301, 332 f.

<sup>482</sup> Vgl. *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht (2010), 221 f.

<sup>483</sup> Siehe die Entscheidungsliste auf <<https://www.cdsdeterminationscommittees.org/credit-default-swaps-archive/>>.

<sup>484</sup> Vgl. am Beispiel der ISDA *Flanagan*, Harv. Negot. L. Rev. 6 (2001), 211, 235 ff.

<sup>485</sup> Vgl. am Beispiel der LMA *Renner*, ZBB 2018, 278, 287 f.

<sup>486</sup> Vgl. zur Repräsentativität der ISDA *Perillo*, Pace L. Rev. 28 (2008), 179, 184.

<sup>487</sup> Vgl. *Abbott/Snidal*, J. Eur. Public Policy 8 (2001), 345, 358, allerdings skeptisch in Bezug auf die ERA.

<sup>488</sup> Siehe für die LMA Art. 8 LMA Byelaws.



durch gewährleistete Breite der Mitgliedschaft – gerade auch von Mitgliedern aus verschiedenen Interessengruppen innerhalb des jeweiligen Marktes – vermitteln den Organisationen eine bereichsspezifische Repräsentativität.

Hintergrund dieser Bemühungen um Beteiligung und Repräsentativität dürfte vor allem das Ziel der Organisationen sein, breite Akzeptanz in den angesprochenen Verkehrskreisen zu erreichen.<sup>489</sup> Die grundsätzliche Angewiesenheit auf freiwillige Befolgung verleiht den Musterdokumenten einen fast schon „plebiszitären Charakter“.<sup>490</sup> Dies zeigt sich deutlich etwa am Beispiel der ERA: Waren diese ursprünglich noch informell von einem reinen Expertengremium erarbeitet worden, konnten sie sich in der Praxis erst durchsetzen, nachdem das Regelsetzungsverfahren angepasst und um deliberative Elemente ergänzt worden war.<sup>491</sup> Heute ist das Verfahren gerade der ICC ein Musterbeispiel für einen bereichsspezifisch „quasi-demokratischen“ Regelsetzungsprozess,<sup>492</sup> in dem neben ICC-Mitgliedern und interessierten Marktteilnehmern auch Akteure wie UNCITRAL beteiligt werden.<sup>493</sup> Die Bedeutung dieser repräsentativen und deliberativen Elemente wird durch die Professionalität und Homogenität der unmittelbaren Regelungsadressaten noch verstärkt: Da diese sich in der Regel auf vergleichbarem Informations- und Kenntnisstand bewegen und potenziell an einer Vielzahl künftiger, dem Musterdokument unterliegender Transaktionen beteiligt sein werden – unter Umständen auch in wechselnden Rollen –, erhöhen sich die Chancen für ausgewogene, alle unmittelbar berührten Verwenderinteressen in Ausgleich bringende Kollektivlösungen.<sup>494</sup>

### ee) Kosteneffizienz

Aus Sicht potenzieller Transaktionspartner spricht zudem das Argument der Kosteneffizienz für die Verwendung von am Markt etablierten Musterdokumenten. Hierdurch können Zeit und Ressourcen eingespart werden, die andernfalls

<sup>489</sup> Schanze, in: Nobel (Hrsg.), *International Standards and the Law* (2005), 83, 100 f.; Choi/Gulati, *Mich. L. Rev.* 104 (2006), 1129, 1141, 1165.

<sup>490</sup> In Anlehnung an Basedow, *RabelsZ* 43 (1979), 116, 132.

<sup>491</sup> Abbott/Snidal, *J. Eur. Public Policy* 8 (2001), 345, 357.

<sup>492</sup> Vgl. hierzu allgemein Schanze, in: Nobel (Hrsg.), *International Standards and the Law* (2005), 83, 101; Schanze, in: Zumbansen/Calliess (Hrsg.), *Law, Economics and Evolutionary Theory* (2011), 335, 347.

<sup>493</sup> Vgl. Levit, *Yale J. Int'l L.* 30 (2005), 125, 198, 205 f.; Maurer, *Lex Maritima* (2012), 73; Schütze/Vorpeil, *Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr* (7. Aufl. 2016), 3 f.

<sup>494</sup> Am Beispiel der ISDA Perillo, *Pace L. Rev.* 28 (2008), 179, 184; Patterson, *Wm. & Mary L. Rev.* 52 (2010), 327, 384; am Beispiel der LMA Renner, *ZBB* 2018, 278, 288. Vgl. zum Aspekt des *second order bargaining* auch Wielsch, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 71, 83.



dafür aufzubringen wären, für jede Einzeltransaktion eine individualvertragliche Gestaltung aushandeln oder einen gemeinsamen Nenner zwischen nicht aufeinander abgestimmten eigenen Vertragsvorlagen eruieren zu müssen.<sup>495</sup> Dies gilt umso mehr, wenn der Transaktionstyp – wie beim Dokumentenakkreditiv, Konsortialkredit und Kreditderivat der Fall – keinem durch dispositives staatliches Recht umfassend geregelten Vertragstyp entspricht, auf dessen Interessengerechtigkeit sich die Vertragsparteien im Zweifel verlassen könnten.<sup>496</sup> Bei Verwendung eines praxisbewährten Musterdokuments aber können sich die Parteien in den Vertragsverhandlungen vor allem auf für sie besonders relevante Gesichtspunkte – insbesondere die wirtschaftlichen Aspekte der Transaktion – beschränken.<sup>497</sup> In diesem Sinne wirbt beispielsweise die LMA für die Verwendung ihrer Muster ausdrücklich mit dem Argument, dass diese den Parteien ermöglichen, sich ganz auf die kommerziellen Elemente individueller Transaktionen konzentrieren zu können.<sup>498</sup> Hinzu kommt, dass einzelvertraglich getroffene Regelungen fehleranfälliger sein können als solche, die auf einem in der regelsetzenden zentralen Organisation kollektivierten Erfahrungsschatz basieren und bereits vielfach praxiserprobt sind.

Die Kostenersparnis wird für den Einzelakteur noch größer, wenn dieser ein Musterdokument mehrfach verwendet.<sup>499</sup> So kann zwar speziell die erstmalige Verwendung umfangreicher und komplexer Muster wie des ISDA Master Agreement und der zugehörigen Begleitdokumente mit erheblichem Informationsaufwand verbunden sein, weil Inhalt und Funktionsweise des Regelwerks zunächst erschlossen und etwaige Anwendungsunsicherheiten antizipiert werden müssen.<sup>500</sup> Ist diese Hürde jedoch einmal genommen, verringern sich die Kosten künftiger Transaktionen unter Verwendung des gleichen Musterdokuments deutlich, wobei diese Ersparnis zum Teil auch an Vertragspartner weitergegeben werden kann.<sup>501</sup> Zugleich erhöhen sich hierdurch die Opportunitätskosten, die mit

---

<sup>495</sup> *Choi/Gulati*, Mich. L. Rev. 104 (2006), 1129, 1140; *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht (2010), 147 f.; *Patterson*, Wm. & Mary L. Rev. 52 (2010), 327, 331, 342 ff.; *Damler*, Das gesetzlich privilegierte Muster im Privatrecht (2015), 56; vgl. auch *U. Stein*, *Lex mercatoria* (1995), 41 ff. Zu potenziellen Kostenersparnissen auch aus Sicht des Staates *Augsberg*, *Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft* (2003), 52.

<sup>496</sup> Vgl. zu dieser Funktion des dispositiven staatlichen Rechts umfassend *Möslein*, *Dispositives Recht* (2011), 91 ff.

<sup>497</sup> *Choi/Gulati*, Mich. L. Rev. 104 (2006), 1129, 1140, 1159; *Engert*, *Rechtswissenschaft* 2014, 301, 313.

<sup>498</sup> Siehe <<https://www.lma.eu.com/documents-guidelines>>.

<sup>499</sup> Vgl. *Abbott/Snidal*, J. Eur. Public Policy 8 (2001), 345, 351; im Ansatz auch schon *Llewellyn*, Harv. L. Rev. 52 (1939), 700, 701.

<sup>500</sup> *Engert*, *Rechtswissenschaft* 2014, 301, 312 f.

<sup>501</sup> *Engert*, *Rechtswissenschaft* 2014, 301, 312 f.

einem Ausweichen auf konkurrierende Regelwerke oder der Aushandlung abweichender individueller Vertragsbedingungen einhergingen.<sup>502</sup> Selbst bei Verträgen mit hoher wirtschaftlicher Bedeutung für die Parteien kann der Effekt beobachtet werden, dass auf individualisierte Vertragsabreden weitgehend verzichtet und stattdessen auf marktstandardisierte Vertragsbedingungen zurückgegriffen wird.<sup>503</sup>

#### *ff) Positive Netzwerkeffekte*

Die Verbreitung eines Musterdokuments am relevanten Markt ruft überdies Netzwerkeffekte hervor. Solche treten auf, wenn der Nutzen eines Gutes nicht mehr nur von inhaltlichen Eigenschaften, sondern auch von der Anzahl seiner Nutzer bestimmt wird.<sup>504</sup> Dies ist vor allem bei Gütern der Fall, die der Erleichterung sozialer Interaktionen dienen, etwa Sprachen und Kommunikationsmitteln wie dem Telefon sowie sozialen Netzwerken wie Facebook und Twitter.<sup>505</sup> Dabei wird unterschieden zwischen „direkten Netzwerkeffekten“ – den unmittelbar aus steigenden Verwenderzahlen resultierenden Nützlichkeitsgewinnen des Gutes – und „indirekten Netzwerkeffekten“, die sich darauf beziehen, dass individuelle und kollektive Lernerfahrungen gemacht werden und es mit steigenden Verwenderzahlen wahrscheinlicher wird, dass das Gut verbessert oder durch komplementäre Güter ergänzt wird.<sup>506</sup>

Diese Logik lässt sich unschwer auf Regelwerke wie die Musterdokumente der ICC, LMA und ISDA übertragen.<sup>507</sup> Als direkter Netzwerkeffekt wird das mit diesen verfolgte Ziel einer marktweiten Abstimmung von Verhaltenserwartungen umso besser erreicht, je mehr Marktteilnehmer – und damit potenzielle Vertragspartner – auf sie zurückgreifen.<sup>508</sup> Mit steigender Verwenderzahl erhöht sich einerseits die Nützlichkeit des Musterdokuments für bereits vorhandene Verwender, andererseits der Anreiz für bislang nicht beteiligte Marktakteure, ebenfalls

<sup>502</sup> Vgl. *Engert*, AcP 213 (2013), 321, 326 f, 335 ff.

<sup>503</sup> Vgl. *Ahdieh*, Mich. L. Rev. 104 (2006), 1033, 1034 f.

<sup>504</sup> Grundlegend *Rohlfis*, Bell J. Econ. 5 (1974), 16 ff.; *Farrell/Saloner*, RAND J. Econ. 16 (1985), 70 ff.; *M. Katz/Shapiro*, J. Political Econ. 94 (1986), 822 ff. Siehe auch *Engert*, AcP 213 (2013), 321, 325; *Engert*, Rechtswissenschaft 2014, 301, 310 m. w. N.

<sup>505</sup> *Abbott/Snidal*, J. Eur. Public Policy 8 (2001), 345, 350; *Engert*, AcP 213 (2013), 321, 323; *Engert*, Rechtswissenschaft 2014, 301, 310.; *Hadfield*, Rules for a Flat World (2017), 157.

<sup>506</sup> *Engert*, AcP 213 (2013), 321, 325; *Engert*, Rechtswissenschaft 2014, 301, 310 f.

<sup>507</sup> Grundlegend anhand von Beispielen aus dem Gesellschaftsrecht *Kahan/Klausner*, Wash. U. L. Rev. 74 (1996), 347 ff.; *Kahan/Klausner*, Va. L. Rev. 83 (1997), 713 ff. Siehe auch *Patterson*, Wm. & Mary L. Rev. 52 (2010), 327, 343; *Engert*, AcP 213 (2013), 321, 329 ff.; *Engert*, Rechtswissenschaft 2014, 301, 311 ff.

<sup>508</sup> *Engert*, AcP 213 (2013), 321, 331; vgl. auch *A. Katz*, U. Pa. L. Rev. 144 (1996), 1745, 1750.

auf das Muster zurückzugreifen, um von dessen Verbreitung bei künftigen Geschäftsabschlüssen auch selbst profitieren zu können. Im Finanzbereich gilt dies im Besonderen, weil Einzeltransaktionen hier typischerweise in komplexe mehrpolige und mehrgliedrige Vertragsgeflechte eingebettet sind sowie im Interesse der Kalkulierbarkeit allen Beteiligten daran gelegen ist, einen Gleichlauf der Bedingungen rechtlich oder auch nur wirtschaftlich miteinander verknüpfter Einzelverträge zu erreichen.<sup>509</sup> Als indirekte Netzwerkeffekte einer wachsenden Verwenderzahl können vor allem kollektive Lernerfahrungen im Umgang mit einem Musterdokument dessen Attraktivität für den einzelnen Verwender erhöhen.<sup>510</sup> Insbesondere trägt die Verbreitung eines Musterdokuments dazu bei, dessen Inhalt immer genauer zu spezifizieren.<sup>511</sup> Beispielsweise können Verwender sich untereinander über die Handhabung des Musters austauschen und können Erfahrungen, die in Streitfällen über Auslegungsfragen in Bezug auf die Musterdokumente gemacht worden sind, über die Veröffentlichung von hierzu ergangenen Gutachten (wie den von ICC, LMA und ISDA erstellten Opinions), Gerichtsentscheidungen und Schiedssprüchen dem gesamten Nutzerkreis zugutekommen.<sup>512</sup> Überdies erhöht die in hohen Verwenderzahlen zum Ausdruck kommende praktische Relevanz eines Musterdokuments die Wahrscheinlichkeit, dass zum einen Dienstleister wie Anwaltskanzleien als Informationsintermediäre ihr Beratungsspektrum auf das jeweilige Dokument ausweiten und Expertise zu diesem aufbauen,<sup>513</sup> zum anderen Literatur und Wissenschaft das Regelwerk aufgreifen und weiter aufarbeiten.<sup>514</sup> Die regelsetzenden Organisationen wiederum können die Erzeugung kollektiven Erfahrungswissens nicht nur durch eigene Publikationen und Veranstaltungsangebote anregen und ergänzen, sondern dieses Wissen auch selbst in künftige Überarbeitungen der Musterdokumente einfließen lassen.<sup>515</sup> Vor diesem Hintergrund bietet der Rückgriff auf ein zentral koordiniertes, über einen längeren Zeitraum fortentwickeltes und praxisbewährtes Musterdokument den Verwendern eine hohe, einer individualvertraglichen Aushandlung im Regelfall überlegene Richtigkeitsgewähr.<sup>516</sup>

---

<sup>509</sup> Vgl. Engert, Rechtswissenschaft 2014, 301, 315.

<sup>510</sup> Kahan/Klausner, Wash. U. L. Rev. 74 (1996), 347, 351.

<sup>511</sup> Engert, Rechtswissenschaft 2014, 301, 315 ff.

<sup>512</sup> Vgl. Kahan/Klausner, Va. L. Rev. 83 (1997), 713, 722 f.; Flanagan, Harv. Negot. L. Rev. 6 (2001), 211, 255; Engert, AcP 213 (2013), 321, 334; Engert, Rechtswissenschaft 2014, 301, 315 ff.

<sup>513</sup> Vgl. Kahan/Klausner, Va. L. Rev. 83 (1997), 713, 723 f., 736 ff.; Engert, AcP 213 (2013), 321, 333 f.

<sup>514</sup> Engert, AcP 213 (2013), 321, 334 f.; Engert, Rechtswissenschaft 2014, 301, 316.

<sup>515</sup> Vgl. Flanagan, Harv. Negot. L. Rev. 6 (2001), 211, 257 f.

<sup>516</sup> Engert, Rechtswissenschaft 2014, 301, 316 f. Zu den Gefahren eines „blinden Vertrauens“ Kahan/Klausner, Va. L. Rev. 83 (1997), 713, 721, unter Verweis auf das Modell der Infor-

## gg) Verhandlungs- und gruppenpsychologische Effekte

Überdies können verhandlungs- und gruppenpsychologische Faktoren zum Erfolg einmal etablierter Musterdokumente beitragen. Dies beruht darauf, dass die Bezugnahme auf einen gefestigten Marktstandard in einer Verhandlungssituation auch non-verbale kommunikative Signale sendet. So kann etwa die Bereitschaft zur Verwendung eines weitverbreiteten Musterdokuments den Eindruck von Marktzugehörigkeit, Professionalität und Transparenz vermitteln und hierdurch der Gegenseite das Gefühl geben, zu wissen, worauf sie sich einlässt.<sup>517</sup> Dies schafft eine potenzielle Vertrauensbasis, welche die eigene Verhandlungsposition im Hinblick auf noch zu diskutierende wirtschaftliche Aspekte einer Transaktion stärken kann.<sup>518</sup> Spiegelbildlich kann der Wunsch nach Abweichung von einem etablierten Marktstandard die Frage nach dem „Warum“ aufwerfen und ein Rechtfertigungsbedürfnis begründen.<sup>519</sup> Dies gilt unter Umständen selbst dann, wenn der Abweichungswunsch dem Verhandlungspartner in der Sache entgegenkommen würde, denn in dieser Konstellation könnten beispielsweise Zweifel an der Wettbewerbsfähigkeit oder Kreditwürdigkeit des Vorschlagenden aufkommen.<sup>520</sup> Aus der Reaktion der Gegenseite auf einen Abweichungsvorschlag wiederum können möglicherweise positive oder negative Rückschlüsse auf deren wirtschaftliche Situation gezogen werden.<sup>521</sup> Und selbst in Verhandlungen, in welchen sich mehrere, für beide Seiten grundsätzlich gleichwertige Gestaltungsmöglichkeiten gegenüberstehen, kann ein bereits etablierter Standard als sog. „fokaler Punkt“ (im Englischen *focal point*) dienen, d. h. als „natürliche“ oder naheliegendste Lösung erscheinen und daher den am leichtesten zu findenden gemeinsamen Nenner darstellen, gerade wenn in bestimmten Einzelfragen keine Einigung erzielt werden kann.<sup>522</sup>

Über diese verhandlungspsychologischen Effekte im Verhältnis der Transaktionsbeteiligten hinaus kann die Verwendung eines etablierten Musterdokuments auch gegenüber Dritten eine Kommunikationsfunktion haben, insbesondere dem

---

mationskaskade nach *Banerjee*, Q. J. Econ. 107 (1992), 797 ff.; *Bikhchandani/Hirshleifer/Welch*, J. Political Econ. 100 (1992), 992 ff.

<sup>517</sup> Vgl. *Ahdieh*, Mich. L. Rev. 104 (2006), 1033, 1042 ff.; *Collins*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 121, 123.

<sup>518</sup> *Ahdieh*, Mich. L. Rev. 104 (2006), 1033, 1062; *Schanze*, in: Nobel (Hrsg.), *International Standards and the Law* (2005), 83, 87.

<sup>519</sup> *Bernstein*, S. Cal. Interdisc. L. J. 3 (1993), 59, 71 f.; *Korobkin*, Cornell L. Rev. 83 (1998), 608, 621; *Ahdieh*, Mich. L. Rev. 104 (2006), 1033, 1045 ff.

<sup>520</sup> *Ahdieh*, Mich. L. Rev. 104 (2006), 1033, 1045 f.; vgl. auch *Eggleston/E. A. Posner/Zeckhauser*; *Nw. U. L. Rev.* 95 (2000), 91, 118 f.; *Ben-Shahar/Pottow*, Fla. St. U. L. Rev. 33 (2006), 651.

<sup>521</sup> *Ahdieh*, Mich. L. Rev. 104 (2006), 1033, 1047 f.

<sup>522</sup> Ausführlich *Ahdieh*, Mich. L. Rev. 104 (2006), 1033, 1053 ff. Zur Theorie der *focal points* grundlegend *Schelling*, *The Strategy of Conflict* (überarbeitete Aufl. 1980), 57 ff.

einschlägigen Markt insgesamt oder einer bestimmten Gruppe von Marktteilnehmern eine geteilte Interessenlage und eine angestrebte oder bereits vorhandene Markt- und Gruppenzugehörigkeit signalisieren.<sup>523</sup> Die hierdurch erzielte Einbettung der Einzeltransaktion und des Einzelvertrages in einen bestimmten sozialen Kontext<sup>524</sup> kann wiederum von Bedeutung sein, um beispielsweise die Veräußerbarkeit von erworbenen Forderungen am Sekundärmarkt oder die Möglichkeit einer Verknüpfung des Vertrages mit künftig erst noch zu schließenden Verträgen sicherzustellen.<sup>525</sup>

## 6. Zwischenergebnis

Auf die Unsicherheitsproblematik grenzüberschreitender Transaktionen hat die Finanzpraxis mit der Herausbildung ausdifferenzierter, jedoch verblüffend ähnlich strukturierter Ordnungsarrangements reagiert. Deren institutionelles Zentrum bildet jeweils eine private Organisation – in den untersuchten Beispielen ICC, LMA und ISDA –, die auf das Ziel der Förderung des bereichsspezifischen grenzüberschreitenden Marktaustauschs ausgerichtet ist und alle wesentlichen Marktakteure in ihrer Mitgliederschaft vereint. Wichtigstes Handlungsinstrument der Organisationen ist die Bereitstellung branchenspezifischer Musterdokumente, die kollektiv ausgehandelt werden und eine einheitliche vertragliche Ausgestaltung grenzüberschreitender Transaktionsbeziehungen gewährleisten sollen. Diese Kerndokumente werden jeweils ergänzt durch zahlreiche Begleitinstrumente und -mechanismen, die eine möglichst weltweit einheitliche Auslegungs- und Anwendungspraxis sicherstellen sollen. Der Erfolg dieser Bemühungen ist durchschlagend. Die Musterdokumente von ICC, LMA und ISDA haben sich zu unangefochtenen Standards der vertraglichen Ausgestaltung von Dokumentenakkreditiven, Konsortialkrediten und Kreditderivaten entwickelt und prägen maßgeblich den Erwartungs- und Verstehenshorizont der im jeweiligen Geschäftsfeld aktiven Marktteilnehmer. Erklärungsansätze hierfür liegen in bestimmten Eigenschaften der Instrumente und ihrer Erzeugung – Freiwilligkeit, Bedarfsgerechtigkeit und Qualität, Flexibilität, Partizipationsmöglichkeiten, bereichsspezifische Repräsentativität, Kostenersparnis –, aber auch in positiven Netzwerk- sowie verhandlungs- und gruppenpsychologischen Effekten. Trotz fehlender formaler Verbindlichkeit entfalten die Musterdokumente angesichts ihrer marktweiten Verwendung und sozial-faktischen Akzeptanz eine erhebliche Steuerungswirkung, welche die mit dem Territorialitätsparadigma des staatli-

---

<sup>523</sup> *Ahdieh*, Mich. L. Rev. 104 (2006), 1033, 1049 f.; *Collins*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 121, 123.

<sup>524</sup> Vgl. hierzu grundlegend *Granovetter*; *Am. J. Sociol.* 91 (1985), 481 ff.

<sup>525</sup> Vgl. *Renner*; *JZ* 2016, 955; *Estevan de Quesada/Renner*; *ERCL* 13 (2017), 164, 176.



chen Privatrechts verbundenen Defizite im grenzüberschreitenden Kontext zu überwinden hilft. In ihrer praktischen Relevanz gehen sie damit – wenn auch begrenzt auf ihren jeweiligen spezifischen Anwendungsbereich – über die Bedeutung einzelner nationalstaatlicher Rechtsordnungen bei der Erwartungssicherung hinaus<sup>526</sup> und führen zur Einbettung einer Vielzahl von Einzelverträgen in einen grenzüberschreitend einheitlichen normativen Ordnungskontext.<sup>527</sup>

### III. Grenzüberschreitende Ordnungsregime als Erscheinungsformen transnationalen Rechts?

Mit der Feststellung, dass die untersuchten Ordnungsarrangements und insbesondere die in deren Zentrum stehenden, nahezu weltweit verwendeten Musterdokumente erhebliche faktische Steuerungswirkung entfalten und das Unsicherheitsproblem grenzüberschreitender Transaktionen im jeweiligen Geschäftsbereich weitgehend entschärfen, ist freilich noch keine Antwort auf die Frage verbunden, wie diese Regelungsformen rechtlich einzuordnen sind. Handelt es sich um rein soziologische Phänomene, die schon aufgrund ihres grundsätzlich freiwilligen Charakters von vornherein keine Rechtsqualität aufweisen können? Um Formen privater Kooperation, welchen nur insoweit rechtlicher Gehalt zukommt, als sie von staatlichen Rechtsordnungen in Bezug genommen werden und innerhalb der überkommenen Kategorien des staatlichen Rechts erfasst werden können? Oder muss man die beschriebenen Regime und namentlich die innerhalb dieser erzeugten Musterdokumente konsequenterweise als eigenständige Erscheinungsformen eines „Rechts jenseits des Staates“ deuten?

Diese Fragen werden im Folgenden in drei Schritten beantwortet. Zunächst wird dargelegt, dass die innerhalb des jeweiligen Regimes erzeugten und laufend fortentwickelten Musterdokumente unzweifelhaft Normcharakter haben. Sodann wird erörtert, dass die Beantwortung der Frage nach ihrer eigenständigen Rechtsqualität gerade nicht kategorisch mit „ja“ oder „nein“ beantwortet werden, sondern nur relativ bestimmt werden kann. Schließlich wird aufgezeigt, dass für die adäquate Beschreibung der Ordnungsregime die überkommenen Begriffskategorien des staatlichen Rechts unzureichend sind und ihnen stattdessen aus der externen Beobachterperspektive eine Einfügung in den Begriffsrahmen des „transnationalen Rechts“, konkret als *transnationale Vertragsrechtsregime* am ehesten gerecht wird.

<sup>526</sup> Vgl. *Collins*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 121, 125.

<sup>527</sup> Vgl. *Wielsch*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 71, 80.



### 1. Normcharakter

Der Begriff der Norm – hier verstanden als geteilte Vorstellung über angebrachtes und erwartetes Verhalten in einer spezifischen sozialen Situation<sup>528</sup> – ist weiter als der Begriff des Rechts. Rechtsnormen sind eine, jedoch bei Weitem nicht die einzige Erscheinungsform von Normen; weitere Beispiele sind etwa Normen der Ethik, der Religion oder der Sprache.<sup>529</sup> Das gemeinsame Merkmal von Normen ist zunächst ihr Anspruch auf allgemeine, den konkreten Einzelfall übersteigende Geltung (Generalität).<sup>530</sup> Dieser Anspruch korreliert mit der Erwartungshaltung, dass geltende Normen auch von solchen Personen befolgt werden, die sie nicht, jedenfalls nicht ausschließlich selbst geschaffen haben (Heteronomie).<sup>531</sup> Der Anlass zur Befolgung kann, muss aber nicht in zwangsbewehrter Anordnung bestehen; auch die grundsätzlich freiwillige Befolgung einer Norm kann deren Geltung bestätigen. So können etwa die Bedürfnisse, sozialen Erwartungshaltungen zu genügen (z.B. situationsangemessene Kleidung) oder sich anderen verständlich zu machen (z.B. Befolgung der Grammatikregeln einer Sprache) Grund für die Einhaltung normativer Vorgaben sein. Genauso kann der Wunsch, an einem spezifischen Markt teilzunehmen zu können, zur Befolgung der innerhalb dieses Marktes akzeptierten und die Marktinteraktion prägenden Normen motivieren.

Vor diesem Hintergrund liegt es überaus nahe, den innerhalb der grenzüberschreitenden Ordnungsregime von ICC, LMA und ISDA generierten Musterregeln zu Dokumentenakkreditiven, Konsortialkrediten und Kreditderivaten Normcharakter zuzuerkennen.<sup>532</sup> Es ist der selbsterklärte Anspruch der Organisationen, bereichsspezifische Transaktionen durch einheitliche vertragliche Gestaltungsvorgaben zu erleichtern. Da sich die hierzu eingesetzten Strategien als höchst effektiv erwiesen und zur Etablierung einer weltweit weitgehend gleichförmigen Vertragspraxis geführt haben, ist jeder Akteur, der im jeweiligen Geschäftsbereich aktiv werden und eine Transaktion mit grenzüberschreitendem Bezug eingehen will, darauf verwiesen, sich mit den einschlägigen Musterdokumenten der ICC, LMA oder ISDA zumindest auseinanderzusetzen – und sei es

---

<sup>528</sup> In Anschluss an *Granovetter*, *Society and Economy* (2017), 15 f., 27.

<sup>529</sup> Weitere Beispiele bei *Elster*; in: Bearman/Hedström (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Analytical Sociology* (2011), 195, 203 ff.

<sup>530</sup> Vgl. *F. Kirchhof*, *Private Rechtsetzung* (1987), 59, 64 ff.; *Engert*, *Rechtswissenschaft* 2014, 301, 308; *Damler*, *Das gesetzlich privilegierte Muster im Privatrecht* (2015), 74.

<sup>531</sup> Vgl. *F. Kirchhof*, *Private Rechtsetzung* (1987), 59, 84 ff.; *Buck-Heeb/Dieckmann*, *Selbstregulierung im Privatrecht* (2010), 256; *Engert*, *Rechtswissenschaft* 2014, 301, 308; *Damler*, *Das gesetzlich privilegierte Muster im Privatrecht* (2015), 74 f.

<sup>532</sup> Vgl. *Engert*, *Rechtswissenschaft* 2014, 301, 320; im Ansatz auch *Snyder*, *Ohio St. L. J.* 64 (2003), 371, 410 f.

mit dem (freilich unwahrscheinlichen) Ergebnis, auf deren Verwendung um den Preis eines erheblich erschwerten Marktzugangs verzichten zu wollen. Auf diesem Wege nehmen die Organisationen mit ihren Regelwerken maßgeblichen Einfluss darauf, wie Vertragsparteien ihre Transaktionsbeziehungen ausgestalten und von welchen gegenseitigen Erwartungshaltungen sie hierbei angeleitet werden.<sup>533</sup> Bezeichnenderweise verstehen sich die Organisationen auch selbst als „the world business organization“ (ICC)<sup>534</sup>, „the authoritative voice of the syndicated loan market“ (LMA)<sup>535</sup> und „the preeminent voice of the global derivatives marketplace“ (ISDA)<sup>536</sup> [Hervorhebungen des Verfassers]. Diese Einflussnahme setzt sich, vermittelt durch die ständige Fortentwicklung der Musterdokumente sowie durch die zahlreichen auf deren Anwendung bezogenen Begleitinstrumente und -mechanismen, auch auf Ebene der Durchführung bereits bestehender Verträge fort<sup>537</sup> – etwa bei der Frage, ob und wann von einem vertraglich vorgesehen Kündigungsrecht tatsächlich Gebrauch gemacht werden kann.<sup>538</sup> Die Interpretation der aus einem Musterdokument übernommenen Vertragsbestimmungen ist selbst im konkreten Einzelfall dann nicht mehr nur Frage des zu beurteilenden Einzelvertrages, sondern Gegenstand des Interesses der gesamten Verwendergruppe innerhalb des einschlägigen Verkehrskreises.<sup>539</sup> Aus ursprünglich bloßen „Normangeboten“ sind mit deren marktweiter Etablierung bereichsspezifische, das Verhalten nahezu aller Marktteilnehmer beeinflussende Normen geworden.<sup>540</sup>

## 2. Rechtscharakter

Aus dem Normcharakter der untersuchten Musterdokumente folgt jedoch noch keine Aussage über deren Rechtscharakter.<sup>541</sup> Was aber macht eine Norm zur Rechtsnorm? Dies wirft die Frage nach dem „Wesen des Rechts“ auf, die so alt ist wie das Recht selbst und das ungelöste (und wohl auch unlösbare) Kernprob-

<sup>533</sup> Vgl. Engert, Rechtswissenschaft 2014, 301, 319.

<sup>534</sup> <<https://iccwbo.org/about-us/>>.

<sup>535</sup> <<https://www.lma.eu.com/about-us>>.

<sup>536</sup> <<https://www.isda.org/mission-statement/>>.

<sup>537</sup> Vgl. Wielsch, Mod. L. Rev. 81 (2018), 958, 959.

<sup>538</sup> Vgl. zu diesem Beispiel Renner, ZHR 185 (2021), 840, 866 ff.

<sup>539</sup> Vgl. Engert, Rechtswissenschaft 2014, 301, 320 f.

<sup>540</sup> Vgl. Metzger, Extra legem, intra ius (2009), 522.

<sup>541</sup> Treffend Schmidt, in: Murakami/Marutschke/Riesenhuber (Hrsg.), Globalisierung und Recht (2007), 153, 168: „Wir sollten uns hüten vor naiver Empirie: Das Vorhandensein von Regeln besagt noch nicht, dass wir es mit Recht zu tun haben. Hüten sollten wir uns aber auch vor doktrinärem Fundamentalismus: Unser auf staatliches Recht fixiertes Verständnis darf uns nicht eingeben, es könne kein anderes Recht geben als das staatliche.“

lem der Rechtstheorie darstellt.<sup>542</sup> Sie soll hier zwar nicht neu verhandelt werden, kann aber für die im weiteren Verlauf der Untersuchung im Mittelpunkt stehende Frage, wie sich die staatliche Rechtsordnung zu grenzüberschreitenden Ordnungsstrukturen des Finanzverkehrs verhält und verhalten sollten, auch nicht außen vor bleiben.<sup>543</sup> Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die in Literatur und Rechtsprechung im Umgang mit Regelwerken wie jenen von ICC, LMA, ISDA und vergleichbaren Organisationen auftretenden Schwierigkeiten oftmals auf einen nicht klar definierten Rechtsbegriff zurückzuführen sind. So finden sich im Schrifttum insoweit verschiedenste Klassifizierungen, die vom Abstreiten jeglicher Rechtsqualität über eine Einordnung als Allgemeine Geschäftsbedingungen, Handelsbrauch oder Gewohnheitsrecht bis hin zur Behandlung als Rechtsquelle *sui generis* oder Bestandteil eines nationalen Wirtschaftsrechts reichen.<sup>544</sup> Bezugnahmen auf einschlägige Musterdokumente in der Rechtsprechung erfolgen nicht selten sogar ganz ohne nähere Auseinandersetzung mit deren Rechtsqualität oder genauerer dogmatischer Einordnung.<sup>545</sup> So begnügt sich etwa das OLG Düsseldorf in einem die ERA heranziehenden Urteil mit der lapidaren Feststellung, deren „Rechtsnatur [sei] streitig“.<sup>546</sup> Nicht recht entschlossen wirkt auch die Formulierung des OLG München, dass die ERA „den Charakter Allgemeiner Geschäftsbedingungen haben und damit grundsätzlich kraft Unterwerfung, im kaufmännischen Verkehr allerdings auch aufgrund konkludent getroffener Vereinbarung gelten, soweit die Regelungen nicht von vornherein bereits als

---

<sup>542</sup> Vgl. zur Perspektivenabhängigkeit des Rechtsnormbegriffs und der damit verbundenen Unmöglichkeit einer allgemeinen, umfassenden und zwingenden Definition *F. Kirchhof*, Private Rechtsetzung (1987), 22 ff.

<sup>543</sup> Vgl. *Schmidt*, in: Murakami/Marutschke/Riesenhuber (Hrsg.), Globalisierung und Recht (2007), 153, 158.

<sup>544</sup> Guter Überblick zu den ERA bei *Maurer*, *Lex Maritima* (2012), 52 ff.; vgl. auch *Wedemann*, in: *MüKo HGB*, Band 6 (4. Aufl. 2019), H. Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handel, Rn. 65 f. Beispielhaft für die Vielfalt der vertretenen Ansichten etwa *von Bar/Mankowski*, *Internationales Privatrecht*, Band I (2. Aufl. 2003), § 2, Rn. 72 (keine Rechtsqualität, gegebenenfalls nach den Maßstäben des staatlichen Rechts als Allgemeine Geschäftsbedingungen oder Handelsbrauch zu behandeln); *Canaris*, *Bankvertragsrecht* (2. Aufl. 1981), Rn. 927 (Allgemeine Geschäftsbedingungen); *Holzwarth*, *IHR* 2007, 136, 149 (Handelsbrauch); *Häberle*, in: Häberle (Hrsg.), *Handbuch für Kaufrecht, Rechtsdurchsetzung und Zahlungssicherung im Außenhandel* (2002), 755, 760 f. (Gewohnheitsrecht); *Schütze/Vorpeil*, *Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr* (7. Aufl. 2016), 13 ff., 22 ff. (Rechtsordnung *sui generis*); *Grundmann*, in: Grundmann (Hrsg.), *Bankvertragsrecht*, Band 1 (2020), 3. Teil, Rn. 566 (Regelwerk mit Rechtscharakter). Rechtsvergleichend *Dalhuisen*, *Duke J. Comp. & Int'l L.* 18 (2008), 339, 356, Fn. 32.

<sup>545</sup> Vgl. zu den ERA 600 die Rechtsprechungsauswertung bei *Jarass*, *Privates Einheitsrecht* (2019), 168 ff.

<sup>546</sup> OLG Düsseldorf NJOZ 2004, 2943.

Handelsbrauch anzusehen sind“.<sup>547</sup> Diese Unsicherheiten demonstrieren, dass die rechtswissenschaftliche Erfassung und Aufarbeitung derartiger grenzüberschreitender Ordnungsphänomene noch am Anfang steht.<sup>548</sup> Eine solche Aufarbeitung aber muss notwendigerweise mit der Frage beginnen, ob und inwieweit überhaupt von einem „rechtlichen“ Phänomen die Rede sein kann und welche Schlussfolgerungen hieraus zu ziehen sind.

Fasst man die in diesem Zusammenhang geführte Debatte zusammen,<sup>549</sup> so lassen sich zunächst zwei Betrachtungsebenen unterscheiden, auf welchen sich jeweils kaum vereinbare Grundprämissen gegenüberstehen: Die Ebene der *Rechtsquellen* und die des *Rechtsinhalts*.

#### a) *Rechtsquellen: Rechtsetatismus vs. Rechtspluralismus*

Auf Ebene der *Rechtsquellen* kreist die Diskussion im Kern um die Frage, ob ein notwendiger Zusammenhang zwischen Recht und Staat besteht.<sup>550</sup> Wer dies bejaht, kann den innerhalb von durch private Organisationen orchestrierten Ordnungsregimen des grenzüberschreitenden Finanzverkehrs erzeugten Normen von vornherein keine oder allenfalls eine vollumfänglich aus staatlichen Rechtsordnungen abgeleitete rechtliche Relevanz beimessen.

Für einen solchen notwendigen Zusammenhang zwischen Recht und Staat tritt die Traditionslinie des *Rechtsetatismus* (im englischsprachigen Diskurs *Legal Centralism*<sup>551</sup>) ein, deren ideengeschichtliche Wurzeln primär in den staatsbezogenen politischen Philosophien *Jean Bodins*<sup>552</sup> und *Thomas Hobbes*<sup>553</sup> sowie im deutschen Idealismus, insbesondere bei *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* und dessen strikter Unterscheidung von Staat und bürgerlicher Gesellschaft zu finden sind.<sup>554</sup> Nach dieser rationalistisch-konstruktivistischen Sichtweise sind grund-

<sup>547</sup> OLG München WM 1996, 2335, 2336.

<sup>548</sup> Vgl. Renner, *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 87. Vgl. auch Basedow, *RabelsZ* 43 (1979), 116, 126, der in Bezug auf das Beispiel der ICC Incoterms für eine „gründliche tatsächliche, historische und dogmatische Erforschung des Gebietes“ anstelle eines Beharrens auf alten Begriffen plädiert.

<sup>549</sup> Ausführlich *Viellechner*, *Transnationalisierung des Rechts* (2013), 192 ff.; zur Paralleldiskussion in der Völkerrechtswissenschaft *Fischer-Lescano/Teubner*, *Regime-Kollisionen* (2006), 165 f.

<sup>550</sup> Anschaulich *Bonell*, *RabelsZ* 42 (1978), 485, 486 ff.; *Kähler*, in: *ARSP-Beiheft* 83 (2002), 69 ff.

<sup>551</sup> Vgl. *Williamson*, *Am. Econ. Rev.* 73 (1983), 519, 520.; *Ellickson*, *Order without Law* (1991), 138 ff.

<sup>552</sup> *Bodin*, *Les six livres de la république*, I (1576, Nachdruck 1986), 179 ff.

<sup>553</sup> *Hobbes*, *Leviathan or the Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil* (1651), 133 ff.

<sup>554</sup> Vgl. *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissen-*

sätzlich allein diejenigen Normen „Recht“, die von einem nach der jeweiligen Staatsverfassung zuständigen Organ in der hierfür verfassungsmäßig vorgesehenen Weise erlassen worden sind.<sup>555</sup> Recht existiere demnach nicht „von selbst“, sondern werde stets von einem staatlichen Gesetzgeber „gemacht“.<sup>556</sup> Der Nationalstaat ist nach dieser Vorstellung Rechtsmonopolist.<sup>557</sup> Paradigmatisch für diese Sichtweise formuliert etwa *Paul Kirchhof*: „Wie jede Demokratie in einem vorgefundenen Staatsvolk ruht, so setzt das Entstehen und die Geltungskraft von Recht den Staat schon voraus.“<sup>558</sup> Hierdurch wird der Prozess der Rechtserzeugung eng mit den für das moderne Nationalstaatsmodell konstitutiven Ideen der „Souveränität“ und „Territorialität“ verknüpft.<sup>559</sup> In der Staatsrechtslehre war dieses Denken gerade in Deutschland lange vorherrschend und hat auch heute noch maßgeblichen Einfluss,<sup>560</sup> wenngleich argumentativ zunehmend stärker an das Primat der Verfassung als an das der Staatlichkeit als solcher angeknüpft<sup>561</sup>

---

schaft im Grundrisse (1820), in: Moldenhauer/Michel (Hrsg.), G. W. F. Hegel, Werke in zwanzig Bänden, Band 7 (1970), 398 ff. Zur Verschmelzung von Recht und Staat in der neuzeitlichen Philosophie *Vesting*, VVDStRL 63 (2004), 41, 43 ff.

<sup>555</sup> Vgl. etwa *Dreier*, NJW 1986, 890, 895 f., der allerdings zusätzlich ein Mindestmaß an sozialer Wirksamkeit und ethischer Rechtfertigungsfähigkeit voraussetzt. Von diesem etatistischen Rechtsbegriff noch erfasst sind auch Erscheinungsformen kollektiver und privater Regelung, die auf ausdrücklicher staatlicher Ermächtigung beruhen, z. B. der Abschluss von Tarifverträgen auf Grundlage von Art. 9 Abs. 3 GG; siehe hierzu etwa *F. Kirchhof*, Private Rechtsetzung (1987), 133 ff., 181 ff.; *P. Kirchhof*, ZGR 2000, 681, 682; *G. Bachmann*, Private Ordnung (2006), 31 ff.; *Engler*, Private Regelung (2017), 29 ff.

<sup>556</sup> Zu dieser Beschreibung *Behrens*, *RabelsZ* 50 (1986), 19, 22; vgl. auch *C. Möllers*, in: ARSP-Beiheft 79 (2001), 41, 43 f.

<sup>557</sup> *Peters*, VVDStRL 69 (2009), 7, 15; vgl. auch *F. Kirchhof*, Private Rechtsetzung (1987), 107 ff., der zwar nicht von einem Rechtsetzungsmonopol, wohl aber von einem Rechtsanerkennungsmonopol des Staates ausgeht.

<sup>558</sup> *P. Kirchhof*, in: FS Schambeck (1994), 947, 951.

<sup>559</sup> Vgl. *Meder*, *JZ* 2006, 477, 480. Den engen Zusammenhang zwischen Gesetzgebung und Souveränität betont bereits *Bodin*, *Les six livres de la république*, I (1576, Nachdruck 1977), 179 ff. In dieser Tradition steht auch die bekannte Rechtsdefinition *John Austins*, der den gemeinsamen Nenner des Rechts im „command of the sovereign backed by threats“ erkannt zu haben glaubte; siehe *Austin*, *The providence of jurisprudence determined* (1832), *Lecture I*, 18 ff.

<sup>560</sup> Beispielhaft aus der Literatur *F. Kirchhof*, Private Rechtsetzung (1987), 52 ff.; *Isensee*, in: *Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band II (3. Aufl. 2004), 3, 33 ff.; *P. Kirchhof*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht* (2009), 1009, 1011; aus der Rechtsprechung RG JW 65 (1936), 2058, 2059. Einzelheiten zu dieser Tradition bei *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Zweiter Band (1992), 276 ff.

<sup>561</sup> Zu den Anfängen der analytischen Entkopplung von Staat und Verfassung *C. Möllers*, *Staat als Argument* (2. Aufl. 2011), 256 ff.



und das Konzept des staatlichen Rechts zudem deutlich weiter als das des positionierten Gesetzes verstanden wird.<sup>562</sup>

Vertreter des Rechtsetatismus bestreiten zwar keineswegs, dass auch schon lange vor Aufkommen des modernen Nationalstaates Erscheinungsformen von Recht in menschlichen Gemeinschaften existierten – etwa das durch Fachjuristen geprägte Gemeine Recht (*ius commune*) und die Feudal-, Kirchen- und Gewohnheitsrechte des Mittelalters.<sup>563</sup> Sie sehen aber in der Verknüpfung von Staat und Recht eine historische Errungenschaft, die – nachdem traditionale und naturrechtliche Legitimationsmodelle ihre Überzeugungskraft weitgehend eingebüßt hatten<sup>564</sup> – Rationalisierungsfunktion hat und die es zu bewahren gilt.<sup>565</sup> Es sei die wesentliche zivilisatorische Leistung der ursprünglich im Modell des Westfälischen Frieden von 1648 angelegten Nationalstaatsidee, die zuvor unter anderem in den Dreißigjährigen Krieg mündende Vielzahl konkurrierender Regelungsansprüche einzuhegen, Herrschafts- und Rechtsetzungsbefugnisse in der abstrakten öffentlichen Gewalt souveräner und territorial abgegrenzter Nationalstaaten zu monopolisieren und hierdurch erst ein geordnetes bürgerliches Leben in Frieden zu ermöglichen.<sup>566</sup>

War das Staatlichkeitsmodell in den Philosophien *Bodins* und *Hobbes'* noch mit einem absolutistischen Herrschaftsideal verbunden, liegt ihm spätestens seit den bürgerlichen Revolutionen des 18. und 19. Jahrhunderts die insbesondere auf *John Locke*<sup>567</sup> und *Jean-Jacque Rousseau*<sup>568</sup> zurückgehende aufklärerische Idee einer Rückführung hoheitlicher Machtausübung auf den Bürgerwillen zugrunde.<sup>569</sup> Recht könne danach nur noch in einem Staat entspringen, der seinerseits auf einer gesellschaftsvertraglichen Verfassung beruhe.<sup>570</sup> Auf der internationalen Ebene setze sich diese konzeptionelle Verknüpfung von Recht und Staat

<sup>562</sup> So ausdrücklich BVerfGE 34, 269 (287). Vgl. hierzu auch *Canaris*, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht (2000), 5, 10 f.

<sup>563</sup> Vgl. *Vesting*, VVDStRL 63 (2004), 41, 43, Fn. 5; *Meder*, JZ 2006, 477, 480. Ausführlich zu diesen vorstaatlichen Formen von Recht *H. Berman*, Recht und Revolution (1991), 85 ff.; *Hadfield*, Rules for a Flat World (2017), 41 ff.

<sup>564</sup> *Michaels*, RabelsZ 69 (2005), 525, 538.

<sup>565</sup> Vgl. etwa mit Blick auf die durch das Nationalstaatsmodell verfolgte Neutralisierung der Glaubensspaltung *Böckenförde*, in: FS Forsthoff (1967), 75 ff.

<sup>566</sup> Diese Entwicklung beschränkte sich allerdings zunächst auf Kontinentaleuropa; vgl. *Meder*, JZ 2006, 477, 480, Fn. 28.

<sup>567</sup> *Locke*, Two Treatises of Government (1690), 346 ff.

<sup>568</sup> *Rousseau*, Du contrat social ou Principes du droit politique (1762), 17.

<sup>569</sup> Vgl. *Rupp*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II (3. Aufl. 2004), 879, 898 f.

<sup>570</sup> *Hans Großmann-Doerth* spricht in diesem Zusammenhang plastisch von der das juristische Denken bestimmenden „Theologie von 1789“; siehe *Großmann-Doerth*, JW 58 (1929), 3447.



in den Formen des von und zwischen Staaten geschaffenen Völkerrechts fort, sodass auch die internationale Rechtsordnung als vom Nationalstaat ausgehende Einheit zu begreifen sei.<sup>571</sup>

Konsequenterweise wird die mit dieser Sichtweise verbundene zwingende Rückführung des Rechts auf den Staat auch für das die Rechtsbeziehungen Einzelner betreffende Privatrecht beansprucht: „Privatautonome“ Rechtsgestaltungen – etwa durch Verträge und Verbandsnormen – könnten niemals aus sich heraus Rechte und Pflichten begründen, sondern nur, wenn und soweit sie vom staatlichen Gesetzgeber anerkannt würden und sich in die Rechtsquellenhierarchie des staatlichen Rechts einfügten.<sup>572</sup> Unter diesem Vorzeichen standen auch die zumindest in Kontinentaleuropa erfolgreichen Bemühungen um umfassende nationalstaatliche Kodifikationen des Zivil- und Handelsrechts im 19. Jahrhundert.<sup>573</sup> Privatautonomie wird hierbei als derivatives Konzept verstanden, das von der staatlichen Rechtsordnung erst definiert und zugleich umgrenzt werde.<sup>574</sup> Folgerichtig seien auch grenzüberschreitende privatrechtliche Sachverhalte stets mit den Methoden des Internationalen Privatrechts zu „lokalisieren“ und hierdurch an nationalstaatliche Rechtsordnungen rückzubinden. Soweit hierbei auch „fremde“, d. h. ausländische Rechtsnormen zur Anwendung kommen könnten, rechtfertige sich dies allein vor dem Hintergrund zwischenstaatlicher Anerken-

---

<sup>571</sup> Exemplarisch *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht (1899), 27 ff., 63 ff. Vgl. hierzu und zu den Schwierigkeiten dieser Sichtweise im Umgang mit den zunehmenden Verselbstständigungstendenzen des Europa- und Völkerrechts *Vesting*, VVDStRL 63 (2004), 41, 47 ff.; kritisch auch *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge (2006), 184 f.; *Ladeur*, AVR 49 (2011), 246 ff.

<sup>572</sup> Eindrücklich *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1. Aufl. 1934), 110 f.: „[...] erkennt man in den sogenannten öffentlichen Akten des Staates ebensolche Rechtsakte wie in den privaten Rechtsgeschäften, sieht man vor allem ein, daß die den rechtserzeugenden Tatbestand bildende Willensäußerung in beiden Fällen nur die Fortsetzung des Prozesses der staatlichen Willensbildung ist, [...] dann wird es keineswegs so paradox erscheinen, daß die Reine Rechtslehre [...] auch im privaten Rechtsgeschäft [...] einen Akt des Staates, das heißt einen der Einheit der Rechtsordnung zurechenbaren Tatbestand der Rechtserzeugung erblickt.“ Vgl. auch *F. Kirchhof*, Private Rechtsetzung (1987), 49 ff., 133 ff., 138 ff.; *Augsberg*, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft (2003), 27 f., 32 f., 37; *von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band I (2. Aufl. 2003), § 2, Rn. 76; *Engler*, Private Regelsetzung (2017), 38 f.; aus rechtsvergleichender Perspektive *Dalhuisen*, Rutgers Univ. L. Rev. 67 (2015), 1, 7 ff.; *Merryman/Pérez-Perdomo*, The Civil Law Tradition (4. Aufl. 2019), 23.

<sup>573</sup> Vgl. *Juenger*, in: FS Rittner (1991), 233, 234; *Dalhuisen*, Duke J. Comp. & Int'l L. 18 (2008), 339, 342, 345 f. Zur Entwicklung in den USA siehe *Hadfield*, Rules for a Flat World (2017), 108 ff.

<sup>574</sup> So etwa *Hofmann*, Der Staat 57 (2018), 5, 25; ähnlich *von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band I (2. Aufl. 2003), § 2, Rn. 76. Siehe auch schon *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Erster Band (1840), 23 f.

nungsakte.<sup>575</sup> Für ein Recht „außerhalb“ oder „jenseits“ des Staates hingegen besteht in einer solchen monolithischen Konzeption kein Raum. Soweit die Rückführung einer Norm auf eine staatliche Rechtsquelle nicht möglich sei, könne es sich nicht um ein juristisches, sondern allenfalls um ein soziologisches Phänomen handeln, das keine Grundlage gerichtlicher Entscheidungen sein könne.<sup>576</sup> *Hans Kelsen* bringt diesen Standpunkt mit der ihm eigenen Klarheit auf den Punkt: „Was Recht ist [...], das kann die Rechtssoziologie nicht bestimmen.“<sup>577</sup>

Die Gegenposition hierzu bildet der in der empiristisch-evolutionstheoretischen Denktradition wurzelnde Ansatz des *Rechtspluralismus*.<sup>578</sup> Dieser begreift, im deutschsprachigen Schrifttum insbesondere an *Eugen Ehrlichs* Arbeiten zum „lebenden Recht“ anknüpfend,<sup>579</sup> Recht als eine soziale Praxis der Normerzeugung und -durchsetzung, die sich nicht nur im Nationalstaat, sondern auch in anderen Organisationsformen, namentlich innerhalb der Zivilgesellschaft selbst vollziehen könne.<sup>580</sup> Was Recht sei und was nicht, bestimme sich primär nach dem Gesichtspunkt der sozialen Wirksamkeit, nicht durch Zuordnung zu einem abschließenden Kanon formal definierter Rechtsquellen.<sup>581</sup> Freilich könnten dann zwar Konstellationen entstehen, in welchen ein und derselbe Sachverhalt von verschiedenen, möglicherweise konfligierenden und untereinander nicht hierarchisierten Rechtsregeln erfasst würde.<sup>582</sup> Dieser Zustand sei im Laufe der

<sup>575</sup> Vgl. *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht (9. Aufl. 2004), 17.

<sup>576</sup> Vgl. *Spickhoff*, *RabelsZ* 56 (1992), 116, 131 ff.; *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge (2001), 622; *von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band I (2. Aufl. 2003), § 2, Rn. 76; *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht (9. Aufl. 2004), 127 f.; *T. Möllers*, in: *FS Buchner* (2009), 649, 653 f.

<sup>577</sup> *Kelsen*, *ArchSozWiss* 39 (1914/1915), 839, 875.

<sup>578</sup> Gute Übersicht bei *Michaels*, *Wayne L. Rev.* 51 (2005), 1209, 1221 ff.; ausführliche Darstellungen bei *Griffiths*, *JLP* 24 (1986), 1 ff.; *Merry*, *Law & Soc’y Rev.* 22 (1988), 869 ff.; *Michaels*, *Ann. Rev. Law Soc. Sci.* 5 (2009), 243 ff.; *P. Berman*, *Global Legal Pluralism* (2012); *Seinecke*, *Das Recht des Rechtspluralismus* (2015).

<sup>579</sup> Aus dem umfangreichen Werk *Ehrlichs* insbesondere *Ehrlich*, *Schmollers Jahrbuch* 35 (1911), 129 ff.; *Ehrlich*, *Recht und Wirtschaft* 1 (1912), 273 ff., 322 ff.; *Ehrlich*, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), 67 ff. Stellvertretend für die Parallelentwicklung im englischsprachigen Schrifttum etwa *Pound*, *Am. L. Rev.* 44 (1910), 12, 15 ff.; *Llewellyn*, *Colum. L. Rev.* 30 (1930), 431 ff.; *Malinowski*, *Crime and Custom in Savage Society* (1932).

<sup>580</sup> Zu Tradition dieser Sichtweise umfassend *Meder*, *Ius non scriptum* (2. Aufl. 2009); vgl. auch *Meder*, in: *Calliess* (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 257.

<sup>581</sup> Ganz in diesem Sinne formuliert etwa *Karl Llewellyn* unter Bezugnahme auf *Levin Goldschmidt*: „Every fact-pattern of common life [...] carries within itself its appropriate, natural rules, its right [immanent] law.“ Siehe *Llewellyn*, *The Common Law Tradition* (1960), 122; und zur Originalaussage *Goldschmidt*, *Handbuch des Handelsrechts* (2. Aufl. 1875), 302.

<sup>582</sup> *Boaventura de Sousa Santos* beschreibt diese Situation mit dem Terminus der „Interlegalität“; siehe *de Sousa Santos*, *J. Law Soc.* 14 (1987), 279, 288 ff., 298. Vgl. auch *Galanter*,

Entwicklung der westlichen Rechtstradition aber sogar der Normalfall gewesen, bevor sich ab 1648 schrittweise zunächst das Nationalstaatsmodell durchgesetzt habe.<sup>583</sup> Gerade im Hinblick auf die rechtswissenschaftliche Aufarbeitung der Globalisierung und des damit einhergehenden Bedeutungsverlusts des territorial begrenzten Nationalstaates hat diese rechtspluralistische Sichtweise nunmehr wieder erheblichen Auftrieb erfahren.<sup>584</sup> Laut ihren Anhängern besteht die Realität des globalen Rechts heute – der zunehmenden funktionalen Ausdifferenzierung moderner Gesellschaften geschuldet<sup>585</sup> – aus einer Vielzahl teils territorial, teils funktional ausgerichteter Rechtskreise von teils staatlichem, teils nichtstaatlichem Ursprung.<sup>586</sup> Als prominente Beispiele für Letzteres werden neben weiten Bereichen des grenzüberschreitenden Finanz- und Wirtschaftsverkehrs unter anderem der professionelle Sport<sup>587</sup>, die technische Normierung<sup>588</sup> sowie das Internet<sup>589</sup> angeführt. Geltungsgrund entsprechender Rechtsnormen sei in diesen Fäl-

---

JLP 19 (1981), 1 ff.; *Merry*, *Law & Soc’y Rev.* 22 (1988), 869 ff.; *Vesting*, *VVDStRL* 63 (2004), 41, 59 ff.

<sup>583</sup> Umfassend hierzu *H. Berman*, *Recht und Revolution* (1991). Zur Rezeption fremden Rechts als Normalfall der Rechtsgeschichte siehe *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2. Aufl. 1967), 124 ff.

<sup>584</sup> Insbesondere durch *Teubner*, *RJ* 15 (1996), 255. Vgl. auch *C. Möllers*, in: *ARSP-Beiheft* 79 (2001), 41, 46 ff.; *Vesting*, *VVDStRL* 63 (2004), 41, 59 ff.; *P. Berman*, *S. Cal. L. Rev.* 80 (2007), 1155, 1169 ff.; *Michaels*, *Ann. Rev. Law Soc. Sci.* 5 (2009), 243; *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 131 ff.; *Ladeur*, *AVR* 49 (2011), 246, 251 ff.

<sup>585</sup> Siehe hierzu *Luhmann*, *Rechtssoziologie* (3. Aufl. 1987), 217 ff., 335.

<sup>586</sup> *Vesting*, *VVDStRL* 63 (2004), 41, 64; ferner *Calliess*, *ZfRSoz* 23 (2002), 185, 187; *Calliess*, *RabelsZ* 68 (2004), 244, 253 f.; *Calliess*, *ZfRSoz* 26 (2005), 35, 49, 54; *Calliess*, in: *Zimmermann* (Hrsg.), *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung* (2016), 167, 175; *Viel-lechner*, *Der Staat* 51 (2012), 559, 561; *Viellechner*, *Transnationalisierung des Rechts* (2013), 231; vgl. auch schon *Teubner*, in: *Liber Amicorum Simitis* (2000), 437, 438. Zur Paralleldebatte in der Völkerrechtswissenschaft vgl. *Koskenniemi/Leino*, *LJIL* 15 (2002), 553 ff.; *Hafner*, *Mich. J. Int’l L.* 25 (2004), 849 ff.; *International Law Commission*, *Fragmentation of International Law*, 13.4.2006, UN Doc A/CN.4/L.682 (2006).

<sup>587</sup> Vgl. hierzu *Reuter*, *DZWIR* 1996, 1 ff.; *Foster*, *ESLJ* 2 (2003), 1 ff.; *Röthel*, *JZ* 2007, 755, 757 f.; *Ipsen*, *Private Normenordnungen als Transnationales Recht?* (2009), 129 ff.; *Casini*, *GLJ* 12 (2011), 1317 ff.; *Nolte*, in: *Bumke/Röthel* (Hrsg.), *Privates Recht* (2012), 107, 108 f.; *Gomtsian* u. a., *Yale J. Int’l L.* 43 (2018), 85 ff.; *Duval*, in: *Zumbansen* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Transnational Law* (2021), 493 ff.; weitere Beiträge zusammengestellt in *Siekman/Soek* (Hrsg.), *Lex Sportiva: What is Sports Law?* (2012).

<sup>588</sup> Vgl. hierzu *Röthel*, *JZ* 2007, 755, 758 ff.; *Shaffer*, *Conn. L. Rev.* 42 (2009), 147, 174 ff.

<sup>589</sup> Als zentrale nichtstaatliche Akteure werden hierbei insbesondere die Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) sowie marktbeherrschende Access-, Service- und Content-Provider ausgemacht. Vgl. hierzu *D. Johnson/Post*, *Stan. L. Rev.* 48 (1996), 1367 ff.; *Lessig*, *Code and Other Laws of Cyberspace* (1999); *Calliess*, in: *ARSP-Beiheft* 79 (2001), 61, 66 ff.; *Calliess*, *ZfRSoz* 23 (2002), 185, 201 ff.; *Calliess*, in: *Riesenhuber/Takayama*

len zumeist die rechtserzeugende Kraft privater Verträge, die keiner Rückbindung an das staatliche Recht mehr bedürfe (*contrat sans loi*).<sup>590</sup>

Die Debatte zwischen diesen gegensätzlichen rechtstheoretischen Grundpositionen wird teilweise mit einer solchen Schärfe geführt, dass schon von „Glaubenskriegen“ und der Auseinandersetzung zwischen gegensätzlichen „Weltanschauungen“ die Rede ist.<sup>591</sup> Dabei wird der rechtspluralistischen Sichtweise in erster Linie vorgeworfen, dass weder Quellen noch Inhalt und Grenzen eines vermeintlich „nichtstaatlichen“ Rechts hinreichend bestimmbar seien.<sup>592</sup> Privat geschaffene Regelungen möchten in manchen Bereichen zwar ähnliche soziale Funktionen wie das staatliche Recht erfüllen, könnten deshalb aber noch lange nicht mit diesem auf eine Stufe gestellt werden.<sup>593</sup> Begründet wird diese Kritik typischerweise mit reflexartigen Hinweisen auf Defizite privater Ordnung, wobei hierbei meist mehr oder minder explizit die Kriterien staatlichen Rechts zum Maßstab erhoben werden<sup>594</sup> – was freilich etwas voraussetzt, das erst noch zu beweisen wäre.<sup>595</sup> Der staatszentrierten Gegenposition hingegen wird vorgewor-

---

(Hrsg.), *Rechtsangleichung* (2006), 109, 118; *Calliess*, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge* (2006), 237 ff., 262 ff.; *Teubner*, *ZaöRV* 63 (2003), 1, 16 ff.; *Ipsen*, *Private Normenordnungen als Transnationales Recht?* (2009), 104 ff.; *Renner*, *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 169 ff.; *Viellechner*, *Der Staat* 51 (2012), 559, 563 f.; *Viellechner*, *Transnationalisierung des Rechts* (2013), 109 ff.

<sup>590</sup> In Anknüpfung an die französische Tradition um *Goldman*, *RdC* 109 (1963), 347, 474 ff.; *Goldman*, *Archives phil. dr.* 9 (1964), 177 ff.; *Goldman*, *JDI* 106 (1979) 475 ff. Dass diese Sichtweise gerade in Frankreich aufblühte, hängt wohl auch mit dem im Code civil angelegten Verständnis des Vertrages als Rechtsquelle zusammen; vgl. Art. 1103 Code civil (Fassung von 2016, entspricht Art. 1134 a. F.) und dazu *Muir Watt*, *ERCL* 6 (2010), 250, 257, Fn. 29. Zur unterschiedlichen Rezeption in anderen Ländern *de Ly*, in: *FS Sandrock* (2000), 179, 182 ff.

<sup>591</sup> *U. Stein*, *Lex mercatoria* (1995), 6; *Teubner*, *RJ* 15 (1996), 255, 264. Vgl. auch *Blaurock*, *ZEuP* 1993, 247, 248; *Schmidt*, in: *Murakami/Marutschke/Riesenhuber* (Hrsg.), *Globalisierung und Recht* (2007), 153, 157.

<sup>592</sup> Vgl. *Mann*, in: *Liber Amicorum Domke* (1967), 157, 164 ff.; *Tamanaha*, *J. Law Soc.* 20 (1993), 192; *Goode*, *Int'l & Comp. L. Q.* 54 (2005), 539, 547 f. Aus dem deutschen Schrifttum etwa *Spickhoff*, *RabelsZ* 56 (1992), 116, 120 ff., 131 ff.; *von Bar/Mankowski*, *Internationales Privatrecht*, Band I (2. Aufl. 2003), § 2, Rn. 75 f.

<sup>593</sup> Vgl. etwa *Spickhoff*, *RabelsZ* 56 (1992), 116, 127, 133.

<sup>594</sup> Am Beispiel der ERA *Häberle*, in: *Häberle* (Hrsg.), *Handbuch für Kaufrecht, Rechtsdurchsetzung und Zahlungssicherung im Außenhandel* (2. Aufl. 2010), 755, 760; *Haas*, in: *Ellenberger/Bunte* (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch* (6. Aufl. 2022), § 103, Rn. 18 (Ablehnung der Rechtsqualität der ERA insbesondere deshalb, weil diese keine vollständige Regelung darstellen würden); vgl. auch *T. Möllers*, in: *FS Buchner* (2009), 649, 653 f. (keine Rechtsqualität mangels hoheitlichen Handelns).

<sup>595</sup> *Renner*, *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 204; *Renner*, in: *Grundmann/Micklitz/Renner* (Hrsg.), *Privatrechtstheorie* (2015), 1871, 1877; *Collins*, in: *Grundmann/Möslein/Riesenhuber* (Hrsg.), *Contract Governance* (2015), 383, 386. Vgl. auch *Mertens*, *RabelsZ* 56 (1992), 219, 237: „Festlegungen über Rechtsquellen und anerkannte Methoden der Rechtsfin-

fen, dass sie auf einer axiomatischen Unterstellung einer homogenen Weltgesellschaft beruhe und damit an realen Entwicklungen vorbeigehe.<sup>596</sup> Die zwar wirkmächtige, aber letztlich kontingente Gleichsetzung von Recht und Staat habe sich zu einer rechtswissenschaftlichen Evolutionsblockade entwickelt,<sup>597</sup> weil sie für die immer relevanter werdenden dynamischen Prozesse sektoraler Rechts-erzeugung außerhalb staatlicher Hierarchien blind sei.<sup>598</sup> Erst recht zum Scheitern verurteilt seien idealistische Bemühungen, kontrafaktisch einen demokratischen Weltrechtsstaat herbeizureden.<sup>599</sup> Nicht die gesellschaftliche Praxis müsse sich der Rechtstheorie anpassen, sondern die Rechtstheorie von der gesellschaftlichen Praxis ausgehen.<sup>600</sup> Im Rahmen dieser Kritik wiederum wird allerdings zumeist vernachlässigt, dass die nationalstaatlichen Rechtsordnungen unbestreitbar noch immer den dominierenden Faktor im globalen Ordnungsgefüge darstellen und auch Erscheinungsformen eines vermeintlich nichtstaatlichen Rechts – wie etwa die in dieser Untersuchung im Mittelpunkt stehenden grenzüberschreitenden Ordnungsregime und ihre Musterdokumente – durchaus auf staatliche Rechtsordnungen Bezug nehmen. Zwischen beiden Polen stehen denn auch Bemühungen, sich von der klaren Differenzierung zwischen staatlichem und nichtstaatlichem Recht zu lösen und stattdessen gerade das Zusammenspiel unterschiedlicher Regelungsquellen als Charakteristikum grenzüberschreitender Ordnungsstrukturen zu betonen<sup>601</sup> – was nicht zuletzt vor dem Hintergrund plausibel

---

dung, von denen aus „legales“ und „paralegales“ Recht unterschieden werden könnte, sind also vielfach nur Behauptungen eines [...] dogmatischen Rechtspositivismus unzeitgemäßer nationalstaatlicher Fixierung.“

<sup>596</sup> So etwa schon *Joerges*, ZHR 138 (1974), 549, 562.

<sup>597</sup> *Calliess*, ZfRSoz 26 (2005), 35, 49; *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge (2006), 280.

<sup>598</sup> Vgl. *Griffiths*, JLP 24 (1986), 1, 4; *Teubner*, RJ 15 (1996), 255, 260; *Fischer-Lescanol/Teubner*, Regime-Kollisionen (2006), 24; *Zumbansen*, *RabelsZ* 67 (2003), 637, 657; *Berger*, in: *Bierbaum* (Hrsg.), *So investiert die Welt* (2008), 33, 41.

<sup>599</sup> Für diesen idealistischen Ansatz steht insbesondere der Philosoph *Otfried Höffe*; siehe etwa *Höffe*, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung* (1999); *Höffe*, „Königliche Völker“ (2001); in diese Richtung auch *Brunkhorst*, *Solidarität* (2002). Kritisch hierzu *Calliess*, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge* (2006), 185; *Renner*, *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 89, 243 f.

<sup>600</sup> Vgl. *Blaurock*, ZEuP 1993, 247, 267; *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 49. Nach *Gunther Teubner* müsse die auf diesem Wege entwickelte Rechtstheorie dann wiederum die Rechtspraxis anleiten; siehe *Teubner*, *Am. J. Comp. L.* 45 (1997), 149, 150.

<sup>601</sup> So etwa *Basedow*, in: *Jansen/Michaels* (Hrsg.), *Beyond the State* (2008), 281, 296 f.; *Basedow*, in: *Calliess* (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 141, 144 ff.; *Renner*, *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 205; *Maurer*, *Lex Maritima* (2012), 19 ff. Vgl. auch *Wai*, *Harv. Int'l L. J.* 46 (2005), 471, 477; *Wai*, *Law & Contemp. Probs.* 71 (2008), 107, 115 f.; *Michaels*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 14 (2007), 447, 465 ff.



erscheint, dass rechtsquellentheoretische Erwägungen für die Akteure des grenzüberschreitenden Finanz- und Wirtschaftsverkehrs kaum von Interesse sein dürften.<sup>602</sup>

*b) Rechtsinhalt: Deskriptive vs. normative Rechtstheorien*

Weiter verkompliziert wird die um den Rechtscharakter grenzüberschreitender Ordnungsstrukturen geführte Debatte durch eine Grunddifferenzierung, die auf der – von der Rechtsquellenebene unterscheidbaren – Ebene des *Rechtsinhalts* zwischen *deskriptiven* und *normativen* Rechtstheorien auszumachen ist.<sup>603</sup> Vertreter *deskriptiver* Rechtstheorien verneinen die Notwendigkeit eines Zusammenhangs zwischen Recht und bestimmten außerrechtlichen Anforderungen – insbesondere jenen von Ethik und Moral – und bestimmen die Rechtsgeltung allein faktisch: Recht sei, was eine tatsächlich funktionierende Rechtsordnung zu Recht bestimme.<sup>604</sup> Nach staatszentrierten Spielarten dieser Sichtweise werde eine Norm zur Rechtsnorm, indem sie den spezifischen autoritativen Anforderungen einer staatlichen Rechtsordnung an die Rechtserzeugung entspreche.<sup>605</sup> Diese erblickt beispielsweise *Kelsen* in einer auf dem Postulat einer hypothetischen Grundnorm aufbauenden Normenhierarchie,<sup>606</sup> *Herbert L. A. Hart* in von sozialer Anerkennung getragenen Sekundärregeln (*rules of recognition*) über die Rechtserzeugung,<sup>607</sup> welche zwar jeweils durchaus gewisse normative Anforderungen enthalten könnten, dies aber nicht begriffsnotwendig müssten.<sup>608</sup> Rechtspluralistisch geprägte Varianten deskriptiver Rechtstheorien stellen hingegen allein auf Kriterien wie Funktionalität und Steuerungswirksamkeit ab, welche auch außerhalb staatlicher Strukturen erfüllt sein könnten,<sup>609</sup> sodass konse-

<sup>602</sup> Vgl. zu diesem Aspekt *Mustill*, Arb. Int'l 4 (1988), 86, 96, 119; *Girsberger*, in: BDGVR 39 (2000), 231, 257; *Michaels*, Ind. J. Global Legal Stud. 14 (2007), 447, 462 f.; *Schmidt*, in: Murakami/Marutschke/Riesenhuber (Hrsg.), Globalisierung und Recht (2007), 153, 158; *Berger*, in: Bierbaum (Hrsg.), So investiert die Welt (2008), 33, 39; *Berger*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht (2012), 119, 126; *Renner*, RabelsZ 78 (2014), 750, 765 f.

<sup>603</sup> Ähnlich *Wiethölter*, in: FS Kegel (1977), 213, 224, der zwischen „formalen“ und „inhaltlichen“ Rechtstheorien unterscheidet.

<sup>604</sup> Vgl. zu dieser Beschreibung *Michaels*, RabelsZ 62 (1998), 580, 611.

<sup>605</sup> In diese Richtung etwa *F. Kirchhof*, Private Rechtsetzung (1987), 35 f.

<sup>606</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1. Aufl. 1934), 62 ff.

<sup>607</sup> *Hart*, The Concept of Law (2. Aufl. 1994), 94 ff; der seine Beschreibung trotz dieses im Kern soziologischen Ansatzes auf staatliche Rechtssysteme beschränkt.

<sup>608</sup> Unpräzise ist daher der bisweilen gegen deskriptive Rechtstheorien erhobene Vorwurf, sie leugneten jeden Zusammenhang zwischen Recht und Gerechtigkeit. Bestritten wird nicht die Möglichkeit, sondern lediglich die begriffliche Notwendigkeit eines Zusammenhangs. Vgl. dazu *Hart*, The Concept of Law (2. Aufl. 1994), 185 ff.

<sup>609</sup> Etwa *Snyder*, Ohio St. L. J. 64 (2003), 371, 403 ff.



quenterweise eine Deutung sozial-faktisch wirksamer grenzüberschreitender privater Ordnungsregime als eigenständige Rechtsordnungen ohne Weiteres möglich wäre. Gemeinsamer Nenner dieser deskriptiven Begriffsbestimmungen – die zumeist in den ideengeschichtlichen Traditionslinien des soziologischen Positivismus *Auguste Comtes*, des Utilitarismus *Jeremy Benthams* und *John Stuart Mills* oder der Evolutionsbiologie *Charles Darwins* stehen<sup>610</sup> – sind eine fundamentale Skepsis gegenüber metaphysischen Ansätzen der Rechtsbegründung<sup>611</sup> und ein damit einhergehendes Bemühen um eine analytische Trennung von Recht und bestimmten kontingenten Gerechtigkeitsvorstellungen.<sup>612</sup>

Für Vertreter *normativer* Rechtstheorien hingegen impliziert der Begriff des Rechts unabdingbar auch einen Gerechtigkeitsanspruch und kann deshalb aus einem Sein noch kein Sollen folgen. Als Recht seien nur solche Normen anzuerkennen, die entweder ihrer Aussage oder zumindest ihrem Entstehungsprozess nach gewissen außer- bzw. vorrechtlichen Anforderungen genügten – etwa den Regeln einer als universal verstandenen Moral<sup>613</sup> oder eines inklusiven öffentlichen Diskurses, der zu vernünftigen, für alle Regelunterworfenen akzeptierbaren Ergebnissen führe.<sup>614</sup> Zur tatsächlichen Anerkennungsfähigkeit müsse deshalb die Komponente der Anerkennungswürdigkeit hinzutreten, um einem Ordnungsregime und den von diesem produzierten Normen Rechtsgeltung verschaffen zu können.<sup>615</sup> Als mögliche Leitbilder einer solchen Anerkennungswürdigkeit werden beispielsweise die im modernen Nationalstaat westlicher Prägung entwickelte und in der Philosophie der Aufklärung wurzelnde Trias der Verfassungs-ideale Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechtsbindung<sup>616</sup> oder in

---

<sup>610</sup> Vgl. *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2. Aufl. 1967), 452.

<sup>611</sup> Vgl. *C. Möllers*, in: ARSP-Beiheft 79 (2001), 41, 44.

<sup>612</sup> Vgl. *von Benda-Beckmann*, JLP 47 (2002), 37, 45 f.

<sup>613</sup> Einflussreich vor allem *Radbruch*, *Süddeutsche JZ* 1946, 105; *Fuller*, *The Morality of Law* (2. Aufl. 1969); *Kriele*, *Recht und praktische Vernunft* (1979). Zum Ansatz, diese übergeordneten Anforderungen in rechtsordnungsinternen Prinzipien zu verorten, siehe *Dworkin*, *Taking Rights Seriously* (2. Aufl. 1978); *Dworkin*, *Law's Empire* (1986); *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* (4. Aufl. 2001).

<sup>614</sup> Einflussreich vor allem *Habermas*, *Faktizität und Geltung* (1992), insbesondere 135 ff.

<sup>615</sup> Vgl. *Radbruch*, *Rechtsphilosophie* (1973), 29 ff., nach welchem als Recht nur solche Rechtserscheinungen anzuerkennen seien, die der Verwirklichung der „Rechtsidee“ (= Gerechtigkeit) dienen.

<sup>616</sup> In diese Richtung etwa *Dreier*, *NJW* 1986, 890, 895. Ausprägungen dieses öffentlich-rechtlich geprägten Ansatzes sind auch die vornehmlich in der Völkerrechtswissenschaft diskutierten Konzepte des *Global Administrative Law* und des *Global Constitutionalism*. Zu Ersterem *Kingsbury/Krisch/Stewart*, *Law & Contemp. Probs.* 68 (2005), 15 ff.; *Kingsbury*, *EJIL* 20 (2009), 23 ff.; zu Letzterem *Tomuschat*, *RdC* 281 (1999), 11 ff.; *Frowein*, in: *BDGVR* 39 (2000), 427 ff.; *de Wet*, *Int'l & Comp. L. Q.* 55 (2006), 51 ff.; Vergleich beider Konzepte bei *Kuo*, *San Diego Int'l L. J.* 10 (2009), 439 ff. Einen verwandten Ansatz bildet das Konzept des

stärker privatrechtlich orientierten Ansätzen die Kriterien der Selbstbestimmung und Gemeinwohlorientierung<sup>617</sup> vorgeschlagen. Auch im Spektrum normativer Rechtstheorien sind wiederum sowohl staatszentrierte als auch rechtspluralistische Spielarten vorzufinden und lassen grundsätzlich nur Letztere eine Qualifizierung von Ordnungsregimen wie jenen von ICC, LMA und ISDA sowie der innerhalb dieser erzeugten Musterdokumente als eigenständige Erscheinungsformen von Recht zu – freilich nur unter der Bedingung, dass diese den von der jeweiligen Theorievariante angelegten normativen Gerechtigkeitskriterien genügen.

*c) Erkenntnistheoretischer Ausweg: Systemtheorie und relativer Rechtsbegriff*

Dieser Abriss der mit Blick auf grenzüberschreitende Ordnungsphänomene geführten Debatte um den Rechtsbegriff zeigt eine Pluralität von Perspektiven, die allesamt plausible Argumente geltend machen können und für sich betrachtet konsistent erscheinen. Die Defizite einer jeden Perspektive werden erst deutlich, wenn sie aus einer jeweils anderen Perspektive betrachtet werden. Zugleich ist es kaum möglich, für eine der Perspektiven einzutreten, ohne dabei Grundprämissen der übrigen Perspektiven zu verwerfen.<sup>618</sup> Zumindest erkenntnistheoretisch führt diese Auseinandersetzung daher nicht weiter.<sup>619</sup> Recht ist ein soziales Konstrukt, seine Definition von menschlicher Setzung abhängig.<sup>620</sup> Diese Setzung aber kann in verschiedenen politischen und sprachlichen Gemeinschaften ebenso wie in verschiedenen wissenschaftlichen Diskursen und Disziplinen höchst unterschiedlich sein.<sup>621</sup> Abstrakt betrachtet sind Rechtsnormen demnach schlicht-

---

*International Public Law* im Anschluss an von *Bogdandy/Goldmann/Venzke*, EJIL 28 (2017), 115 ff., welches allerdings ausdrücklich auf als öffentlich-rechtlich klassifizierte Institutionen beschränkt wird, die sich darauf berufen, im Dienste des Gemeinwohls zu handeln. Übersicht zu diesen und verwandten Ansätzen bei *Hansmann/Wihl*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts* (3. Aufl. 2020), 323, 336 ff.

<sup>617</sup> *G. Bachmann*, *Private Ordnung* (2006), 193 ff.; *G. Bachmann*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Privates Recht* (2012), 207, 220 ff.

<sup>618</sup> Vgl. *Tamanaha*, *J. Law Soc.* 20 (1993), 192, 196.

<sup>619</sup> *U. Stein*, *Lex Mercatoria* (1995), 239 f.; vgl. auch *Michaels*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 14 (2007), 447, 456 („lediglich semantisches Problem“); *Renner*, *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 205.

<sup>620</sup> Noch schärfer *Mertens*, *RabelsZ* 56 (1992), 219, 231 ff., der von bloßen „Meinungen“ und der Jurisprudenz als „Meinungsmarkt“ spricht sowie davon ausgeht, dass es „wahre Aussagen über das Wesen der Rechtsordnung nicht gibt und nicht geben kann“.

<sup>621</sup> Vgl. zur Vielschichtigkeit des Rechtsbegriffs *F. Kirchhof*, *Private Rechtsetzung* (1987), 22 ff.; *C. Möllers*, in: ARSP-Beiheft 79 (2001), 41 f.; ähnlich auch *Dreier*, *NJW* 1986, 890, 893, der sich dann allerdings doch für einen bestimmten, aus der Teilnehmerperspektive eines demokratischen Staates westlicher Prägung gewonnenen Rechtsbegriff als vorzugswürdig entscheidet.

weg solche Normen, die gemäß einem bestimmten Rechtsbegriff den Status von Rechtsnormen haben.<sup>622</sup> Jeder Versuch einer Letztbegründung von Recht mündet damit aufgrund der Unausweichlichkeit irgendeiner Form axiomatischer Setzung in eine *petitio principii*.<sup>623</sup> Jedes Recht beruht auf einer in letzter Konsequenz willkürlichen Begründung aus sich selbst heraus.<sup>624</sup> Damit wird die Suche nach einem einheitlichen, „wahren“ Begriff des Rechts – und damit auch einer eindeutigen und verbindlichen Antwort auf die Frage der Rechtsqualität der untersuchten Ordnungsregime und ihrer Musterdokumente – zu einem scheinbar aussichtslosen Unterfangen.<sup>625</sup>

Einen möglichen Ausweg aus diesem erkenntnistheoretischen Dilemma kann jedoch der systemtheoretische Rechtsbegriff *Niklas Luhmanns* weisen, der die rechtsquellen- oder rechtsinhaltsorientierten Unterscheidungen durch eine kommunikationstheoretische Beschreibung ersetzt, die gerade eine Koexistenz gleichwertiger Perspektiven zulässt. Die dem zugrunde liegende Sozialtheorie *Luhmanns* gründet auf der Ausgangsbeobachtung, dass sich die menschliche Gesellschaft von ihrer Umwelt – der Natur, unbelebten Gegenständen usw. – primär durch die Fähigkeit zu sprachlicher Kommunikation unterscheidet.<sup>626</sup> Je komplexer die menschliche Gesellschaft werde, desto stärker finde eine Ausdifferenzierung in einzelne Funktionssysteme statt – beispielsweise in Politik, Wirtschaft, Sport, Kunst, Religion, Wissenschaft und eben Recht.<sup>627</sup> Diese gesellschaftlichen Funktionssysteme grenzten sich in erster Linie dadurch voneinander ab, dass sie ihrem je eigenen sprachlichen Kommunikationscode folgten.<sup>628</sup> Der spezifische Code der dem Rechtssystem zuzuordnenden Kommunikationen sei die Unterscheidung zwischen „Recht“ und „Unrecht“.<sup>629</sup> Da die Kommunikationsregeln dafür, wann von „Recht“ und „Unrecht“ gesprochen werden könne, im Rechtssystem selbst erzeugt würden, sei es „operativ geschlossen“.<sup>630</sup> Das bedeute indes keineswegs, dass sich das Rechtssystem beziehungslos zu seinen Umwelten

<sup>622</sup> Kuntz, AcP 219 (2019), 254, 264.

<sup>623</sup> Vgl. Renner, Zwingendes transnationales Recht (2010), 204; Renner, in: Grundmann/Micklitz/Renner (Hrsg.), Privatrechtstheorie (2015), 1871, 1877.

<sup>624</sup> Vgl. Canaris, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht (2000), 5, 9: „Diese Kategorie [juristisch-normative Geltung] ist m. E. letztlich nicht „hintergebar“, d. h. weder deduktiv ableitbar noch erklärbar; wir setzen sie immer schon voraus, wenn wir Recht (i. e. S.) denken.“

<sup>625</sup> Vgl. L. Friedman, Stan. L. Rev. 38 (1986), 763, 767; L. Friedman, Ann. Rev. Law Soc. Sci. 1 (2005), 1, 3.

<sup>626</sup> Luhmann, Soziale Systeme (1987), 556 f.

<sup>627</sup> Luhmann, Soziale Systeme (1987), 262.

<sup>628</sup> Übersicht bei Krause, Luhmann-Lexikon (4. Aufl. 2005), 50 f.

<sup>629</sup> Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (1993), 51, 60, 67 ff., 165 ff.

<sup>630</sup> Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (1993), 38 ff., 71 ff., 98 ff.

verhalte.<sup>631</sup> Für deren Einflüsse, beispielsweise moralische, politische oder wirtschaftliche Erwägungen, bleibe es vielmehr „kognitiv offen“ – dies aber eben nur, soweit die eigenen Operationsregeln deren Verarbeitung in den systeminternen Begriffen und Kategorien zuließen.<sup>632</sup> Erst die operative Schließung und damit verbundene Selbstproduktion („Autopoiesis“) versetze das Rechtssystem in die Lage, seine gesamtgesellschaftliche Funktion zu erfüllen, die in der Stabilisierung normativer Erwartungen bestehe.<sup>633</sup> Dies meint diejenigen Verhaltenserwartungen, die auch dann aufrechterhalten blieben, wenn sie im Einzelfall enttäuscht würden.<sup>634</sup> Den Gegenbegriff hierzu bildeten „kognitive Erwartungen“, welche im Enttäuschungsfall korrigiert werden müssten, weil sie sich als falsch herausgestellt haben<sup>635</sup> – was beispielsweise auf naturwissenschaftliche Theorien zutrifft. Mit anderen Worten: Das Rechtssystem diene dazu, dem Sein der gesellschaftlichen Umwelt einschließlich anderer Funktionssysteme ein stabilisierendes Sollen gegenüberzusetzen und hierdurch Erwartungssicherheit über das Verhalten anderer Personen zu schaffen, wobei eine Selektion zugunsten erwünschter und daher schützenswerter normativer Erwartungen stattfindet.<sup>636</sup> An diesem Punkt schließt sich auch der Kreis zum Rechtsverständnis der Neuen Institutionenökonomik.<sup>637</sup>

Was bedeutet dieser systemtheoretische Rechtsbegriff nun für die Beurteilung der Rechtsqualität spezifischer Ordnungsphänomene wie den von ICC, LMA und ISDA über die Bereitstellung von Musterdokumenten orchestrierten Regimen des grenzüberschreitenden Finanzverkehrs? Der Begriff der Rechtsgeltung wird in der systemtheoretischen Rechtskonzeption reformuliert als kommunikatives Verknüpfungssymbol: Eine Operation erzeuge dann Rechtsgeltung und sei damit Teil des Rechtssystems, wenn sie für künftige Rechtsoperationen anhand des Codes „Recht/Unrecht“ anschlussfähig sei und von diesen in Bezug genommen werde, etwa im Wege der Zitierung, Interpretation oder Konkretisierung.<sup>638</sup> Diese Eigenschaft könne neben Gesetzen und Gerichtsurteilen beispielsweise auch Verträgen zukommen,<sup>639</sup> wobei Voraussetzung für eine solche Inbezugnah-

<sup>631</sup> Vesting, JURA 2001, 299, 301.

<sup>632</sup> Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (1993), 83 ff.; Vesting, JURA 2001, 299, 302.

<sup>633</sup> Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (1993), 77 ff., 135 ff., 199.

<sup>634</sup> Luhmann, Rechtssoziologie (3. Aufl. 1987), 40 ff.; Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (1993), 61, 80 f., 131 ff.

<sup>635</sup> Luhmann, Rechtssoziologie (3. Aufl. 1987), 42; Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (1993), 133 f.

<sup>636</sup> Zum Selektionsgesichtspunkt Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (1993), 137.

<sup>637</sup> Zu diesem ausführlich oben § 1 I. 1. (S. 15 ff.).

<sup>638</sup> Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (1993), 46, 106 f.; siehe auch Calliess, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge (2006), 188.

<sup>639</sup> Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (1993), 107, 229 f. Graf-Peter Calliess weist in

me eine vorhergehende Sichtbarmachung der Operation sei.<sup>640</sup> Durch diesen zirkulären Verweisungsprozess des „Verbalisierens und Erinnerns“ von Rechtsoperationen reproduziere sich das Rechtssystem als Verknüpfung kommunikativer Episoden permanent neu.<sup>641</sup> Unter diesem Blickwinkel scheint auf den ersten Blick auch eine Zuordnung der Ordnungsregime von ICC, LMA und ISDA – genauer von deren auf Regelsetzung und -anwendung gerichteten Aktivitäten – zum Rechtssystem unschwer möglich: Die im Zentrum dieser Regime stehenden Organisationen bedienen sich erstens des Kommunikationscodes „Recht/Unrecht“, stellen etwa das Instrument des privatrechtlichen Vertrages in den Mittelpunkt, definieren in ihren Musterdokumenten „Rechte“ und „Pflichten“ der Vertragsparteien und nehmen bei der Pflege ihrer Regelwerke in vielfältiger Weise auf andere Rechtsoperationen wie staatliche Rechtsvorschriften und Gerichtsurteile Bezug. Zweitens „verbalisieren“ sie die eigenen Operationen beispielsweise durch die zumindest bereichsöffentliche Zugänglichmachung der Musterdokumente sowie die verfahrensmäßige Entscheidung von Auslegungsstreitigkeiten, so etwa im Rahmen der DOCDEX-Verfahren der ICC oder der Determinations Committee-Verfahren der ISDA. Diese Operationen werden drittens schon durch die in erheblichem Umfang geschehende Bezugnahme in Einzelverträgen auf die einschlägigen Musterdokumente, aber auch durch deren Revisionen und Ergänzungen laufend „erinnert“.<sup>642</sup>

Freilich ist mit dieser Feststellung einer grundsätzlichen Zugehörigkeit der untersuchten Ordnungsregime zum Kommunikationssystem „Recht“ jedoch noch nicht das Problem gelöst, dass innerhalb des von *Luhmann* abstrakt beschriebenen Gesamtsystems in der Realität allein schon aufgrund der Vielzahl nationalstaatlicher Rechtsordnungen zahlreiche Binnendifferenzierungen und damit verbunden ganz unterschiedliche Perspektiven und Maßstäbe für die Anerkennung von Rechtsgeltung bestehen. Dass sich die Ordnungsregime von ICC, LMA und ISDA als Teil des Rechtssystems beschreiben lassen ist daher zwar notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung dafür, sie gerade als eigenständige Teile dieses Systems zu deuten, welche selbst Rechtsgeltung erzeugen. Indes kann der systemtheoretische Ansatz auch für das Verhältnis verschiedener

---

diesem Zusammenhang darauf hin, dass hierbei im modernen Interventionsstaat der Einfluss und das Potenzial von Gesetzgebung über-, von Verträgen hingegen systematisch unterschätzt würden; siehe *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge (2006), 282; vgl. auch *Wielsch*, Mod. L. Rev. 81 (2018), 958, 960 f.

<sup>640</sup> *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge (2006), 283; *Calliess/Renner*, Ratio Iuris 22 (2009), 260, 269.

<sup>641</sup> *Teubner*, in: FS Luhmann (1987), 423 ff.; *Calliess/Renner*, Ratio Iuris 22 (2009), 260, 268 f.

<sup>642</sup> Vgl. zur dauernden Praxis dieser „Rechtsberühmung“ *Teubner*, in: Liber Amicorum Simitis (2000), 437, 443 f.



rechtlicher Bereichsordnungen untereinander fruchtbar gemacht werden. Hierum haben sich vor allem *Gunther Teubner* und seine Schüler verdient gemacht. Nach deren Dafürhalten zeichneten sich eigenständige rechtliche Bereichsordnungen dadurch aus, dass sie selbst neben primären Verhaltensnormen auch Sekundärnormen, d.h. eigene Operationsregeln über die Rechtsgeltung herausbildeten und diese nicht mehr allein aus anderen Rechtsordnungen ableiteten.<sup>643</sup> Die Binnendifferenzierung des Rechtssystems in derartige Teilsysteme könne dabei nicht nur entlang der territorialen Grenzen von Nationalstaaten, sondern auch anhand funktionaler Kriterien erfolgen.<sup>644</sup> Die einzelnen Bereichsordnungen seien zwar untereinander gerade nicht operativ geschlossen – schließlich griffen sie alle auf den Kommunikationscode „Recht/Unrecht“ zurück, gehörten damit dem Gesellschaftssystem „Recht“ an und seien deshalb untereinander potenziell anschlussfähig.<sup>645</sup> Sie stünden zueinander aber im Verhältnis „struktureller Schließung“,<sup>646</sup> weil jede einzelne rechtliche Bereichsordnung nur nach Maßgabe ihrer eigenen Sekundärregeln (zumeist in Form von Verfassungen oder Gründungsverträgen) an die Operationen anderer rechtlicher Bereichsordnungen anknüpfe.<sup>647</sup> Anders gewendet: Was in und für einzelne Rechtsordnungen als Recht „gelte“ und was nicht, bestimme sich nach deren je eigenem Programm. Der Einheit des Rechtscodes stehe eine Vielheit bereichsordnungsspezifischer Rechtsprogramme gegenüber.<sup>648</sup> Da insoweit im Weltmaßstab keine Entscheidungshierarchie bestehe, seien die strukturell abgeschlossenen rechtlichen Bereichsordnungen untereinander nur heterarchisch koordiniert.<sup>649</sup>

Hieraus lassen sich zwei zentrale Folgerungen für die Beschreibung von Rechtsordnungen ableiten. Erstens: Jede gesellschaftliche Bereichsordnung bestimmt im Ausgangspunkt selbst, ob sie sich als Teil des Rechtssystems verstehen

<sup>643</sup> Vgl. *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen (2006), 34 ff., 42 f. Zu diesen „Regeln über Regeln“ gehörten nicht nur Erkenntnisregeln, die der Identifikation der anwendbaren Verhaltensregeln dienten, sondern auch Entscheidungsregeln, die Spruchkörper dazu ermächtigten, Verstöße gegen die anwendbaren Verhaltensregeln verbindlich festzustellen; siehe dazu *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts (2013), 247. *Ralf Michaels* schlägt vor, noch weiter zu differenzieren zwischen Sekundärregeln, welche die internen Regeln der Rechtserzeugung festlegen, und Tertiärregeln, welche die Anerkennung von Rechtsoperationen anderer Rechtsordnungen betreffen; vgl. *Michaels*, in: *Roughan/Halpin* (Hrsg.), *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence* (2017), 90 f., 109 f.

<sup>644</sup> Vgl. *Teubner*, RJ 15 (1996), 255, 262 ff.; *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen (2006), 25 f.; *Horst*, Transnationale Rechtserzeugung (2019), 80.

<sup>645</sup> Vgl. *Calliess*, ZfRSoz 26 (2005), 35, 36.

<sup>646</sup> *Calliess*, ZfRSoz 26 (2005), 35, 37; *Teubner*, in: *FS Hopt* (2010), 1449, 1464.

<sup>647</sup> *Renner*, Zwingendes transnationales Recht (2010), 223 f.; *Viellechner*, Der Staat 51 (2012), 559, 567.

<sup>648</sup> Zum Begriff des Programms *Luhmann*, Rechtstheorie 17 (1986), 171, 194 ff.

<sup>649</sup> Vgl. *Teubner*, in: *Liber Amicorum Simitis* (2000), 437, 443.



will – indem sie sich am Kommunikationscode „Recht/Unrecht“ ausrichtet und anhand eigener Sekundärnormen über die interne Rechtsgeltung entscheidet.<sup>650</sup> Zweitens: Diese interne Selbstbestimmung einer Bereichsordnung als Rechtsordnung hat keine externe Bindungswirkung für andere Rechtsordnungen.<sup>651</sup> Diese bestimmen selbst mittels ihrer je eigenen Sekundärregeln über Ursprung, Verfahren und Inhalt von Primärregeln, welche Normen sie intern als Recht anerkennen und insbesondere zur Grundlage richterlicher Entscheidungen machen wollen und welche nicht.<sup>652</sup> Diese Bestimmung ist dann insoweit *universal*, als sie von der jeweiligen Rechtsordnung nicht nur an sich selbst, sondern auch an andere Bereichsordnungen mit Rechtsgeltungsanspruch angelegt wird.<sup>653</sup> Sie ist aber zugleich *relativ*, weil sie wiederum nur aus der Perspektive der einschlägigen Rechtsordnung maßgeblich ist und andere Rechtsordnungen in deren autonomer Entscheidung über die eigenen Sekundärregeln der Rechtsanerkennung nicht binden kann.<sup>654</sup> Wenngleich die Anerkennung durch andere Rechtsordnungen für die praktische Wirksamkeit einer Rechtsordnung relevant ist, so ist sie doch nicht konstitutiv. Dass internes Selbstverständnis als Recht und externe Anerkennung als Recht auseinanderfallen können, ist demnach kein Widerspruch.<sup>655</sup> Dies lässt sich nicht zuletzt am Beispiel des Verhältnisses der Rechtsordnung der EU zu den Rechtsordnungen ihrer Mitgliedstaaten verdeutlichen:<sup>656</sup> Während der EuGH seit den Grundsatzurteilen *Van Gend & Loos*<sup>657</sup> und *Costa/E.N.E.L.*<sup>658</sup> konsequent dafür eintritt, dass die EU bzw. deren Vorgängerorganisationen eine eigenständige

---

<sup>650</sup> *Michaels*, in: Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 39, 53 f. So gehen etwa die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts ebenso wie die Principles of European Contract Law von der eigenen kollisionsrechtlichen Wählbarkeit als anwendbares Recht aus (siehe die Präambel der UNIDROIT Principles und Art. 1:101 PECL), auch wenn diese in den meisten staatlichen Rechtsordnungen nicht anerkannt ist; siehe dazu ausführlich unten § 4 II. (S. 193 ff.).

<sup>651</sup> *Michaels*, in: Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 39, 54.

<sup>652</sup> Vgl. *Renner*, *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 223 f.; in diese Richtung auch *Schinkels*, *GPR* 2007, 106, 108. Zur Korrelation zwischen juristischer Geltung und richterlicher Anwendbarkeit vgl. *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 612. Insofern konsequent die Kenntlichmachung der dezidiert innerstaatlichen Perspektive bei *Canaris*, in: Basedow (Hrsg.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht* (2000), 5, 13.

<sup>653</sup> *Michaels*, in: Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 39, 54.

<sup>654</sup> *Michaels*, in: Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 39, 54; *Michaels*, in: Roughan/Halpin (Hrsg.), *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence* (2017), 90, 110; vgl. auch *Schultz*, *Am. J. Juris.* 56 (2011), 59, 84.

<sup>655</sup> Vgl. *Hart*, *The Concept of Law* (2. Aufl. 1994), 121.

<sup>656</sup> Vgl. *Michaels*, in: Roughan/Halpin (Hrsg.), *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence* (2017), 90, 100.

<sup>657</sup> EuGH, Urteil vom 5.2.1963, Rs. 26/62 – *Van Gend & Loos*, 7, 25.

<sup>658</sup> EuGH, Urteil vom 15.7.1964, Rs. 6/64 – *Costa/E.N.E.L.*, 1259, 1269 ff.

supranationale Rechtsordnung begründeten, deren Recht für die Mitgliedstaaten und den Einzelnen unmittelbar gelte und dabei Anwendungsvorrang vor mitgliedstaatlichem Recht beanspruche,<sup>659</sup> ist etwa das deutsche Bundesverfassungsgericht bis heute nicht von dem Standpunkt abgerückt, dass Geltung und Anwendungsvorrang des Unionsrechts in Deutschland von der Anerkennung und Ermächtigung durch das deutsche Grundgesetz abhängig seien und dass bei Überschreitung von dessen Grenzen Unionsrechtsakte keine innerstaatlichen Rechtswirkungen entfalten, also kein Teil der deutschen Rechtsordnung sein können.<sup>660</sup> Das Schrifttum allein zu diesem Streit füllt Bibliotheken<sup>661</sup> – und doch können aus systemtheoretischem Blickwinkel beide Standpunkte zutreffen, weil sie schlicht aus der Sicht unterschiedlicher Ordnungen und damit anhand unterschiedlicher Sekundärnormenprogramme argumentieren.

Gewiss: Auch die systemtheoretische Sichtweise stellt nur eine von vielen möglichen Perspektive auf das Recht dar, die zudem keineswegs ohne Kritik geblieben ist.<sup>662</sup> Das analytische und integrative Potenzial des systemtheoretischen Rechtsbegriffs ist allerdings hoch. Gerade seine *universale Relativität* erlaubt die widerspruchsfreie Anerkennung der berechtigten Koexistenz unterschiedlicher Beobachter- und Teilnehmerperspektiven.<sup>663</sup> Durch die Beschreibung der globalen Rechtsrealität als Vielzahl von Selbstbestimmungs- und Anerkennungsverhältnissen, die den symbolischen Verweis auf den einheitlichen Kommunikationscode des Rechts teilen,<sup>664</sup> ermöglicht der systemtheoretische Rechtsgriff, was weder dem staatszentrierten Konzept eines geordneten Stufenbaus der Rechtsordnung noch der rechtspluralistischen Vorstellung eines Nebeneinanders gleichwertiger Teilrechtsordnungen gelingt: Die Komplexität und Vielfalt hergebrachter und neuartiger Ordnungsphänomene sowie deren Beziehungen untereinander für den Rechtsdiskurs beschreibbar zu machen, ohne dies

<sup>659</sup> Grundlegend zu diesem Narrativ *J. Weiler*, Yale L. J. 100 (1992), 2403, 2413 ff.

<sup>660</sup> Deutlich zuletzt BVerfGE 154, 17, 88 ff.; vgl. zum Verhältnis zwischen EU-Recht und Grundgesetz außerdem BVerfGE 37, 271; BVerfGE 73, 339; BVerfGE 89, 155; BVerfGE 102, 147; BVerfGE 123, 267; BVerfGE 126, 286; BVerfGE 129, 124; BVerfGE 135, 317; BVerfGE 140, 317; BVerfGE 142, 123; BVerfGE 151, 202.

<sup>661</sup> Vgl. *von Bogdandy*, Strukturwandel des öffentlichen Rechts (2022), 339: „die vielleicht bekannteste Streitfrage nicht nur des Unionsrechts, sondern des ganzen Europarechts“.

<sup>662</sup> Vgl. vor allem *Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), 68 ff. Differenzierend *C. Möllers*, in: ARSP-Beiheft 79 (2001), 41, 52 ff., der der Systemtheorie zwar eine hohe Leistungsfähigkeit attestiert, aber aufgrund der Verwurzelung in der deutschen Denktradition ihre Universalisierbarkeit anzweifelt.

<sup>663</sup> *Renner*, Zwingendes transnationales Recht (2010), 206 f.

<sup>664</sup> Vgl. *Renner*, Zwingendes transnationales Recht (2010), 223 f.; *Michaels*, in: Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht (2014), 39, 54 f. Zum Symbolcharakter *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (1993), 98 ff.

zugleich mit unterkomplexen Ja-/Nein-Kategorisierungen verbinden zu müssen. „Recht“ kann also widerspruchsfrei zugleich „Nicht-Recht“ sein – je nach eingenommener Perspektive.

*d) Anwendung: Relative Rechtsqualität der grenzüberschreitenden Ordnungsregime*

Welche Implikationen ergeben sich hieraus für die Beantwortung der Frage nach der Rechtsqualität der in dieser Arbeit untersuchten Ordnungsregime des grenzüberschreitenden Finanzverkehrs? Handelt es sich, jedenfalls aus systemtheoretischer Beobachterperspektive, um eigenständige Teilrechtsordnungen, die bereichsspezifische Rechtsgeltung produzieren? Oder leiten die Regime ihre rechtliche Relevanz letztlich doch von vornherein auch nach eigenem Selbstverständnis vollumfänglich von staatlichen Rechtsordnungen ab?

Allein aus der Tatsache, dass die Ordnungsregime zahlreiche Interdependenzzusammenhänge zum staatlichen Recht aufweisen,<sup>665</sup> folgt jedenfalls noch kein Grund für eine Verneinung ihrer rechtlichen Eigenständigkeit.<sup>666</sup> Im Gegenteil: Selbst staatliche Rechtsordnungen stehen in vielfältigen Interdependenzbeziehungen zu anderen (staatlichen) Rechtsordnungen, ohne dass deshalb ihre Eigenständigkeit angezweifelt würde.<sup>667</sup> Die Vorstellung gänzlich in sich abgeschlossener, autarker Bereichsordnungen kommt – wenn überhaupt – nur in personell und sachlich eng umgrenzten Ausnahmefällen zum Tragen, etwa den von *Lisa Bernstein* untersuchten Trading-Clubs des Diamanten- und Baumwollhandels.<sup>668</sup> Entscheidend ist nach dem systemtheoretischen Rechtsverständnis vielmehr allein, ob die in Rede stehenden Ordnungsregime die interne Geltung von bereichsspezifischem Recht selbst organisieren und dabei Operationen anderer Rechtsordnungen sowie ihrer außerrechtlichen Umwelt nach Maßgabe eigener Sekundärregeln verarbeiten.<sup>669</sup> Wenn dies für die hier untersuchten Regime des grenzüberschreitenden Finanzverkehrs der Fall ist, so kann deren Ordnungsleistung nicht mehr *allein* auf andere Rechtsordnungen zurückgeführt werden, sondern formulieren sie selbst einen rechtlichen Geltungsanspruch – nicht mit territorialem, sondern mit funktionalem, bereichsspezifischem Zuschnitt, der aber

---

<sup>665</sup> Dazu noch ausführlich unten § 2 I. und II. (S. 130 ff.).

<sup>666</sup> So allerdings ein verbreitetes Argument unter dem Rechtsetatismus nahestehenden Autoren; vgl. etwa *Spickhoff*, *RabelsZ* 56 (1992), 116, 131; *G. Bachmann*, *Private Ordnung* (2006), 38; *Mugasha*, *BFLR* 26 (2011), 381, 441.

<sup>667</sup> *Horst*, *Transnationale Rechtserzeugung* (2019), 76.

<sup>668</sup> *Bernstein*, *J. Legal Stud.* 21 (1992), 115; *Bernstein*, *Mich. L. Rev.* 99 (2001), 1724. Zum weiteren Beispiel des Holzhandels *Calliess/Renner*, in: *Goswinkel/Schuppert* (Hrsg.), *Politische Kultur im Wandel von Staatlichkeit* (2008), 205, 211.

<sup>669</sup> Vgl. *Renner*, *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 223.

potenziell auch auf Anerkennung durch andere Rechtsordnungen gerichtet ist.<sup>670</sup> Inwieweit er diese Anerkennung findet, ist eine davon zu trennende, für jede Rechtsordnung gesondert zu beantwortende Frage, auf die noch ausführlich zurückzukommen sein wird.<sup>671</sup>

Freilich wird gerade in der Angewiesenheit der untersuchten Ordnungsregime auf den Vertragsmechanismus von manchen Autoren bereits das entscheidende Disqualifikationskriterium für die Möglichkeit der Produktion eigenständiger Rechtsgeltung gesehen: Verträge könnten eben nicht „aus sich heraus“ gelten (als *contrat sans loi*), sondern stets nur auf Grundlage der Anerkennung durch eine bereits vor Vertragsschluss existierende staatliche Rechtsordnung, welche die Regeln über Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit von Verträgen erst festlege.<sup>672</sup> Für den isoliert betrachteten Einzelvertrag und aus der *Teilnehmerperspektive* bestimmter staatlicher Rechtsordnungen ist dieses Postulat im Grundsatz richtig. Sie greift aber aus der hier eingenommenen *Beobachterperspektive* zu kurz, um der über den Einzelvertrag hinausgehenden Bedeutung grenzüberschreitend koordinierter Vertragsbeziehungen innerhalb der Ordnungsregime der ICC, LMA und ISDA gerecht zu werden. Um deren spezifische Ordnungsleistung innerhalb des Rechtssystems zu erfassen, kann das wiederum maßgeblich von *Teubner* entwickelte Konzept der Selbstvalidierung von Vertragsnetzwerken fruchtbar gemacht werden: Hiernach könne in multipolaren vertragsbasierten Regimen eine eigenständige Geltungsbegründung bereichsspezifischer Vertragsnormen stattfinden, soweit Elemente der „Hierarchisierung“, „Temporalisierung“ und „Externalisierung“ vorliegen.<sup>673</sup> Je umfassender dies der Fall ist, desto weniger plausibel erscheint es, das in Rede stehende Regime als bloßen Annex des staatlichen Rechts bzw. einer bestimmten staatlichen Rechtsordnung zu begreifen und desto mehr Anzeichen bestehen für eine graduelle rechtliche Verselbstständigung.

#### aa) Elemente der Hierarchisierung

Eine „Hierarchisierung“ liegt nach *Teubner* vor, wenn im jeweiligen Ordnungsregime neben die primären Verhaltensregeln auch Sekundärregeln treten, welche

<sup>670</sup> Vgl. *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen (2006), 36 ff.; *Wielsch*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 71, 72; *Collins*, in: Grundmann/Möslein/Riesenhuber (Hrsg.), *Contract Governance* (2015), 383, 388.

<sup>671</sup> Dazu unten § 3 bis § 6 (S. 174 ff.).

<sup>672</sup> So etwa *Goode*, *Int'l & Comp. L. Q.* 54 (2005), 539, 547 f. Vgl. zu dieser Sichtweise auf Verträge auch schon *von Savigny*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Erster Band (1840), 12.

<sup>673</sup> *Teubner*, *RJ* 15 (1996), 255, 274 f.; vgl. auch *Collins*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 121, 129 f.; *Collins*, in: Grundmann/Möslein/Riesenhuber (Hrsg.), *Contract Governance* (2015), 383, 387 f.

die Erzeugung, Anpassung, Interpretation und Konfliktlösung in Bezug auf die bereichseigenen Primärregeln steuern.<sup>674</sup> Dies lässt sich für die Regime von ICC, LMA und ISDA ohne Weiteres bejahen.

Im Hinblick auf die *Erzeugung* und *Anpassung* von Primärregeln steht die Bereitstellung und Fortentwicklung der zentralen Musterdokumente im Mittelpunkt. Diese – und mit ihnen die Auswahl der primären Vertragsrechte und -pflichten für Verwender – werden nach organisationsinternen Verfahrensregeln erstellt und regelmäßig überarbeitet. Hierfür sind jeweils spezialisierte, nach organisationseigenen Regeln mit Rücksicht auf die Mitgliedschaftsstruktur zusammengestellte Gremien – die ICC-Bankenkommission und deren Drafting und Consultative Groups respektive die eigens zu diesem Zweck eingesetzten Fachkomitees der LMA und ISDA – zuständig, wobei die Letztentscheidungskompetenz jeweils beim Leitungsorgan der betreffenden Organisation liegt und an differenzierte Mehrheitserfordernisse geknüpft ist.<sup>675</sup> Der Regelungsrahmen anderer (Rechts-)Ordnungen – insbesondere des staatlichen Rechts – wird bei der Mustererstellung und -überarbeitung zwar berücksichtigt, aber nicht schlichtweg übernommen. Vielmehr gehen die mittels der organisationseigenen Sekundärnormenprogramme erzeugten Inhalte der in den Musterdokumenten formulierten Primärregeln weit über die Inhalte staatlichen Rechts hinaus, welche die speziellen Vertragstypen des Dokumentenakkreditivs, des Konsortialkredits und des Kreditderivats meist überhaupt nicht oder nur rudimentär behandeln. Und soweit in den Musterdokumenten doch auf staatliches Recht Bezug genommen wird, erfolgt dies nicht pauschal, sondern gezielt: Stets wird nur auf ausgewählte staatliche Rechtsordnungen rekuriert, zum Teil werden gar Elemente verschiedener staatlicher Rechtsordnungen kombiniert. Auch auf Änderungen der staatlichen Rechtslage wird zeitnah mit nach eigenen Verfahrensregeln entwickelten, nicht bloß nachvollziehenden Lösungen innerhalb der jeweiligen Musterdokumente reagiert. Beispielhaft hierfür steht das Protokollverfahren des ISDA, das es erlaubt, den Primärnormenbestand der ISDA-Musterverträge in Reaktion auf außerrechtliche Ereignisse wie den Ausbruch der Finanzkrise im Jahre 2008 oder Änderungen des regulatorischen staatlichen Rechtsrahmens wie den Erlass des US-amerikanischen Dodd-Frank Act im Jahr 2010 anzupassen und diese Anpassung mit dem Instrument der Adherence Letters selbst auf bereits bestehende Vertragsverhältnisse zu erstrecken.<sup>676</sup>

---

<sup>674</sup> Vgl. *Teubner*, RJ 15 (1996), 255, 275, in Anlehnung an die Differenzierung zwischen Primär- und Sekundärregeln bei *Hart*, *The Concept of Law* (2. Aufl. 1994), 79 ff.

<sup>675</sup> Dazu oben § 1 II. 1. b) cc) (S. 44 f.); § 1 II. 2. b) cc) (S. 56 f.); § 1 II. 3. b) cc) (S. 69).

<sup>676</sup> Dazu oben § 1 II. 3. b) bb) (S. 67, für ein Beispiel S. 74); vgl. auch *C. Baker*, *Notre Dame L. Rev.* 85 (2010), 1287, 1373 f.; *Horst*, *Transnationale Rechtserzeugung* (2019), 52, 56.



Die *Interpretation* der einschlägigen Musterdokumente wird ebenfalls in erheblichem Maße von eigenen Organisationsregeln der ICC, LMA und ISDA beeinflusst. Alle drei Organisationen operieren unter anderem mit der Veröffentlichung von Begleitmaterial und der Veranstaltung von Schulungen und Konferenzen, wichtiger noch mit der Erstellung von Rechtsgutachten (Opinions), die innerhalb von zumindest teilformalisierten Verfahren erfolgt. So beruht beispielsweise die Erstellung der Opinions der ICC-Bankenkommission auf einem mehrstufigen Prozess, der durch Einreichung einer Gutachtenanfrage eines ICC-Mitglieds beim zuständigen Nationalkomitee eingeleitet, mit der Erarbeitung einer Draft Opinion innerhalb des Technical Advisory Team der Bankenkommission einschließlich der Einholung von Stellungnahmen aller ICC-Nationalkomitees hierzu fortgesetzt und durch abschließende Beratung sowie formale Annahme auf der halbjährlichen Gesamtversammlung der Bankenkommission mit anschließender Veröffentlichung abgeschlossen wird.<sup>677</sup>

Zur *Konfliktlösung* in Bezug auf Primärregeln schließlich tragen die Organisationen ebenfalls nach eigenen Maßgaben bei, sei es im Wege der Beteiligung als *amicus curiae* in Gerichts- und Schiedsverfahren, der bewussten Empfehlung bestimmter Gerichtsstände und Schiedsmöglichkeiten bis hin zur Bereitstellung eigener Streitbeilegungsmechanismen wie dem DOCDEX-Verfahren der ICC oder dem Adjudikationsverfahren der Determinations Committees der ISDA. Insbesondere Letztere unterliegen dabei einem hochdifferenzierten organisations-eigenen Sekundärnormenprogramm: So regeln die DOCDEX Rules der ICC<sup>678</sup> in zwölf, die Credit Derivatives Determination Committees Rules der ISDA<sup>679</sup> gar in vierunddreißig überaus detaillierten Einzelbestimmungen nebst Anhängen den Anwendungsbereich, Ablauf, Entscheidungsmodus und die Folgen des jeweiligen Angebots zur Beilegung von Streitigkeiten, welche die Auslegung und Anwendung regimointerner Primärnormen betreffen. In die gleiche Richtung zielt auch das formalisierte Auktionsverfahren der ISDA, mit dem im Falle des Eintritts eines Kreditereignisses einheitliche Marktpreise für ausgefallene Forderungen und die Abwicklung darauf bezogener Kreditderivate festgelegt werden können.<sup>680</sup>

---

<sup>677</sup> Vgl. die Präsentation ICC, ICC Banking Commission (2019), abrufbar unter <[https://www.cac.com.ar/data/documentos/24\\_Banking%20Commission%20at%20a%20Glance.pdf](https://www.cac.com.ar/data/documentos/24_Banking%20Commission%20at%20a%20Glance.pdf)>, Folie 8.

<sup>678</sup> Abrufbar unter <<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/docdex/docdex-rules/>>.

<sup>679</sup> Abrufbar unter <[https://www.cdsdeterminationscommittees.org/wp-content/files\\_mf/1544459244ISDA\\_DC\\_RulesSeptember282018.pdf](https://www.cdsdeterminationscommittees.org/wp-content/files_mf/1544459244ISDA_DC_RulesSeptember282018.pdf)>.

<sup>680</sup> Sec. 3.2 DC-Rules; vgl. hierzu *Litten/Bell*, WM 2011, 1109, 1114 ff.; *Wielsch*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 71, 86 f.; *Wielsch*, Mod. L. Rev. 81 (2018) 958, 979; *Awrey*, RBFL 34 (2014), 183, 217; *Horst*,



Insgesamt erschöpft sich die Regelungsarchitektur der Regime von ICC, LMA und ISDA damit gerade nicht auf der Primärnormenebene, sondern umfasst auch ein Geflecht „hierarchisch“ übergeordneter Sekundärnormen, mittels derer die Erzeugung, Anpassung, Anwendung und Durchführung der einschlägigen Musterdokumente gewährleistet wird.

#### *bb) Elemente der Temporalisierung*

Von einer „Temporalisierung“ geht *Teubner* aus, wenn das Ordnungsregime unter Rekurs auf die eigenen Strukturen und selbst hervorgebrachten Rechtsakte kontinuierlich neue Rechtsakte erzeugt und zukünftige Problemlösungen anbietet, sich hierdurch ständig selbst reproduziert.<sup>681</sup> Indem jeder regimezugehörige Vertrag retrospektiv auf die bereits bestehende Menge standardisierter Regeln und prospektiv auf zukünftige regimeinterne Konfliktlösungen verweise,<sup>682</sup> werde er zum Teil einer Entscheidungskette, deren Regelungsgehalt über die Summe einzelvertraglicher Rechte und Pflichten hinausgehe.<sup>683</sup>

Auch diese Eigenschaft tritt in den Ordnungsregimen von ICC, LMA und ISDA deutlich zutage. Den Hauptbezugspunkt stellen hierbei wiederum die zentralen Musterdokumente dar, die einerseits auf dem Erfahrungswissen der Vergangenheit aufbauen und dieses komprimieren, andererseits in laufender Anpassungsbereitschaft an die sich wandelnden Bedürfnisse der Praxis und an neu aufkommende Konfliktlagen stehen. Jeder Einzelvertrag, der auf die Musterdokumente und deren Begleitinstrumente Bezug nimmt, schließt zunächst an das in diesen zusammengefasste kollektive Erfahrungswissen an und stellt zugleich eine neue Rechtsoperation dar, die auf die vorangegangenen Operationen des einschlägigen Ordnungsregimes verweist und dieses dadurch reproduziert – auch und gerade, um das neu geschaffene individuelle Vertragsverhältnisses auf die Vielzahl bereits auf gleicher Basis geschlossener oder künftig noch zu schließender regimezugehöriger Vertragsverhältnisse abzustimmen. Bei funktionaler Betrachtung haben die zentralen Musterdokumente damit in ihrer praktischen Bedeutung eher Gesetzes- als Vertragscharakter.<sup>684</sup> Darüber hinaus stellt jeder die regimeinterne Verweisungskette verlängernde Einzelvertrag aber auch eine neue

---

Transnationale Rechtserzeugung (2019), 72; zur Empirie der Preisbildung in diesen Verfahren *Chernov/Gorbenko/Makarov*, *Rev. Financ. Stud.* 26 (2013), 768 ff.

<sup>681</sup> *Teubner*, *RJ* 15 (1996), 255, 275 f.

<sup>682</sup> *Teubner*, *RJ* 15 (1996), 255, 275 f.

<sup>683</sup> Vgl. *Zumbansen*, *RabelsZ* 67 (2003), 637, 676.

<sup>684</sup> Vgl. allgemein zum „Gesetzescharakter“ von Standardverträgen *Choi/Gulati*, *Mich. L. Rev.* 104 (2006), 1129 ff.; *Zumbansen*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 14 (2007), 191 ff.; *Wielsch*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 71 ff.; *Wielsch*, *Mod. L. Rev.* 81 (2018), 958, insbesondere 970 ff.

Bewährungs- und Lerngelegenheit für den erreichten Stand des verwendeten Musterdokuments dar und können insoweit gerade negative Erfahrungen zuvor nicht bedachte Konfliktpotenziale offenlegen, welche dann wiederum Anlass und Bezugspunkt künftiger Überarbeitungen der Musterdokumente sein können.<sup>685</sup> So entsteht ein zirkuläres Wechselspiel zwischen Musterdokumenten und Einzelvertragspraxis, die sich jeweils aufeinander beziehen und hierdurch zur beständigen Selbstreproduktion des einschlägigen Ordnungsregimes beitragen.

### cc) Elemente der Externalisierung

Eine „Externalisierung“ schließlich liegt nach *Teubners* Modell vor, wenn der dem Ordnungsregime zugehörige Einzelvertrag die scheinbar unmögliche Beurteilung seiner eigenen Geltung externen, nicht vertraglichen Institutionen zuweist, die hierzu indes ihrerseits erst durch den Vertrag ermächtigt werden und zumindest in dieser Hinsicht letztlich doch selbst Produkt des Vertrages sind.<sup>686</sup>

*Teubner* stellt hierbei auf das Beispiel der privaten Schiedsgerichtsbarkeit ab.<sup>687</sup> Mit diesem strukturell vergleichbar sind auch das DOCDEX-Verfahren der ICC<sup>688</sup> und das Determinations Committee-Verfahren der ISDA<sup>689</sup>, weil diese Spruchkörper ihre Existenz überhaupt erst dem jeweiligen Ordnungsregime und ihre Entscheidungskompetenz im Einzelfall der einzelvertraglich geäußerten Zustimmung der Vertragsparteien verdanken. Zumindest soweit die bereichsspezifische Geltungsbeurteilung diesen Institutionen überlassen wird, scheint eine Externalisierung bereits vollumfänglich verwirklicht. Allerdings ist der Zuschnitt dieser privaten Streitbeilegungsmechanismen bislang begrenzt und erfasst keineswegs alle denkbaren Streitigkeiten, die in Bezug auf die Geltungsbeurteilung eines regimzugehörigen Einzelvertrages aufkommen können. Und wenngleich auch im Finanzbereich Anzeichen für einen Bedeutungszuwachs privater Schiedsverfahren bestehen,<sup>690</sup> so wird in der Praxis der untersuchten Ordnungs-

<sup>685</sup> Vgl. dazu oben § 1 II. 5. c) bb) und cc) (S. 84 ff.).

<sup>686</sup> *Teubner*, RJ 15 (1996), 255, 276; *Zumbansen*, *RabelsZ* 67 (2003), 637, 676 f.

<sup>687</sup> *Teubner*, RJ 15 (1996), 255, 275 f.; *Zumbansen*, *RabelsZ* 67 (2003), 637, 676 f. Umfassend hierzu *Renner*, *Zwingendes transnationales Recht* (2010).

<sup>688</sup> *Levit*, *Yale J. Int'l L.* 30 (2005), 125, 171 f.; vgl. auch *Vorpeil*, in: *FS Thümmel* (2020), 947, 950 ff.

<sup>689</sup> *Horst*, *Transnationale Rechtserzeugung* (2019), 92.

<sup>690</sup> Vgl. *Benjamin/Bowden/Rouch*, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 2 (2008), 321, 323; *Wiebecke*, *SchiedsVZ* 2008, 34; *Braithwaite*, *Mod. L. Rev.* 75 (2012), 779, 789 f.; *Engert*, *Rechtswissenschaft* 2014, 301, 317; *Hadfield*, *Rules for a Flat World* (2017), 335 ff.; *Hess*, *The Private-Public Divide in International Dispute Resolution* (2018), 152 f.; *Affaki*, in: *FS Kronke* (2020), 1317 ff. Siehe auch die unter Federführung von *Klaus Peter Berger* betriebene Webseite <<http://arbinfinanz.uni-koeln.de/>>.

regime doch nach wie vor überwiegend auf die staatliche Gerichtsbarkeit zurückgegriffen.<sup>691</sup>

Es spricht allerdings nach hier vertretener Ansicht nichts dagegen, dass auch staatliche Gerichte – wenn sie von den Parteien bewusst hierzu eingesetzt werden – die Funktion der externen Vertragsvalidierung ausfüllen und den regimaintern geschaffenen Vertragsregeln die erforderliche „Gerichtsfähigkeit“<sup>692</sup> vermitteln können.<sup>693</sup> Voraussetzung hierfür ist zum einen, dass die Einbindung staatlicher Gerichte gezielt erfolgt, und zum anderen, dass die grenzüberschreitende, auf bereichsspezifische Geltung bedachte Ausrichtung der verwendeten Mustervertragsregeln durch das zuständige Gericht in gewissem Umfang anerkannt wird. Ist beides erfüllt, so findet gewissermaßen eine „Leihe“ staatlicher Gerichte statt, die hierdurch zum funktionalen Bestandteil der grenzüberschreitenden Ordnungsarrangements werden.<sup>694</sup> Die eingeschalteten staatlichen Gerichte sind dann „Produkt“ des Vertrages in dem Sinne, dass sie zwar nicht ihre Existenz, wohl aber ihre Zugriffsmöglichkeit auf die verhandelte Streitigkeit dem Vertrag selbst verdanken. Auch für diese Form der Externalisierung finden sich innerhalb der Regime von ICC, LMA und ISDA mehrerlei Anhaltspunkte. Oftmals sehen schon die Musterdokumente selbst ausdrückliche Gerichtsstandsklauseln vor, im Falle der ISDA zuvörderst zugunsten der Gerichte Londons und New Yorks,<sup>695</sup> im Falle der LMA vor allem zugunsten der Gerichte Londons,<sup>696</sup> im Einzelfall aber auch unter anderem zugunsten der Gerichte Frankfurts am Main.<sup>697</sup> Und selbst wo keine mustervertraglichen Gerichtsstandsklauseln vorgesehen sind oder diese nicht in den Einzelvertrag übernommen werden, sind im Finanzbereich Vereinbarungen zumindest

---

<sup>691</sup> Vgl. speziell zu den ERA *Schützel/Vorpeil*, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr (7. Aufl. 2016), 290; zur ISDA *Braithwaite*, Mod. L. Rev. 75 (2012), 779, 790; *Braithwaite*, The Financial Courts (2020), 62; allgemein zum Finanzbereich *Benjamin/Bowden/Rouch*, Law & Fin. Mkt. Rev. 2 (2008), 321, 323.

<sup>692</sup> Vgl. zu diesem Kriterium *G. Schulze*, in: FS von Hoffmann (2011), 856, 860 f.

<sup>693</sup> Vgl. zu diesem Grundverständnis *Halliday/Shaffer*, in: Halliday/Shaffer (Hrsg.), Transnational Legal Orders (2015), 3, 14, 16.

<sup>694</sup> Vgl. *Michaels*, in: Müller u. a. (Hrsg.), The Law of the Future and the Future of Law (2012), 165; *Michaels*, JI TCL 1 (2017), 141, 160. Zum Ansatz der „funktionalen Verdopplung“ staatlicher Stellen auch schon *Juenger*, in: FS Rittner (1991), 233, 246.

<sup>695</sup> Art. 13 des 2002 ISDA Master Agreement; vgl. hierzu auch *Biggins*, GLJ 13 (2012), 1297, 1316; *Golden*, CMLJ 9 (2014), 299, 304; *Hess*, The Private-Public Divide in International Dispute Resolution (2018), 151 f. Die Gerichtsstandswahl ist allerdings standardmäßig als nicht-ausschließliche vorgesehen.

<sup>696</sup> So etwa Sec. 48.1 des LMA Senior Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement for Leveraged Acquisition Finance Transactions und Sec. 31.1 (a) des LMA Intercreditor Agreement for Leveraged Acquisition Finance Transactions (Senior/Mezzanine).

<sup>697</sup> So etwa Sec. 39.1 des LMA Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement (German Law Version).

zur internationalen Zuständigkeit üblich.<sup>698</sup> Zugleich finden sich in der Rechtsprechung gerade der häufig gewählten Gerichtsstandorte zahlreiche Beispiele für eine Sensibilität hinsichtlich des Umstands, dass der jeweils zu beurteilende Einzelvertrag in einem grenzüberschreitenden Ordnungskontext steht, der eine Vielzahl gleichgelagerter Einzelverträge miteinander verbindet und aufeinander bezieht. So betont etwa der englische Court of Appeal, das einzelvertraglich in Bezug genommene Master Agreement der ISDA sei „self-evidently not connected with any particular country“,<sup>699</sup> und fordert dementsprechend auch der englische High Court für die Auslegung des Agreement: „It is axiomatic that it should, as far as possible, be interpreted in a way that serves the objectives of clarity, certainty and predictability, so that the very large number of parties using it should know where they stand.“<sup>700</sup> In gleichem Geiste formuliert der New Yorker Supreme Court am Beispiel des ISDA Master Agreement, dieses sei „in light of its purpose“ auszulegen, „which is to promote legal certainty or market stability when applied to [...] a diverse array of derivative transactions in global markets“.<sup>701</sup>

Im Ergebnis können die untersuchten Ordnungsregime der ICC, LMA und ISDA angesichts dieser Vielzahl von Anhaltspunkten für eine bereits erfolgte regimeinterne Hierarchisierung, Temporalisierung und Externalisierung aus systemtheoretischer Beobachterperspektive als Teile des Rechtssystems beschrieben werden, die einen eigenen und grenzüberschreitenden, wenn auch nur bereichsspezifischen Geltungsanspruch erheben. Die Bedeutung ihrer Operationen erschöpft sich nicht im Tatsächlichen; vielmehr tragen sie zur Stabilisierung normativer Erwartungen im jeweiligen Geschäftsbereich bei und erfüllen damit eine über die staatlichen Rechtsordnungen hinausgehende Funktion:<sup>702</sup> Sie prägen ein grenzüberschreitend einheitliches Verständnis einer bestimmten gesellschaftlichen Gruppe<sup>703</sup> zu einem – im staatlichen Recht nicht oder nur rudimentär vorhandenen – „Besonderen Vertragsrecht“ des Dokumentenakkreditivs, des Kon-

<sup>698</sup> Speziell zu Derivatverträgen *Reiner/Scholl*, in: Ellenberger/Bunte (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch (6. Aufl. 2022), § 94, Rn. 400; speziell zu Konsortialkreditverträgen *Estevan de Quesada/Renner*; ERCL 13 (2017), 164, 177; allgemein *Mills*, Party Autonomy in Private International Law (2018), 91; *Lehmann/Eichmüller*, BKR 2023, 1, 3.

<sup>699</sup> *Dexia Crediop S.p.A. v. Comune di Prato* [2017] EWCA Civ 428, Rn. 134.

<sup>700</sup> *Lomas & ors (together the Joint Administrators of Lehman Brothers International (Europe) (in administration)) v. JFB Firth Rixson Inc. & ors* [2010] EWHC 3372 (Ch), Rn. 53. Diese Aussage wurde in der jüngeren englischen Rechtsprechung vielfach aufgegriffen; siehe *Braithwaite*, The Financial Courts (2020), 109, Fn. 185.

<sup>701</sup> *Lehman Bros Int'l v. AG Fin. Prods., Inc.*, 60 Misc. 3d 1214 (N.Y. Sup. Ct. 2018).

<sup>702</sup> Vgl. *Shaffer*; Conn. L. Rev. 42 (2009), 147, 171; *Block-Lieb/Halliday*, in: Halliday/Shaffer (Hrsg.), Transnational Legal Orders (2015), 75, 89 f.

<sup>703</sup> Vgl. hierzu am Beispiel der UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts *Berger*, in: FS Sandrock (2000), 49, 58.

sortialkredits und des Kreditderivats. Freilich ist durch diese Zuerkennung relativer Rechtsqualität weder vorgegeben, wie sich andere Rechtsordnungen dem Rechtsgeltungsanspruch der Ordnungsregime gegenüber zu verhalten haben, noch gesagt, dass die Bereichsordnungen von anderen, insbesondere staatlichen Rechtsordnungen in jeder Hinsicht funktional unabhängig sein müssten.<sup>704</sup>

### 3. Transnationaler Charakter

Nachdem zuvor der Normcharakter und – zumindest aus der Beobachterperspektive – auch ein eigenständiger Rechtscharakter der untersuchten Ordnungsregime des grenzüberschreitenden Finanzverkehrs und namentlich von deren weitverbreiteten Musterdokumenten bejaht worden ist, stellt sich nunmehr die Folgefrage nach einem adäquaten Begriffsrahmen zur Erfassung und Beschreibung des Phänomens. Erst ein solcher kann in der rechtswissenschaftlichen Diskussion Einheit stiften sowie eine Systematisierung und klare Abgrenzung zu anderen Erscheinungsformen rechtlicher Ordnung ermöglichen.<sup>705</sup>

Der überkommene Begriffskanon des staatszentrierten Rechtsparadigmas allerdings gerät in der Beschreibung der hier untersuchten Ordnungsregime in mehrerlei Hinsicht an seine Grenzen. Die Regime durchbrechen *erstens* die Dichotomie zwischen nationalem und internationalem Recht, welche der Vorstellung eines hierarchischen Stufenbaus der Rechtsordnung zugrunde liegt.<sup>706</sup> Sie lassen sich einerseits nicht als internationales Recht bzw. Völkerrecht einstufen, weil sie – anders als beispielsweise internationales Einheitsrecht wie das CISG – nicht auf zwischenstaatlichen Abkommen beruhen und auch in erster Linie nicht Staaten, sondern unmittelbar private Akteure adressieren.<sup>707</sup> Sie lassen sich andererseits aber auch nicht ausschließlich dem nationalen Recht zuordnen, weil sie auf dieses zwar Bezug nehmen,<sup>708</sup> jedoch im Gegensatz zu diesem gerade einen grenzüberschreitend einheitlichen Zuschnitt haben und in ihrem zentralen Normbestand nicht auf staatlicher Gesetzgebung, sondern auf den Entscheidungen pri-

<sup>704</sup> Vgl. *Michaels*, Party Autonomy (2013), 9.

<sup>705</sup> Vgl. *Behrens*, *RabelsZ* 50 (1986), 483.

<sup>706</sup> Vgl. *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge (2006), 218 f.; *Renner*, Zwingendes transnationales Recht (2010), 217 ff.; *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts (2013), 147 f.

<sup>707</sup> Dies darf allerdings nicht zu dem Fehlschluss verleiten, dass das Völkerrecht für die untersuchten Ordnungsregime keinerlei Relevanz hätte. Soweit innerhalb der Regime bzw. der einschlägigen Musterdokumente z. B. auf die private Schiedsgerichtsbarkeit als Streitbeilegungsmethode verwiesen wird, knüpfen sie etwa an das zwischenstaatliche New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1958 an und wird dieses zum funktionalen Bestandteil des jeweiligen Regimes. Vgl. zu diesem Aspekt *Renner*, Zwingendes transnationales Recht (2010), 219 f.

<sup>708</sup> Siehe dazu noch unten § 2 I. und § 2 II. (S. 130 ff).



vater Organisationen beruhen. *Zweitens* entziehen sich die Ordnungsregime einer eindeutigen Kategorisierung als „privat/nichtstaatlich“ oder „öffentlich/staatlich“. <sup>709</sup> Zwar betreffen die Regelungsgegenstände der Ordnungsregime vor allem die vertraglichen Beziehungen privater Akteure, doch kommt ihnen eine marktstabilisierende Funktion zu, die potenziell Auswirkungen auf Dritte haben kann und an der deshalb auch ein gesamtgesellschaftliches Interesse besteht. Zumindest in Ansätzen erfolgt vor diesem Hintergrund bereits eine Einbeziehung öffentlicher Akteure in den Regelsetzungsprozess der jeweiligen Organisation – beispielsweise von UNCITRAL im Zusammenhang mit der Überarbeitung der ERA. <sup>710</sup> Auch ist innerhalb der Regime kein strenges Entweder-oder nichtstaatlicher oder staatlicher Steuerungselemente zu beobachten, sondern werden auch Letztere funktional einbezogen, etwa durch Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln. <sup>711</sup> *Drittens* fügen sich die Ordnungsregime nicht nahtlos in die Dichotomie von „Einheit“ und „Fragmentierung“. <sup>712</sup> Sie sind weder abgeschlossene, autarke Systeme, die einen Anspruch auf Vollständigkeit erheben und als gleichwertige Alternative neben staatliche Rechtsordnungen treten wollen, noch haben sie rein fragmentarischen Charakter, da sie allesamt nach nahezu identischen Prinzipien funktionieren und jeweils über zentralisierte Institutionen verfügen, die bereichsspezifisch erhebliches Vereinheitlichungspotenzial entfalten.

Zur Überwindung dieser Beschreibungsschwierigkeiten erscheint grundsätzlich der Begriffsrahmen des „transnationalen Rechts“ besonders geeignet. <sup>713</sup> Dieser erlaubt eine klare Abgrenzung zu den herkömmlichen Kategorien des staatlichen Rechts, ohne dabei – wie die von einzelnen Autoren präferierten Begriffe des „Weltrechts“ oder des „globalen Rechts“ <sup>714</sup> – eine Universalität und Vollständigkeit zu implizieren, die der Vielgestaltigkeit und unterschiedlichen Reichweite grenzüberschreitender Ordnungsregime in der Praxis nicht entspreche. <sup>715</sup>

<sup>709</sup> Vgl. *Calliess/Zumbansen*, Rough Consensus and Running Code (2010), 111 f.; *Renner*, Zwingendes transnationales Recht (2010), 224 ff.; *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts (2013), 148 ff.

<sup>710</sup> Siehe dazu *Levit*, A Yale J. Int'l L. 30 (2005), 125, 198, 205 f.; *Maurer*, Lex Maritima (2012), 73; *Schütze/Vorpeil*, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr (7. Aufl. 2016), 3 f.

<sup>711</sup> Dazu ausführlich unten § 2 I. (S. 130 ff.), § 4 I. (S. 188 ff.) und § 6 II. 1. a) (S. 320 f.).

<sup>712</sup> Vgl. *Renner*, Zwingendes transnationales Recht (2010), 220 ff.

<sup>713</sup> Ausführlich zu diesem *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts (2013), 165 ff. Vgl. auch *Renner*, Zwingendes transnationales Recht (2010), 215 ff.; *Calliess/Maurer*, in: *Calliess* (Hrsg.), Transnationales Recht (2014), 1, 3 ff.; *Shaffer*, Ann. Rev. Law Soc. Sci. 12 (2016), 231 ff.

<sup>714</sup> Etwa *P. Berman*, Fordham Int'l L. J. 18 (1994), 1617 ff.

<sup>715</sup> Ausführliche Auseinandersetzung mit den verschiedenen Begriffsverständnissen des „Weltrechts“ bei *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts (2013), 159 ff.



Überlegen ist er auch dem Begriff der „(neuen) *lex mercatoria*“, schon weil dieser durch seine historische Konnotation eine Verengung auf den Bereich des Handelsrechts impliziert, welcher der Vielfalt der von Transnationalisierungsprozessen berührten Gesellschaftsbereiche nicht hinreichend Rechnung trägt.<sup>716</sup>

Auch der Begriff des transnationalen Rechts bedarf jedoch einer phänomen-spezifischen Präzisierung, da er in der wissenschaftlichen Debatte bei weitem nicht einheitlich verstanden wird.<sup>717</sup> Dies beruht, wie insbesondere *Lars VIELLECHNER* herausgearbeitet hat, in erster Linie auf der Wahl unterschiedlicher Bezugspunkte von „Transnationalität“. <sup>718</sup> Ein erster möglicher Bezugspunkt ist dabei die zu regelnde *Situation*.<sup>719</sup> Nach hierauf abzielendem Begriffsverständnis seien mit „transnationalem Recht“ all diejenigen Rechtsregeln gemeint, die in grenzüberschreitenden Sachverhalten beachtet werden müssten. Die Regelurheberschaft sei dabei nebensächlich. Hierzu könnten daher sowohl Regeln des nationalen und des internationalen bzw. zwischenstaatlichen Rechts als auch Regeln nichtstaatlicher Akteure – etwa von multinationalen Unternehmen oder Nichtregierungsorganisationen – zählen.<sup>720</sup> Eine solch holistische Sichtweise liegt etwa der bekannten Begriffsdefinition *Philip Jessups* zum transnationalen Recht zugrunde, der hierunter „all law which regulates actions or events that transcend national frontiers“ fassen will.<sup>721</sup> Der Vorteil dieses sehr weiten Verständnisses liegt darin, dass es der Vielfalt und Komplexität des in grenzüberschreitenden Kontexten zu berücksichtigenden Ordnungsrahmens Rechnung tragen kann.<sup>722</sup> Dies wird allerdings um den Preis fehlender Abgrenzungsmöglichkeiten zwischen ganz verschiedenartigen Ordnungsphänomenen erkauft, einschließlich solcher, die bereits mit herkömmlichen Begriffen des staatszentrierten Rechtsparadigmas hinreichend genau umschrieben werden können.<sup>723</sup> Auch

<sup>716</sup> Vgl. *Horn*, Das Recht der internationalen Anleihen (1972), 514.

<sup>717</sup> Vgl. *Maurer*, in: *Viellechner* (Hrsg.), *Verfassung ohne Staat* (2019), 187, 188 f.

<sup>718</sup> *Viellechner*, *Transnationalisierung des Rechts* (2013), 165 ff.; *Shaffer*, *Ann. Rev. Law Soc. Sci.* 12 (2016), 231 ff.; vgl. auch *U. Stein*, *Lex mercatoria* (1995), 2 („konturenloses Schlagwort“). Zur vergleichbaren Diskussion um den – freilich nicht deckungsgleichen – Begriff *lex mercatoria* siehe *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 58 ff.

<sup>719</sup> Ausführlich und mit umfangreichen Nachweisen zu dieser Sichtweise und deren Varianten *Viellechner*, *Transnationalisierung des Rechts* (2013), 165 ff.

<sup>720</sup> *Shaffer*, *Ann. Rev. Law Soc. Sci.* 12 (2016), 231, 237 ff.

<sup>721</sup> *Jessup*, *Transnational Law* (1956), 2. Ein ähnlich holistisches Begriffsverständnis des transnationalen Rechts findet sich zum Beispiel bei *Vagts* u. a., *Transnational Business Problems* (6. Aufl. 2019), sowie im breiten fachlichen Zuschnitt der US-amerikanischen Zeitschriften *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, *Columbia Journal of Transnational Law*, *Journal of Transnational Law & Policy* und *Transnational Law & Contemporary Problems*; siehe dazu *Calliess*, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge* (2006), 215.

<sup>722</sup> Vgl. *Calliess/Zumbansen*, *Rough Consensus and Running Code* (2010), 11 f.

<sup>723</sup> *Horn*, in: *Berger* (Hrsg.), *The Practice of Transnational Law* (2001), 67; *Calliess*, *Grenz-*

eine Systematisierung wäre kaum möglich, wenn die Zuordnung einzelner Regelungen zum transnationalen Recht stets vom konkreten Anwendungshorizont des Einzelfalls abhinge.

Um genau dieser Schwierigkeit vorzubeugen, wird als zweiter möglicher Bezugspunkt von Transnationalität der *Regelungsinhalt* vorgeschlagen.<sup>724</sup> Zum „transnationalen Recht“ sollen hiernach all diejenigen Rechtsregeln gehören, die einen grenzüberschreitenden Zuschnitt haben, weil sie entweder explizit auf grenzüberschreitende Konstellationen abstellen oder in mehreren Rechtsordnungen gleichermaßen vorhanden seien.<sup>725</sup> Dieser Ansatz ist im Vergleich zum sachverhaltsbezogenen Begriffsverständnis zwar weniger ausufernd und erlaubt eine vom konkreten Einzelfall unabhängige Einteilung von Rechtsnormen als dem transnationalen Recht zugehörig oder nicht. Er erscheint aber ebenfalls kaum geeignet, um die besonderen Eigenschaften grenzüberschreitender Ordnungsregime wie derjenigen von ICC, LMA und ISDA gegenüber den ebenfalls sämtlich auf grenzüberschreitende Konstellationen zugeschnittenen Regeln unter anderem des staatlichen Außenwirtschaftsrechts, des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts sowie des Völkerrechts herauszuarbeiten.

Um eben dies zu gewährleisten, wird drittens von manchen Autoren für ein Abstellen auf den *Urheber* der jeweiligen Rechtsnorm plädiert.<sup>726</sup> Transnationales Recht seien – in Abgrenzung von nationalem, internationalem und supranationalem Recht – diejenigen Rechtsregeln, die weder von einem Staat oder mehreren Staaten noch durch zwischenstaatliche Organisationen geschaffen worden seien.<sup>727</sup> Mögliche Urheber transnationaler Rechtsregeln seien dann nur noch private bzw. zivilgesellschaftliche Akteure, etwa multinationale Unternehmen, Nichtregierungsorganisationen oder Branchenverbände.<sup>728</sup> Zumeist wird dabei

---

überschreitende Verbraucherverträge (2006), 215; *Ipsen*, Private Normenordnungen als Transnationales Recht? (2009), 25; *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts (2013), 167.

<sup>724</sup> Ausführlich und mit umfangreichen Nachweisen zu dieser Sichtweise und deren Varianten *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts (2013), 172 ff.

<sup>725</sup> In diese Richtung etwa *Gutzwiller*, in: Nussbaum (Hrsg.), Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen in Zivil- und Handelssachen 3 (1931), 123, 127 f., 131, 138 f., 146; *Goode*, Int'l & Comp. L. Q. 46 (1997), 1, 3; *Goode*, Int'l & Comp. L. Q. 54 (2005), 539.

<sup>726</sup> Ausführlich und mit umfangreichen Nachweisen zu dieser Sichtweise und ihren Varianten *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts (2013), 176 ff.; *Shaffer*, Ann. Rev. Law Soc. Sci. 12 (2016), 231, 233 ff.

<sup>727</sup> So etwa *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge (2006), 219; in diese Richtung auch schon *Langen*, NJW 1969, 2229, 2230.

<sup>728</sup> Diesen *bottom-up* Ansatz betont insbesondere *Levit*, Yale J. Int'l L. 30 (2005), 125, 129, 190 f.; *Levit*, Emory L. J. 57 (2008), 1147, 1150 f., 1155 f., die allerdings die Begriffe „international“ und „transnational“ weitgehend synonym verwendet und für die Vervollständigung des Rechtsentstehungsprozesses eine Inbezugnahme der privat gesetzten Regeln durch staatliches Recht voraussetzt.

gerade die Loslösung dieser Form der Rechtserzeugung vom staatlichen Rechtsrahmen in den Mittelpunkt gerückt.<sup>729</sup> Der Vorteil dieses Begriffsverständnisses liegt in der Verdeutlichung der zentralen Rolle nichtstaatlicher Akteure im Entstehungsprozess transnationaler Ordnungsstrukturen und der damit verbundenen Möglichkeit einer Abgrenzung zu herkömmlichen Formen des staatlichen Rechts. Andererseits droht aus dem Blick zu geraten, dass die meisten grenzüberschreitenden Ordnungsarrangements, darunter auch diejenigen von ICC, LMA und ISDA, nicht auf Autarkie vom staatlichen Recht beruhen, sondern vielfach auf dieses Bezug nehmen und gerade durch eine Kombination staatlicher und nichtstaatlicher Elemente geprägt sind.<sup>730</sup>

Als vierter möglicher Bezugspunkt von Transnationalität wird schließlich die *Methode* der Rechtsfindung vorgeschlagen. Hiernach beschreibt transnationales Recht die vor allem in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit verbreitete Praxis, zur Lösung von Rechtsproblemen nicht eine einzelne Rechtsordnung heranzuziehen, sondern Elemente verschiedener Rechtsordnungen zu vergleichen und gegebenenfalls zu kombinieren.<sup>731</sup> Dieser Ansatz mag die tatsächliche Praxis der Rechtsanwendung durch manche Schiedsgerichte beschreiben und der Vielfalt des für grenzüberschreitende Konstellationen zu beachtenden Rechtsrahmens Rechnung tragen. Auch er führt aber in der Abgrenzung und Systematisierung verschiedenartiger Ordnungsphänomene nur bedingt weiter, weil „transnationales Recht“ dann alles und nichts sein kann und seine Bestimmung stets nur vom einzelnen Anwendungsfall abhinge.

Angesichts der Vielzahl möglicher Bezugspunkte, die alle ihre Berechtigung haben, jedoch isoliert betrachtet der Komplexität transnationaler Ordnungsphänomene nicht gerecht werden können, werden fünftens *Kombinationsmodelle* vorgeschlagen. *Viellechner* selbst etwa will, vom Beispiel des Ordnungsarrangements der Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) zur Vergabe von Internetdomains ausgehend, unter den Begriff des „transnationalen Rechts“ solche Rechtsregeln fassen, die erstens grenzüberschreitende Sachverhalte betreffen, zweitens sowohl private als auch öffentliche Belange behandeln

---

<sup>729</sup> Vgl. insbesondere *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen (2006), 43; ferner *Calliess*, ZfRSoz 23 (2002), 185, 188; *Calliess*, RabelsZ 68 (2004), 244, 254 f.; *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge (2006), 219; *Berger* u. a., ZVglRWiss 101 (2002), 12, 16 f.; *Berger*, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria (2. Aufl. 2010), 64. Zur Tradition des „anationalen“ und autonomen Handelsrechts siehe statt aller *Goldman*, Archives phil. dr. 9 (1964), 177, sowie die umfänglichen Nachweise bei *Siehr*, in: Holl/Klinke (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Internationales Wirtschaftsrecht (1985), 103, 112.

<sup>730</sup> Dazu noch ausführlich unten § 2 I. und § 2 II. (S. 130 ff.). Vgl. zu diesem Argument auch *Horn*, in: *Berger* (Hrsg.), The Practice of Transnational Law (2001), 67 f.; *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts (2013), 180.

<sup>731</sup> *Gaillard*, Arb. Int'l 17 (2001), 59, 62 ff.

können und dabei in der Regel auf einzelne Sachbereiche beschränkt sind, und drittens überwiegend durch nichtstaatliche Akteure in Vertragsform sowie unter Heranziehung eigener Streitbeilegungsmechanismen gesetzt werden.<sup>732</sup> Dieses Verständnis kommt einer treffenden Beschreibung der Eigenarten auch der in dieser Arbeit untersuchten Ordnungsregime des grenzüberschreitenden Finanzverkehrs schon recht nahe. Als problematisch erweist sich aber vor allem das dritte Kriterium der „überwiegenden“ Setzung durch nichtstaatliche Akteure in Vertragsform unter Heranziehung *eigener* Streitbeilegungsmechanismen“ [Hervorhebungen des Verfassers]. Die Realität der meisten transnationalen Ordnungsarrangements, so auch der hier untersuchten Regime von ICC, LMA und ISDA, ist gerade durch Kombinationen nichtstaatlicher und staatlicher Elemente der Regelsetzung, -anwendung und -durchsetzung geprägt, die jeweils unterschiedlich stark ausgeprägt sein können. Ab wann dann jenseits des von *Viellechner* gewählten Beispiels der ICANN von einem „Überwiegen“ nichtstaatlicher Elemente sowie einem hinreichenden Umfang „eigener“ Streitbeilegungsmechanismen ausgegangen werden kann und ob es sich erst dann um transnationales Recht handelt, bleibt unklar. Tatsächlich gleicht die Transnationalisierung der analysierten Ordnungsstrukturen im Finanzbereich eher einem graduellen, in den verschiedenen Regimen zum Teil unterschiedlich weit fortgeschrittenen Prozess, der eine solche „Entweder-oder“-Kategorisierung zusätzlich erschwert.

Zur präzisen begrifflichen Erfassung und Abgrenzung der in dieser Arbeit untersuchten Ordnungsregime besser geeignet erscheint deshalb der von *Terence Halliday* und *Gregory Shaffer* eingeführte Begriff der *transnational legal orders*. Darunter fassen *Halliday* und *Shaffer* Ordnungsphänomene, die Elemente der Regelsetzung, -anwendung und -durchsetzung aufweisen und dabei auf formalisierte Rechtsregeln zurückgreifen, welche von grenzüberschreitend operierenden, mit Rechtsorganen verschiedener Nationalstaaten interagierenden Akteuren geschaffen werden.<sup>733</sup> Eben dies trifft auf die Ordnungsregime der ICC, LMA und ISDA zu: Sie weisen in unterschiedlich stark ausgeprägtem Umfang Elemente eigener Regelsetzung, -anwendung und -durchsetzung auf und werden von grenzüberschreitend agierenden privaten Organisationen orchestriert, binden jedoch auch staatliches Recht und staatliche Organe, insbesondere staatliche Gerichte funktional ein. Hierdurch schaffen sie einen grenzüberschreitend einheitlichen Bezugspunkt einer Vielzahl von Einzelvertragsverhältnissen und der mit diesen verbundenen normativen Verhaltenserwartungen – mit anderen Worten ein „Besonderes Vertragsrecht“ des Dokumentenakkreditivs, des Konsortial-

<sup>732</sup> *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts (2013), 180 f.

<sup>733</sup> *Halliday/Shaffer*, in: *Halliday/Shaffer* (Hrsg.), *Transnational Legal Orders* (2015), 3, 7 ff.; *Shaffer/Halliday*, in: *Zumbansen* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Transnational Law* (2021), 987, 989.

kredits und des Kreditderivats. Um gerade diese spezielle Ordnungsleistung zu erfassen, wird hier vorgeschlagen, den Begriff der *transnational legal orders* für die in dieser Arbeit untersuchte Unterform zu spezifizieren und diese als *transnationale Vertragsrechtsregime* zu bezeichnen. Mit diesem Begriffsverständnis lassen sich die für die Regime von ICC, LMA und ISDA untauglichen Dichotomien von national und international, privat und öffentlich sowie einheitlich und fragmentarisch überwinden.

#### 4. Zwischenergebnis

Die Ordnungsarrangements der ICC, LMA und ISDA lassen sich aus einer rechtssoziologisch informierten Beobachterperspektive als Erscheinungsformen transnationalen Rechts deuten. Sie produzieren in Form ihrer Musterdokumente erstens bereichsspezifische Normen, welche die tatsächlichen Verhaltenserwartungen der Akteure des grenzüberschreitenden Finanzverkehrs für die jeweilige Geschäftsart maßgeblich prägen und sich auch auf solche Parteien auswirken, die an ihrer Genese nicht selbst teilgenommen haben. Diese Normen können zweitens – jedenfalls aus systemtheoretischer Sicht – als Rechtsnormen qualifiziert werden, weil sie unter Anschluss an den Kommunikationscode „Recht/Unrecht“ formuliert werden und ihre Setzung, Anwendung und Durchsetzung im Kern nach Maßgabe jeweils regimespezifischer interner Sekundärnormen organisiert wird. Sie erheben einen eigenständigen, wenn auch nur bereichsspezifischen Geltungsanspruch – gewissermaßen als Kodifikationen eines grenzüberschreitend einheitlichen „Besonderen Vertragsrechts“ des Dokumentenakkreditivs, Konsortialkredits und Kreditderivats. Dieses Phänomen lässt sich drittens in Abgrenzung zu den Begriffskategorien des staatlichen Rechts allgemein mit dem Begriff der Transnationalität und konkret mit dem Begriff des *transnationalen Vertragsrechtsregimes* erfassen, der die überkommenen Dichotomien „national/international“, „privat/öffentlich“ und „einheitlich/fragmentarisch“ überwindet. Als Elemente eines emergierenden transnationalen Finanztransaktionsrechts<sup>734</sup> fügen sie sich nahtlos ein in den Prozess der zunehmenden Transnationalisierung des Rechts in einer funktional immer weiter ausdifferenzierten Weltgesellschaft.

---

<sup>734</sup> In begrifflicher Abgrenzung zum Finanzaufsichtsrecht, welches heute ebenfalls zunehmend durch internationale, supranationale und transnationale Kooperationsformen der Regulierungsakteure geprägt wird, aber nicht den Gegenstand dieser Untersuchung bildet; vgl. hierzu die Übersichten bei *Giovanoli*, in: Giovanoli (Hrsg.), *International Monetary Law* (2000), 3, 11 ff.; *Spindler/Hupka*, in: T. Möllers (Hrsg.), *Geltung und Faktizität von Standards* (2009), 117, 119 ff. Den Begriff des Finanztransaktionsrechts verwendet auch *Köndgen*, in: Callies (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 277, 280.



## § 2 Die Rolle des staatlichen Rechts in transnationalen Ordnungsstrukturen

Welche Konsequenzen ergeben sich nun aus der als Erscheinungsform der Transnationalisierung des Rechts gedeuteten Herausbildung grenzüberschreitender Vertragsrechtsregime des Finanzverkehrs für das staatliche Recht? Ist es in den betroffenen Sachbereichen ein vom gesellschaftlichen Wandel überwundenes Relikt und wird dem Staat nach und nach das Substrat seiner Regelungsgewalt entzogen, ohne dass deren formale Fortexistenz angetastet würde?<sup>1</sup> Insbesondere von Vertretern der Neuen Institutionenökonomik – die das staatliche Recht im Hinblick auf die normative Ordnung des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs eher als Teil des Problems denn als Teil der Lösung betrachten – wird diese Schlussfolgerung verbreitet gezogen.<sup>2</sup> Bei genauerem Hinsehen erweist sie sich aber als verkürzt.

### I. Realität der Einbeziehung staatlichen Rechts

Die transnationalen Vertragsrechtsregime der ICC, LMA und ISDA haben zwar wie erörtert eigenständige rechtliche Bedeutung für ihren jeweiligen Regelungsbereich. Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass sie dabei vom staatlichen Recht gänzlich losgelöst operierten. Im Gegenteil: Die Regime nehmen – wie im Rahmen ihrer Beschreibung bereits mehrfach angeklungen ist – in vielfältiger Weise auf staatliche Rechtsordnungen Bezug. Sie sind in ihrem Bemühen um Schaffung eines bedarfsgerechten transnationalen Rechtsrahmens auf ein funktionales Zusammenwirken mit dem staatlichen Recht und dessen Institutionen angelegt und kombinieren private mit staatlichen Ordnungselementen.<sup>3</sup> Im Kontext des

---

<sup>1</sup> Ruffert, Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht (2004), 19.

<sup>2</sup> So insbesondere für das Internationale Privatrecht Schmidt-Trenz, Außenhandel und Territorialität des Rechts (1990), 295 ff.; Schmidtchen, RabelsZ 59 (1995), 56, 89 f.

<sup>3</sup> Vgl. Michaels, Ind. J. Global Legal Stud. 14 (2007), 447, 457 ff., 465 ff.; Calliess/Renner, in: Gosewinkel/Schuppert (Hrsg.), Politische Kultur im Wandel von Staatlichkeit (2008), 205, 218; Renner, Zwingendes transnationales Recht (2010), 220; Horn, in: FS Schmidt (2009), 705, 709 f.; Shaffer, Conn. L. Rev. 42 (2009), 147, 152.



ICC-Regimes zum Dokumentenakkreditiv etwa fällt ins Auge, dass die ERA trotz ihrer Ausführlichkeit bestimmte Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Verwendung von Dokumentenakkreditiven stellen können, bewusst ausklammern. Dazu gehört beispielsweise die Bestimmung der Grenzen der abstrakten Zahlungsverpflichtung der Akkreditivbank im Falle von Rechtsmissbrauch oder Betrug durch den Zahlungsgläubiger.<sup>4</sup> Hintergrund dieses Regelungsverzichts ist die Erwägung, dass insoweit die zwingenden Regeln nationalstaatlichen Vertragsrechts durchgreifen sollen.<sup>5</sup> Dementsprechend beschränken sich auch Entscheidungen der DOCDEX-Spruchkörper explizit auf Fragen der Auslegung der ERA selbst, lassen Fragen zum Allgemeinen Vertragsrecht oder zu zwingenden Bestimmungen nationalen Rechts hingegen außen vor, um diese staatlichen Gerichten zu überlassen.<sup>6</sup> Demgegenüber ist es keineswegs selten, dass staatliche Gerichte Bestimmungen der ERA anwenden.<sup>7</sup> Dass diese Praxis wiederum in das ICC-Vertragsrechtsregime des Dokumentenakkreditivs integriert wird, zeigt sich etwa daran, dass die regelmäßigen Revisionen der ERA ausdrücklich unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung staatlicher Gerichte erfolgen.<sup>8</sup> So wurden beispielsweise, nachdem unter den ERA 400 eine Häufung von vor staatlichen Gerichten ausgetragenen Streitigkeiten über die Anforderungen an vom Zahlungsgläubiger vorzulegende Akkreditivdokumente aufgetreten war,<sup>9</sup> in den ERA 500 und 600 insoweit umfängliche Präzisierungen vorgenommen (Art. 20 lit. b ERA 500, Art. 17 lit. a, 17 lit. b ERA 600).<sup>10</sup> Auch die Einfügung eines neuen Art. 12 lit. b in den ERA 600 zur Frage der Bevorschussung bei Akkreditiven mit hinausgeschobener Zahlung geht auf zuvor be-

---

<sup>4</sup> Schütze/Vorpeil, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr (7. Aufl. 2016), 231 ff.; Jarass, Privates Einheitsrecht (2019), 218; weitere Beispiele bei Haas, in: Ellenberger/Bunte (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch (6. Aufl. 2022), § 103, Rn. 436.

<sup>5</sup> Vgl. Holzwarth, IHR 2007, 136, 149; Jarass, Privates Einheitsrecht (2019), 218; Wedemann, in: MüKo HGB, Band 6 (4. Aufl. 2019), H. Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handel, Rn. 5 f.

<sup>6</sup> Collyer/R. Katz (Hrsg.), Collected DOCDEX Decisions 2009–2012 (2012), Decision No. 316, 121, 125 f.; Wedemann, in: MüKo HGB, Band 6 (4. Aufl. 2019), H. Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handel, Rn. 6.

<sup>7</sup> Vgl. von Hoffmanns Diskussionsbeitrag zum Referat von Girsberger, in: BDGVR 39 (2000), 231, 280; siehe auch die Zusammenstellung der Rechtsprechung deutscher und englischer Gerichte zu den ERA bei Jarass, Privates Einheitsrecht (2019), 167 ff.

<sup>8</sup> Vgl. Holzwarth, IHR 2007, 136, 137.

<sup>9</sup> Ausgehend von *Glencore International AG v. Bank of China* [1996] 1 Lloyd's Rep. 135; *Kredietbank Antwerp v. Midland Bank Plc.* [1999] 1 Lloyd's Rep. 219; *Credit Industriel et Commercial v. China Merchants Bank* [2002] EWHC 973 (Comm).

<sup>10</sup> ICC (Hrsg.), Commentary on UCP 600 (2007), Art. 12 ERA, 75 f.; ferner Snyder, Ohio St. L. J. 64 (2003), 371, 392 f.; Bridge, *The International Sale of Goods* (4. Aufl. 2017), Rn. 6.57 ff.; Jarass, Privates Einheitsrecht (2019), 216 f.

obachtete Auslegungsdivergenzen zu den ERA 500 zurück,<sup>11</sup> ebenso die Präzisierung der Dokumentenprüfungsfrist der Akkreditivbank in Art. 14 lit b ERA 600 auf maximal fünf Bankarbeitstage.<sup>12</sup> Die Musterdokumente der LMA und ISDA gehen noch weiter und sehen neben materiellen Rechten und Pflichten auch ausdrückliche Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln zugunsten bestimmter staatlicher Rechtsordnungen vor.<sup>13</sup> Finanzrechtspraktiker prognostizieren, dass die Bedeutung staatlicher Gerichtsverfahren für die jeweiligen Vertragstypen künftig sogar noch steigen wird.<sup>14</sup> Selbst im Angesicht der zunehmenden Konkurrenz durch private Schiedsgerichte – die freilich ihrerseits ebenfalls zumindest mittelbar an das staatliche Recht rückgebunden sind<sup>15</sup> – kann die staatliche Gerichtsbarkeit nach wie vor Kosten-, Stabilitäts- und Skalenvorteile bieten.<sup>16</sup> Auch regimespezifische Vertragsinhalte wie etwa die Close-out Netting-Klauseln der ISDA-Musterverträge sind in ihren praktischen Konsequenzen gerade nicht *self-contained*, sondern auf ein Wechselspiel mit nationalstaatlichen Insolvenzrechten zugeschnitten.

## II. Notwendigkeit der Einbeziehung staatlichen Rechts

Worauf aber gründet diese Einbeziehung staatlichen Rechts in den transnationalen Vertragsrechtsregimen der ICC, LMA und ISDA? Wäre es aus Sicht dieser Organisationen nicht vorzugswürdig und den Interessen der Marktteilnehmer entgegenkommend, sich ganz vom staatlichen Recht und dessen Einflüssen freizumachen und die bereichsinterne Ordnung ausschließlich privat zu gestalten? Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum taucht eine Reihe von Argumenten immer wieder auf, welche schon die theoretische Möglichkeit einer solchen Lösung vom staatlichen Recht zu widerlegen versuchen. Allerdings wird dabei häufig nicht hinreichend zwischen einzelnen Erscheinungsformen privater Ord-

<sup>11</sup> ICC (Hrsg.), *Commentary on UCP 600* (2007), Art. 12 ERA, 53 f.; ferner *Jarass*, *Privates Einheitsrecht* (2019), 220.

<sup>12</sup> *Bridge*, *The International Sale of Goods* (4. Aufl. 2017), Rn. 6.65 f.; *Jarass*, *Privates Einheitsrecht* (2019), 220.

<sup>13</sup> Vgl. zur LMA *Estevan de Quesada/Renner*, *ERCL* 13 (2017), 164, 177, 181 ff.; *Renner*, *ZBB* 2018, 278, 281; zur ISDA *C. Baker*, *Notre Dame L. Rev.* 85 (2010), 1287, 1369 f.; *Biggins*, *GLJ* 13 (2012), 1297, 1298, 1316 ff.; *Cuniberti*, *Colum. J. Transnat'l L.* 52 (2013), 369, 375, 377 f. Allgemein *Basedow*, in: *FS Horn* (2006), 229, 238; *Rühl*, in: *Bork/Eger/H.-B. Schäfer* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts* (2009), 335, 362.

<sup>14</sup> Vgl. *Golden*, in: *MacNeil/O'Brien* (Hrsg.), *The Future of Financial Regulation* (2010), 83, 84.

<sup>15</sup> Dazu ausführlich unten § 6 III. 1. (S. 404 f.).

<sup>16</sup> Vgl. *Choi/Gulati*, *Mich. L. Rev.* 104 (2006), 1129, 1166.

nung differenziert. Im Folgenden werden deshalb die gängigsten dieser Argumente anhand der spezifischen Eigenheiten der analysierten transnationalen Vertragsrechtsregime des grenzüberschreitenden Finanzverkehrs überprüft und wird dabei aufgezeigt, ob und inwieweit die tatsächlich erfolgende Einbindung staatlichen Rechts in diese Regime auch erforderlich und sinnvoll erscheint.

### 1. Unbestimmtheit?

Zahlreiche Kritiker transnationalen Rechts verweisen zuvörderst auf die Unbestimmtheit von Inhalt und Grenzen desselben.<sup>17</sup> Dieses Argument mag in Bezug auf Sammelbegriffe wie *lex mercatoria* eine gewisse Berechtigung haben, etwa wenn nicht näher definierte „allgemeine Rechtsgrundsätze“ zum Teil des transnationalen Rechts erhoben werden.<sup>18</sup> In Bezug auf die ausdifferenzierten Vertragsrechtsregime von ICC, LMA und ISDA allerdings überzeugt es nicht. Deren Musterdokumente weisen, auch im Vergleich zu staatlichem Recht, ein so hohes Präzisionsniveau auf, dass sich nur geringe Auslegungsspielräume bieten.<sup>19</sup> Und wo dies doch einmal der Fall ist, wird mittels regimeinterner Begleitinstrumente und -mechanismen auf eine einheitliche Auslegung hingewirkt. Die Regelwerke erreichen auf diesem Wege einen Detailgrad, der einen ergänzenden Rückgriff auf Inhalte des staatlichen Rechts für bereichsspezifische Fragen weitgehend entbehrlich erscheinen lässt.<sup>20</sup> Die Einbeziehung des staatlichen Rechts lässt sich daher nicht allein mit dem Argument der Unbestimmtheit erklären.

### 2. Fragmentierung?

Nicht überzeugen kann auch das damit zusammenhängende Argument der Fragmentierung. Gewiss: Wird transnationales Recht als Sammelbegriff für eine Viel-

---

<sup>17</sup> Etwa *Spickhoff*, *RabelsZ* 56 (1992), 116, 127 f.; *Mankowski*, *RIW* 2003, 2, 13; *Kodek*, in: *Verschraegen* (Hrsg.), *Rechtswahl* (2010), 85, 102 f.; allerdings jeweils bezogen auf den Begriff der *lex mercatoria*. Eingehende Auseinandersetzung mit diesem Einwand bei *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 78 ff.

<sup>18</sup> Siehe aber z. B. die Bemühungen der vom Kölner Center for Transnational Law unter Federführung von *Klaus Peter Berger* betriebenen Trans-Lex Plattform um eine Sammlung und Systematisierung zugehöriger Regeln und Prinzipien, abrufbar unter <[https://www.translex.org/principles/of-transnational-law-\(lex-mercatoria\)>](https://www.translex.org/principles/of-transnational-law-(lex-mercatoria)>); siehe dazu *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 270 ff.; *Berger*, in: *Bumke/Röthel* (Hrsg.), *Privates Recht* (2012), 119, 127 ff.

<sup>19</sup> Vgl. *Grundmann*, in: *Jickeli* (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht, Unternehmensrecht, Informationspflichten im Zivilrecht* (1992), 43, 50; *Döser*, *JuS* 2000, 972; zu den ERA *Cuniberti*, *Colum. J. Transnat'l L.* 52 (2013), 369, 391.

<sup>20</sup> Vgl. *Döser*, *JuS* 2000, 972; *Basedow*, in: *Jansen/Michaels* (Hrsg.), *Beyond the State* (2008), 281, 294.

zahl unterschiedlichster Erscheinungsformen verwendet, bezieht es sich nicht mehr auf einen einheitlichen, klar abgrenzbaren Regelungsrahmen.<sup>21</sup> Die Vorstellung eines solchen einheitlichen Rahmens entspricht aber auch schlichtweg nicht mehr der von einer zunehmenden Ausdifferenzierung in Funktionssysteme gekennzeichneten gesellschaftlichen Realität. Es ist gerade das staatliche Recht, das sich noch stark am Ideal eines einheitlichen Ordnungsrahmens – auf nationaler wie auf internationaler Ebene – orientiert und zu Fragmentierung und Rechtsunsicherheit beiträgt, wenn es diesen hohen Anspruch letztlich nicht vollumfänglich erfüllen kann.<sup>22</sup> Demgegenüber nehmen die untersuchten transnationalen Vertragsrechtsregime die gesellschaftliche Ausdifferenzierung bewusst zum Ausgangspunkt und sind darauf gerichtet, territoriale Fragmentierungen zu überwinden und zu einer bereichsspezifischen Vereinheitlichung beizutragen. Zwar kann es auch hierbei potenziell zu Regelungslücken oder -überschneidungen kommen, etwa wenn verschiedene bereichsspezifische Regelsetzer in Konkurrenz zueinander treten.<sup>23</sup> In den untersuchten Vertragsrechtsregimen des grenzüberschreitenden Finanzverkehrs aber ist es jeweils einer zentralen Organisation oder einer Gruppe eng zusammenarbeitender Schwesterorganisationen gelungen, die bereichsspezifische Regelungsfunktion an sich zu ziehen und hierdurch die Grundlage einer nahezu weltweiten Einheitlichkeit normativer Erwartungshaltungen im jeweils einschlägigen Markt zu schaffen. Auch das Argument der Fragmentierung kann die Einbeziehung staatlichen Rechts in die Vertragsrechtsregime daher nicht befriedigend erklären.

### 3. Unvollständigkeit

Mehr Gewicht kommt demgegenüber dem Verweis auf die Unvollständigkeit transnationalen Rechts zu.<sup>24</sup> Die transnationalen Vertragsrechtsregime von ICC, LMA und ISDA erzeugen lediglich bereichsspezifisches Recht – eben ein „Besonderes transnationales Vertragsrecht“ des Dokumentenakkreditivs, Konsortialkredits und Kreditderivats. Einen darüber hinausgehenden Ordnungsanspruch erheben sie gar nicht und sind wohl gerade deshalb in ihrem eng umrissenen

<sup>21</sup> So einer der Kritikpunkte bei von Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Band I (2. Aufl. 2003), § 2, Rn. 75.

<sup>22</sup> Siehe dazu oben § 1 I. 2. und § 1 I. 3. (S. 17 ff.).

<sup>23</sup> Engler, Private Regelungsetzung (2017), 50.

<sup>24</sup> Etwa Bucher, in: Schwind (Hrsg.), Aktuelle Fragen zum Europarecht aus der Sicht in- und ausländischer Gelehrter (1986), 11, 40 ff., der das Argument allerdings in der Folge wieder entkräftet; Diedrich, RIW 2009, 378, 380 ff., der jedoch insoweit zwischen der Sammelbezeichnung *lex mercatoria* und einzelnen nichtstaatlichen Regelwerken differenziert. Eingehende Auseinandersetzung mit diesem Einwand bei Berger, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria (2. Aufl. 2010), 118 ff.

Anwendungsbereich so effektiv. Kehrseite dieses begrenzten Regelungsanspruchs ist aber, dass die Regime – im Gegensatz zu staatlichen Rechtsordnungen<sup>25</sup> – schon konzeptionell nicht als vollständige, in sich abgeschlossene Rechtsordnungen verstanden werden können, die potenziell für jedes Rechtsproblem, das sich im Rahmen einer einschlägigen Transaktion stellen kann, eine Lösung bereithielten.<sup>26</sup> Dies lässt sich bereits an Detailfragen festmachen: So treffen beispielsweise die ERA 600 keine Regelung zu der Frage, unter welchen Bedingungen die Akkreditivbank eine Zahlung verweigern darf, wenn sie Zweifel an der Echtheit der vorgelegten Dokumente hegt.<sup>27</sup> Auch trifft Art. 36 der ERA 600 zwar eine Regelung zum Haftungsausschluss bei höherer Gewalt, doch enthalten die ERA 600 keine Anspruchsgrundlage, auf die sich eine solche Haftung überhaupt stützen könnte.<sup>28</sup> Die Musterverträge von LMA und ISDA wiederum enthalten keine Ausführungen dazu, unter welchen Umständen sich beispielsweise die Ausübung vertraglich vorgesehener Kündigungsrechte als rechtsmissbräuchlich darstellen kann, obschon solche Konstellationen immer wieder streitig werden.<sup>29</sup> Ebenso wenig finden sich in den ERA oder den Musterdokumenten von LMA und ISDA Ausführungen zu allgemeinen vertragsrechtlichen Fragen wie der Behandlung von Willensmängeln bei Vertragsschluss, den konkreten Rechtsfolgen von Leistungsstörungen oder der Verjährung von Ansprüchen.<sup>30</sup> Auch Festlegungen zur Fähigkeit, entsprechende Verträge wirksam abschließen zu können (Rechts- und Geschäftsfähigkeit, Stellvertretung etc.), sucht man vergebens. Gleiches gilt für die rechtliche Ausgestaltung von Vermögens- und Eigentumsrechten,<sup>31</sup> obschon diese etwa von den Bestimmungen der LMA- und ISDA-Musterdokumente zur Stellung von Sicherheiten ohne Weiteres vorausgesetzt werden. Trotz des hohen Detailgrades der Musterdokumente bleiben

---

<sup>25</sup> Auch für diese gilt die These der Vollständigkeit der Rechtsordnung freilich allenfalls in der Theorie; vgl. dazu *Dalhuisen*, in: FS Horn (2006), 931, 938; *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 119 f.

<sup>26</sup> *Horn*, *Das Recht der internationalen Anleihen* (1972), 496; *Bucher*, in: Schwind (Hrsg.), *Aktuelle Fragen zum Europarecht aus der Sicht in- und ausländischer Gelehrter* (1986), 11, 40 ff.; *Basedow*, in: FS Horn (2006), 229, 238 f. Vgl. auch *Boggiano*, *RdC* 170 (1981), 11, 52 ff.

<sup>27</sup> *Levit*, *Emory L. J.* 57 (2008), 1147, 1178 f.; *Wai*, *Law & Contemp. Probs.* 71 (2008), 107, 127; *Collins*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 121, 127 f. Vgl. auch *von Bar*, *ZHR* 152 (1988), 38, 49.

<sup>28</sup> Vgl. *Basedow*, *The Law of Open Societies* (2015), 105.

<sup>29</sup> Vgl. *Renner*, in: FS Hopt (2020), 993, 995 ff.

<sup>30</sup> Vgl. speziell zu den ERA *Schützel/Vorpeil*, *Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr* (7. Aufl. 2016), 23; allgemein *Buck-Heeb/Dieckmann*, *Selbstregulierung im Privatrecht* (2010), 152; *Collins*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 121, 138.

<sup>31</sup> Vgl. *C. Möllers*, in: ARSP-Beiheft 79 (2001), 41, 51, Fn. 60; *Wai*, *Colum. J. Transnat'l L.* 40 (2002), 209, 265 f.



diese also in vielerlei Hinsicht unvollständig. Kommen im Rahmen einer Transaktion (vertrags-)rechtliche Fragen allgemeiner Art auf, muss zu deren Beantwortung auf eine Auffangordnung – in aller Regel auf ein staatliches Recht – zurückgegriffen werden.<sup>32</sup> Dem wird in der Vertragspraxis vor allem durch die Verwendung von Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln Rechnung getragen.<sup>33</sup> Doch selbst wenn Schiedsklauseln verwendet werden, greifen die zur Streitbeilegung berufenen privaten Schiedsgerichte in ihrer Entscheidungsfindung fast immer – wenngleich mit gewisser Flexibilität<sup>34</sup> – auch auf staatliche Rechtsvorschriften zurück.<sup>35</sup> Es bestehen zwar durchaus Ansätze zur Systematisierung und Vervollständigung eines Allgemeinen Vertragsrechts auf transnationaler Ebene – etwa in Form der von Expertengruppen formulierten UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts<sup>36</sup> und Principles of European Contract Law<sup>37</sup> oder der Sammlung transnationaler Rechtsprinzipien im Rahmen des „Trans-Lex“-Projekts an der Universität zu Köln<sup>38</sup> –, doch stoßen diese Projekte in der Praxis bislang auf nur geringe Resonanz.<sup>39</sup> Bis auf Weiteres bleibt also der Rückgriff auf staatliches Recht unverzichtbar, um den transnationalen Ordnungsrahmen der Regime von ICC, LMA und ISDA zu ergänzen.<sup>40</sup>

<sup>32</sup> *Shaffer*, Conn. L. Rev. 42 (2009), 147, 169; *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht (2010), 152; *Collins*, in: Eidenmüller (Hrsg.), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution (2013), 121, 138.

<sup>33</sup> Zur LMA *Estevan de Quesada/Renner*, ERCL 13 (2017), 164, 177, 181 ff.; *Renner*, ZBB 2018, 278, 281; zur ISDA *C. Baker*, Notre Dame L. Rev. 85 (2010), 1287, 1369 f.; *Biggins*, GLJ 13 (2012), 1297, 1298, 1316 ff.; *Cuniberti*, Colum. J. Transnat'l L. 52 (2013), 369, 375, 377 f. Allgemein *Basedow*, in: FS Horn (2006), 229, 238; *Rühl*, in: Bork/Eger/H.-B. Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts (2009), 335, 362.

<sup>34</sup> Deshalb das Unvollständigkeitsargument bezüglich der *lex mercatoria* relativierend *Gaillard*, Arb. Int'l 17 (2001), 59, 66; ähnlich *Bonell*, RabelsZ 42 (1978), 485, 498.

<sup>35</sup> *Böckstiegel*, Arb. Int'l 28 (2012), 577, 579; *Basedow*, The Law of Open Societies (2015), 112 f. Für eine empirische Untermauerung dieser Beobachtung siehe *Drahozal*, Notre Dame L. Rev. 80 (2005), 523, 536 ff.; *Drahozal*, Penn St. L. Rev. 113 (2009), 1031, 1036 ff.

<sup>36</sup> In diesem Zusammenhang insbesondere *Michaels*, RabelsZ 73 (2009), 866, 885 ff. Siehe auch *Berger*, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria (2. Aufl. 2010), 180 ff.; *Berger*, Unif. L. Rev. 19 (2014), 519.

<sup>37</sup> Siehe hierzu *Berger*, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria (2. Aufl. 2010), 234 ff.

<sup>38</sup> Abrufbar unter <[https://www.trans-lex.org/principles/of-transnational-law-\(lex-mercatoria\)](https://www.trans-lex.org/principles/of-transnational-law-(lex-mercatoria))>; siehe dazu auch *Berger*, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria (2. Aufl. 2010), 270 ff.; *Berger*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht (2012), 119, 127 ff.

<sup>39</sup> Vgl. etwa *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht (2010), 153 f. Für eine umfassende Übersicht derartiger „Kodifikationsprojekte“ siehe *Berger*, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria (2. Aufl. 2010), 151 ff.

<sup>40</sup> Dies gilt auch dann, wenn man berücksichtigt, dass der Gedanke „vollständiger“ Rechtsordnungen vor allem der kontinentaleuropäischen, kodifikationsbezogenen Sichtweise ent-



#### 4. Eingeschränkte Verbindlich- und Durchsetzbarkeit

Die Regelungsvorgaben der ICC, LMA und ISDA können des Weiteren schon nach dem eigenen Selbstverständnis allein aus sich heraus keine formale Verbindlichkeit begründen.<sup>41</sup> So bestimmt etwa Art. 1 der ERA 600, dass die Richtlinien nur auf solche Verträge Anwendung finden, die auf die ERA verweisen.<sup>42</sup> LMA und ISDA bezeichnen ihre Musterdokumente ausdrücklich als unverbindliche Empfehlung, die nur den Ausgangspunkt für Vertragsverhandlungen bilden („starting point for negotiations only“).<sup>43</sup> Wenngleich der ökonomische und soziale Anreiz zum *opt-in* für Marktteilnehmer sehr hoch sein und durch informelle Faktoren noch verstärkt werden kann,<sup>44</sup> entfalten die von ICC, LMA und ISDA erzeugten Primärnormen als solche keine zwingende Wirkung für die angesprochenen Regelungsadressaten. Auch die eigenen Streitbeilegungsmechanismen der Organisationen, namentlich das DOCDEX-Verfahren der ICC und das Determinations Committee-Verfahren der ISDA, bedürfen der Zustimmung der Vertragsparteien und sind zudem nicht schon von sich aus auf vollstreckbare Entscheidungen ausgelegt.

Die Möglichkeit einer erforderlichenfalls auch zwangsweisen Durchsetzung der in den Musterdokumenten von ICC, LMA und ISDA vorgesehenen Vertragsrechte und -pflichten wird daher zum jetzigen Stand erst durch Rückkopplung des jeweiligen Einzelvertrages an mit einem Hoheitsanspruch unterlegtes staatliches Recht gewährleistet. Richtig ist zwar, dass die zwangsweise Durchsetzung von Verträgen, zumal im professionellen Wirtschaftsverkehr, die Ausnahme und nicht die Regel bildet.<sup>45</sup> Doch dürfte dies nicht unwesentlich damit zusammenhängen, dass schon das bloße Vorhandensein der Möglichkeit eines Rückgriffs

---

stammt. Es ist zwar zutreffend, dass potenzielle „Vollständigkeit“ auch, wie in der Tradition des Common Law, durch ein Präjudizienystem gewährleistet werden kann; vgl. *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge (2006), 257 f.; *Berger*, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria (2. Aufl. 2010), 85 ff. Doch ist auf der transnationalen Ebene selbst auch ein solches System allenfalls erst im Entstehen begriffen.

<sup>41</sup> Vgl. allgemein *Rühl*, in: Bork/Eger/H.-B. Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts (2009), 335, 361; *Rühl*, Statut und Effizienz (2011), 68.

<sup>42</sup> Dies unterstreicht auch *Collins*, in: Eidenmüller (Hrsg.), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution (2013), 121, 133.

<sup>43</sup> So stellt etwa die LMA all ihren Musterdokumenten den Hinweis voran: „For the avoidance of doubt, this document is in a non-binding, recommended form. Its intention is to be used as a starting point for negotiation only. Individual parties are free to depart from its terms and should always satisfy themselves of the regulatory implications of its use.“ Vgl. zur ISDA *Biggins/Scott*, EBLR 13 (2012), 309, 326.

<sup>44</sup> Vgl. am Beispiel der ERA *Snyder*, Ohio St. L. J. 64 (2003), 371, 410 f.

<sup>45</sup> Grundlegend zu möglichen außerrechtlichen Gründen hierfür *Macaulay*, Am. Soc. R. 28 (1963), 55 ff.; vgl. auch *Wai*, Law & Contemp. Probs. 71 (2008), 107, 119.

auf staatliche Zwangsdurchsetzungsmechanismen einen starken Anreiz zur freiwilligen Regelbefolgung setzt.<sup>46</sup> Selbst bei Einbeziehung privater Schiedsgerichte gilt nichts anderes, da auch deren Effektivität erst vor dem Hintergrund der durch das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1958 (UNÜ) nahezu weltweit gewährleisteten Anerkennung und Vollstreckbarkeit vor staatlichen Gerichten verständlich wird.<sup>47</sup> Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit der Primärregeln der Vertragsrechtsregime von ICC, LMA und ISDA zehren daher vom „Schatten des staatlichen Rechts“,<sup>48</sup> dessen Institutionen für diesen Zweck gezielt einbezogen werden.

### 5. Negative Netzwerkeffekte

Netzwerkeffekte tragen, wie bereits gezeigt, auch inhaltsunabhängig zur Akzeptanz und Verbreitung der Musterdokumente der ICC, LMA und ISDA bei und erhöhen hierdurch die Attraktivität der transnationalen Vertragsrechtsregime.<sup>49</sup> Sie können sich allerdings auch negativ auswirken und dazu führen, dass ein einmal etablierter Regelungsstandard auch dann erhalten bleibt, wenn es sich nicht oder nicht mehr um das beste Ordnungsangebot handelt. Zwar bietet die Tatsache, dass sich ein Musterdokument überhaupt marktweit durchgesetzt hat, eine gewisse Richtigkeitsgewähr und ist davon auszugehen, dass ein den Bedürfnissen der Praxis überhaupt nicht mehr entsprechender Regelungsstandard sich nicht längerfristig würde halten können.<sup>50</sup> Eine gewisse Pfadabhängigkeit wird sich aber unvermeidbar einstellen, etwa weil Marktteilnehmer auf die Prüfung von Alternativen verzichten,<sup>51</sup> die mit einer Umstellung auf ein anderes Muster-

<sup>46</sup> Ausführlich und mit weiteren Nachweisen zu dieser Perspektive *Galanter*, JLP 19 (1981), 1, 2 ff. Grundlegend zu dieser „Hintergrundfunktion“ des staatlichen Rechts *Mnookin/Kornheuser*, Yale L. J. 88 (1979), 950 ff.

<sup>47</sup> Vgl. *Mustill*, Arb. Int'l 4 (1988), 86, 89 f.; *Wai*, Colum. J. Transnat'l L. 40 (2002), 209, 267; *Schroeder*, in: Jb. J. ZivRWiss. 2002 (2003), 257, 268 f.; *Basedow*, in: FS Horn (2006), 229, 240 f.; *Basedow*, The Law of Open Societies (2015), 112 f.; *Symeonides*, Am. J. Comp. L. 54 (2006), 209, 210; *Calliess* u. a., in: Hurrelmann u. a. (Hrsg.), Zerfasert der Nationalstaat? (2008), 143, 165; *Hadfield*, in: Ménard/Shirley (Hrsg.), Handbook of New Institutional Economics (2008), 175, 199; *Hess*, The Private-Public Divide in International Dispute Resolution (2018), 226.

<sup>48</sup> Diese Formulierung geht zurück auf *Mnookin/Kornheuser*, Yale L. J. 88 (1979), 950. Vgl. auch *Wai*, Law & Contemp. Probs. 71 (2008), 107, 119; *Jarass*, Privates Einheitsrecht (2019), 91 f. Allein schon aufgrund dieser Rückbindung den Rechtscharakter privater Regelsetzung verneinend *Engler*, Private Regelsetzung (2017), 38 ff.

<sup>49</sup> Dazu oben § 1 II. 5. c) ff) (S. 90 f.).

<sup>50</sup> Vgl. *Engert*, Rechtswissenschaft 2014, 301, 316.

<sup>51</sup> Vgl. *Kahan/Klausner*, Va. L. Rev. 83 (1997), 713, 721, unter Verweis auf das Modell der

dokument verbundenen Wechselkosten scheuen<sup>52</sup> oder nicht langfristig denken.<sup>53</sup> Ab einer gewissen Größe des Verwendernetzwerks kann sich zudem eine „rationale Apathie“ einstellen, unter der Marktteilnehmer die Entscheidungen der regelsetzenden Institutionen unbesehen billigen oder sogar billigen müssen, um nicht aus dem Markt verdrängt zu werden.<sup>54</sup> Hierdurch kann es zu Wettbewerbsverzerrungen kommen, etwa wenn einzelnen Marktteilnehmern der Zugriff auf die Musterdokumente gezielt verwehrt wird oder wenn Musterdokumente einseitig zugunsten von Vertragsparteien mit typischerweise größerer Verhandlungsmacht ausgestaltet werden.<sup>55</sup> Folge kann das Festhalten an einem suboptimalen Standard (falscher Standard), der Verzicht auf sinnvolle Differenzierungen (Überstandardisierung) oder das Festhalten an überflüssigen Differenzierungen (Unterstandardisierung) sein.<sup>56</sup> Zu diesen Effekten können auch beratende Anwaltskanzleien beitragen, etwa wenn sie aufgrund eigener Kostenerwägungen dazu neigen, ihnen bereits vertraute Standards den für die Bedürfnisse der Mandanten womöglich besser geeigneten Alternativen vorzuziehen.<sup>57</sup> Auch in der Verhandlungssituation kann das Vorhandensein eines marktweit etablierten Standards nicht nur als lösungsfördernder fokaler Punkt dienen,<sup>58</sup> sondern in Verbindung mit urteilsverzerrenden Heuristiken wie der Überbewertung des Status quo,<sup>59</sup> Ankereffekten,<sup>60</sup> Bestätigungsfehlern<sup>61</sup> oder einem Konformitätsbias<sup>62</sup>

---

Informationskaskade nach *Banerjee*, Q. J. Econ. 107 (1992), 797; *Bikhchandani/Hirshleifer/Welch*, J. Political Econ. 100 (1992), 992 ff.

<sup>52</sup> Vgl. *Kahan/Klausner*, Va. L. Rev. 83 (1997), 713, 727 ff.; *Engert*, AcP 213 (2013), 321, 326 f.; *Engert*, Rechtswissenschaft 2014, 301, 329 f.; *Awrey*, RBFL 34 (2014), 183, 197 f.

<sup>53</sup> Vgl. *Engert*, Rechtswissenschaft 2014, 301, 328.

<sup>54</sup> Vgl. *G. Bachmann*, Private Ordnung (2006), 224.

<sup>55</sup> Vgl. *Kansaku*, in: Murakami/Marutschke/Riesenhuber (Hrsg.), Globalisierung und Recht (2007), 141, 146.

<sup>56</sup> *Kahan/Klausner*, Wash. U. L. Rev. 74 (1996), 347, 352 f.; *Kahan/Klausner*, Va. L. Rev. 83 (1997), 713, 734 f.; *Engert*, AcP 213 (2013), 321, 328, 340 f.

<sup>57</sup> *Kahan/Klausner*, Wash. U. L. Rev. 74 (1996), 347, 353 ff. Vgl. zum parallel gelagerten Problem der inhaltsunabhängigen Bevorzugung heimischen Rechts durch Rechtsanwälte *Base-dow*, in: FS Horn (2006), 229, 242.

<sup>58</sup> Siehe dazu oben § 1 II. 5. c) gg) (S. 92).

<sup>59</sup> Vgl. *Kahan/Klausner*, Wash. U. L. Rev. 74 (1996), 347, 359 ff.; *Korobkin*, Cornell L. Rev. 83 (1998), 608 ff.; *Rühl*, Statut und Effizienz (2011), 74. Grundlegend zum Status quo-Bias *Samuelson/Zeckhauser*, J. Risk Uncertain. 1 (1988), 7 ff.

<sup>60</sup> *Kahan/Klausner*, Wash. U. L. Rev. 74 (1996), 347, 362 f. *Rühl*, Statut und Effizienz (2011), 74 f. Grundlegend zu Ankereffekten *Northcraft/Neale*, Org. Behav. Hum. Decis. Process. 39 (1987), 84 ff.

<sup>61</sup> Grundlegend zu Bestätigungsfehlern *Hastorf/Cantril*, J. Abnorm. Psychol. 49 (1954), 129 ff.; ausführlicher Überblick bei *Nickerson*, Rev. Gen. Psychol. 2 (1998), 175 ff.

<sup>62</sup> *Kahan/Klausner*, Wash. U. L. Rev. 74 (1996), 347, 363 f.; *Rühl*, Statut und Effizienz

zum Festhalten an defizitären Regelungen führen.<sup>63</sup> Für solche Fälle des Marktversagens erscheint schon aus ökonomischen Gründen<sup>64</sup> und aus Verwendersicht die Möglichkeit eines komplementären Rückgriffs auf das staatliche Recht zur einhegenden Kontrolle und gegebenenfalls Korrektur grober Fehlentwicklungen auf der transnationalen Regelungsebene angezeigt, beispielsweise im Wege der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen oder unter Rückgriff auf kartellrechtliche Verbote des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.<sup>65</sup>

## 6. Legitimation

Die am häufigsten und schärfsten vorgetragene Kritik an transnationalen Ordnungsregimen schließlich betrifft den Gesichtspunkt der Legitimation. In diesem Sinne hatte schon *Hans Großmann-Doerth* vor den Gefahren eines „selbstgeschaffenen Rechts der Wirtschaft“ gewarnt, das von Machtungleichgewichten und einseitiger Interessenvertretung geprägt sei.<sup>66</sup> An diese Erwägung knüpfen auch Anhänger verschiedener Spielarten normativer Rechtstheorien an, die transnationalen Ordnungsarrangements unter anderem aufgrund des Vorwurfs fehlender Legitimation von vornherein den Rechtscharakter absprechen wollen.<sup>67</sup> Hierbei werden aber bisweilen verschiedene Gesichtspunkte vermengt, die der Differenzierung bedürfen.

### a) Relevanz

Legitimation ist zunächst eine ethisch-soziologische Kategorie, die sich auf die Rechtfertigungsbedürftigkeit und Anerkennungswürdigkeit von Regeln bezieht, die kollektive Verbindlichkeit beanspruchen.<sup>68</sup> Aus systemtheoretischer Beob-

---

(2011), 75. Grundlegend zum Konformitätsbias *Asch*, in: Guetzkow (Hrsg.), *Groups, Leadership and Men* (1951), 177 ff.

<sup>63</sup> *Rühl*, in: Bork/Eger/H.-B. Schäfer (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts* (2009), 335, 365 f.; *Rühl*, *J. Priv. Int'l L.* 6 (2010) 59, 88 ff.; *Rühl*, *Statut und Effizienz* (2011), 73 ff.

<sup>64</sup> Zum hiervon zu unterscheidenden, aber ebenfalls von möglichen Fällen des Marktversagens betroffenen Aspekt der Legitimation unten § 2 II. 6. b) cc) (S. 149 ff.).

<sup>65</sup> Im deutschen Recht nach Art. 102 AEUV und § 19 GWB; vgl. *Hellgardt*, *RabelsZ* 82 (2018), 654, 694. Allgemein zur möglichen kartellrechtlichen Relevanz privater Anbieter von Rechtsregeln *Snyder*, *Ohio St. L. J.* 64 (2003), 371, 444; *Black/Rouch*, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 2 (2008), 218, 224; *Calliess*, in: Zimmermann (Hrsg.), *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung* (2016), 167, 187.

<sup>66</sup> *Großmann-Doerth*, *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht* (1933), 5 f.

<sup>67</sup> In diese Richtung etwa von *Bogdandy/Dellavalle*, *Transnat'l Legal Theory* 4 (2012), 59, 77 ff.; *Habermas/von Bogdandy*, *ZaöRV* 73 (2013), 295, 303.

<sup>68</sup> *Viellechner*, *Transnationalisierung des Rechts* (2013), 64 f., 209. Ausführlich zu verschie-

achterperspektive ist dieser Gesichtspunkt keine notwendige Eigenschaft von Recht. Sehr wohl kann er aber in den für die interne Rechtsgeltung maßgeblichen Sekundärnormenprogrammen einzelner Rechtsordnungen verankert sein – und ist dies in der Realität auch in ganz erheblichem Umfang.<sup>69</sup> Für transnationale Vertragsrechtsregime wie diejenigen von ICC, LMA und ISDA bleibt dies nicht ohne Konsequenzen: Sie müssen zwar nicht begriffsnotwendig bestimmte legitimationsstiftende Elemente vorhalten, um theoretisch als transnationale rechtliche Bereichsordnungen gedeutet werden zu können. Sie werden jedoch nur dann Aussicht auf praktische Anerkennung ihres Geltungsanspruchs durch potenzielle Regelungsadressaten einerseits sowie staatliche Rechtsordnungen und andere funktionale Bereichsordnungen andererseits haben, wenn sie von diesen als hinreichend anerkennungswürdig wahrgenommen werden. Damit wird Legitimation, wenn schon nicht zur Existenz-, so doch zumindest zur faktischen Erfolgsbedingung transnationaler Bereichsordnungen, an welcher deren Architekten ein genuines Eigeninteresse haben.<sup>70</sup>

### b) Maßstab

An diese Feststellung schließt sich die Frage nach einem passenden Legitimationsmaßstab an. In Nationalstaaten westlicher Prägung spiegelt sich das Legitimationsideal rechtlicher Ordnung in erster Linie in den Verfassungsprinzipien von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit sowie der Bindung an Grund- und Menschenrechte wider (vgl. etwa Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG);<sup>71</sup> entsprechende Strukturprinzipien lassen sich zumindest in Ansätzen auf der supranationalen Ebene der EU beobachten (vgl. Art. 2 EUV).<sup>72</sup> Von einigen Autoren wird eine sinngemäße Übertragung dieser öffentlich-rechtlich konnotierten Legitimationskriterien auch auf transnationale Ordnungsphänomene vorgeschlagen.<sup>73</sup> Ein

---

denen Legitimationskonzepten *G. Bachmann*, *Private Ordnung* (2006), 159 ff.; *G. Bachmann*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Privates Recht* (2012), 207, 213 ff.; *Engler*, *Private Regelsetzung* (2017), 127 ff.

<sup>69</sup> Das gilt insbesondere für demokratische Rechtsordnungen; vgl. zur Vermutung einer Überlappung rechtlicher Normen und ethischer Standards in demokratischen Gesellschaften von *Bogdandy*, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts* (2022), 156.

<sup>70</sup> *Schanze*, in: Zumbansen/Calliess (Hrsg.), *Law, Economics and Evolutionary Theory* (2011), 335, 338 f. Vgl. auch *Jud*, JBl 2006, 695, 702; am Beispiel multinationaler Unternehmen *Horn*, *RabelsZ* 44 (1980), 423, 446; *Parella*, in: P. Berman (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism* (2020), 769, 770 ff.

<sup>71</sup> Vgl. *Augsberg*, *Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft* (2003), 81 ff.; *Viellechner*, *Transnationalisierung des Rechts* (2013), 65 ff., 209.

<sup>72</sup> Art. 2 EUV gar als europäischen Verfassungskern deutend von *Bogdandy*, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts* (2022), 158 ff.

<sup>73</sup> In diese Richtung gehen vor allem die Ansätze des *Global Administrative Law* und des



solcher Ansatz scheint jedoch zumindest für die im Mittelpunkt dieser Untersuchung stehenden transnationalen Vertragsrechtsregime von ICC, LMA und ISDA nur bedingt geeignet. *Erstens* sind die einschlägigen Verfassungsprinzipien auch im Nationalstaat und auf supranationaler Ebene auf die Ausübung zwangsbewehrter Hoheitsgewalt und nicht unmittelbar auf die Gestaltung von Privatrechtsverhältnissen bezogen.<sup>74</sup> Die Ordnungsregime von ICC, LMA und ISDA aber sind genuin auf den Vertragsmechanismus zugeschnitten sowie jedenfalls im Grundsatz und in Bezug auf ihre unmittelbaren Regelungsadressaten auf eine freiwillige Befolgung in Form eines *opt-in* angewiesen; eine Wahl, die staatliche wie auch supranationale Gesetzgeber den Regelungsunterworfenen grundsätzlich nicht oder nur begrenzt lassen.<sup>75</sup> Überdies ist der jeweilige Geltungsanspruch der untersuchten Vertragsrechtsregime schon aufgrund seiner Bereichsspezifität weniger weitgehend als der hoheitliche Regelungsanspruch staatlicher und supranationaler Rechtssetzer,<sup>76</sup> und wird ein Handeln im Dienste eines umfassend verstandenen Gemeinwesens gar nicht erst behauptet. *Zweitens* werden die angesprochenen Legitimationsideale auch von zahlreichen nationalstaatlichen Rechtsordnungen keineswegs eingehalten, ohne dass allein deshalb deren Legitimation aus der Sicht anderer staatlicher Rechtsordnungen grundsätzlich in Frage gestellt würde.<sup>77</sup> Das lässt an der Universalisierbarkeit der Maßstäbe sowie an

---

*International Public Law*. Zu Ersterem *Kingsbury/Krisch/Stewart*, *Law & Contemp. Probs.* 68 (2005), 15; *Kingsbury*, *EJIL* 20 (2009), 23 ff.; zu Letzterem von *Bogdandy/Goldmann/Venzke*, *EJIL* 28 (2017), 115 ff., welche allerdings an der Differenzierung zwischen privat und öffentlich festhalten und ihren Ansatz nur auf solche Institutionen anwenden wollen, die für sich beanspruchen, im Dienste des Gemeinwohls zu handeln. Übersicht zu diesen und verwandten Ansätzen bei *Hanschmann/Wihl*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts* (3. Aufl. 2020), 323, 336 ff. Für einen menschenrechtlichen Ansatz bezogen auf das ISDA-Regime siehe *Horst*, *AVR* 53 (2015), 461, 491 ff.; *Horst*, *Transnationale Rechtserzeugung* (2019), 187 ff.

<sup>74</sup> Vgl. *C. Möllers*, in: *ARSP-Beiheft* 79 (2001), 41, 59; *Engler*, *Private Regelsetzung* (2017), 129. Diese Differenzierung teilen grundsätzlich auch von *Bogdandy/Goldmann/Venzke*, *EJIL* 28 (2017), 115 ff.

<sup>75</sup> Auch wenn das staatliche Privatrecht partei- und privatautonome Gestaltungen in erheblichem Umfang zulässt, stellt es den Regelungsunterworfenen nicht frei, ob sie überhaupt der staatlichen Privatrechtsordnung, insbesondere deren (international) zwingenden Elementen unterworfen sein wollen.

<sup>76</sup> Vgl. zu diesem Aspekt *Maurer*, *Lex Maritima* (2012), 104 f.

<sup>77</sup> Dies zeigt sich etwa daran, dass in nahezu allen staatlichen Rechtsordnungen die kollisionsrechtliche Rechtswahl des staatlichen Rechts auch solcher Staaten anerkannt wird, die diktatorische und totalitäre Züge aufweisen; vgl. hierzu *Dalhuisen*, *Berkeley J. Int'l L.* 24 (2006), 129, 171; *Calliess*, in: *Riesenhuber/Takayama* (Hrsg.), *Rechtsangleichung* (2006), 109, 116; *Maurer*, *Lex Maritima* (2012), 166; *Hellgardt*, *RabelsZ* 82 (2018), 654, 682 f.; siehe auch noch unten § 4 II. 2. (S. 202 f.). (Rechts-)Politische Kritik an diesen Rechtsordnungen schließt dies freilich nicht aus.



deren pauschaler Übertragbarkeit auf transnationale Ordnungsstrukturen durchaus zweifeln – zumal selbst in demokratischen Staaten zahlreiche der (fort-)geltenden Rechtsregeln zumindest in ihrer Substanz *de facto* nur eingeschränkt auf dem überkommenen Ideal demokratischer Deliberation beruhen und nicht selten vom zur Rechtsetzung berufenen Parlament ohne nennenswerte Änderungen beschlossen werden, nachdem die wesentliche inhaltliche Ausgestaltung zuvor innerhalb von Expertengruppen und Ministerialbürokratien erfolgt ist.<sup>78</sup> Dies gilt erst recht für die Rechtsetzungsmechanismen des Völkerrechts, die nationalen Parlamenten oft nur noch die Wahl zwischen „ja oder nein“ zu einem typischerweise schon auf Exekutivebene zwischenstaatlich ausgehandelten Vorschlag lassen.<sup>79</sup> *Drittens* fehlt es auf der nicht mehr nur territorial geordneten, sondern zunehmend auch in gesellschaftliche Funktionsbereiche ausdifferenzierten transnationalen Ordnungsebene – in Ermangelung eines „Weltstaates“ oder einer einheitlich organisierten kosmopolitischen Weltbürgerschaft mit einem Mindestmaß an kollektiver Identität<sup>80</sup> – bislang an geeigneten Institutionen und repräsentativen Foren, in welchen sich, äquivalent zur nationalen und in Ansätzen auch supranationalen Ebene, die Bildung eines gesamtgesellschaftlichen, grenz- und bereichsübergreifenden demokratischen (Mehrheits-)Willens überhaupt vollziehen könnte.<sup>81</sup>

Anstelle der an die Ausübung unmittelbarer Hoheitsgewalt angelegten, öffentlich-rechtlich geprägten Legitimationskriterien Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Grund- und Menschenrechtsbindung bietet sich für transnationale Vertragsrechtsregime wie diejenigen von ICC, LMA und ISDA angesichts ihres grundsätzlich auf Freiwilligkeit und rechtliche Gleichordnungsverhältnisse angelegten Charakters zumindest als Ausgangspunkt eher das privatrechtliche Legitimi-

---

<sup>78</sup> Beispiele hierfür bei *Calliess*, in: Riesenhuber/Takayama (Hrsg.), *Rechtsangleichung* (2006), 109, 116; *Calliess*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 14 (2007), 469, 477; vgl. auch *Reimann*, in: Verschraegen (Hrsg.), *Rechtswahl* (2010), 1, 26, Fn. 126. Umfassend zur dominierenden Rolle von Regierungsorganen im Rechtsetzungsprozess demokratischer Staaten von *Bogdandy*, *Gubernative Rechtsetzung* (2000).

<sup>79</sup> Vgl. *Fischer-Lescano/Teubner*, *Regime-Kollisionen* (2006), 167 f. Demokratietheoretisch mag man diese Abkehr vom Leitbild des Parlamentarismus auf nationaler und supranationaler Ebene unter Verweis etwa auf die vermittelnde Rolle von politischen Parteien ein Stück weit auffangen können; vgl. von *Bogdandy*, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts* (2022), 258. Auf die transnationale Ebene lässt sich dies aber schon mangels verstetigter (und wählbarer) transnationaler politischer Institutionen und Parteien kaum übertragen.

<sup>80</sup> Das Erfordernis kollektiver Identität knüpft an die Vorstellung von Demokratie als kollektiver Selbstbestimmung an; vgl. hierzu *C. Möllers*, *Gewaltengliederung* (2005), 28 ff.; einschränkend hingegen von *Bogdandy*, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts* (2022), 239 f.

<sup>81</sup> Vgl. *Renner*, *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 243 f.; *Viellechner*, *Transnationalisierung des Rechts* (2013), 213 ff.; *Maurer*, in: *Viellechner* (Hrsg.), *Verfassung ohne Staat* (2019), 187, 195, 204.

onsideal der Autonomie an, das sich zuvörderst an der individuellen Zustimmung der unmittelbaren Regelungsadressaten ausrichtet.<sup>82</sup> Eine solche individuelle Zustimmung gewährleistet aus Sicht des Regelungsadressaten im Regelfall sogar ein höheres Maß an Legitimation als eine über repräsentative demokratische Institutionen vermittelte, für den unmittelbar Betroffenen aber allenfalls mittelbar beeinflussbare Mehrheitsentscheidung.<sup>83</sup>

Das Legitimationsideal der individuellen Zustimmung bedarf allerdings für die untersuchten transnationalen Vertragsrechtsregime in zweifacher Hinsicht der Ergänzung. Zum einen ist der Tatsache Rechnung zu tragen, dass einmal im Markt etablierte Musterdokumente auf die einzelnen Regelungsadressaten einen hohen Verwendungsdruck ausüben können. Die damit möglicherweise einhergehende Einschränkung individueller Zustimmung im Einzelfall kann jedoch durch das maßgeblich von *Gregor Bachmann* herausgearbeitete, ebenfalls autonomiebezogene Kriterium der „Gruppenrichtigkeit“ kompensiert werden. Dieses ist dann verwirklicht, wenn mit der jeweiligen Regel das Gruppenwohl der Regelungsadressaten gefördert wird und die Regelung unter Beteiligung repräsentativer Mitglieder der einschlägigen Gruppe ausgehandelt wurde, weshalb sie auch für alle anderen Gruppenzugehörigen zumindest potenziell zustimmungsfähig wäre.<sup>84</sup> Zum anderen kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Operationen der Vertragsrechtsregime trotz ihrer Bereichs- und Gruppenspezifität mittelbar auch Auswirkungen auf strukturell Schwächere, Dritte oder die Allgemeinheit haben, welche gerade keine autonomiewahrende individuelle oder gruppenvermittelte Zustimmungsmöglichkeit haben.<sup>85</sup> Dem wiederum kann nur durch das zusätzliche Legitimationskriterium einer „gesamtgesellschaftlichen Rückbindung“ des jeweiligen gesellschaftsbereichsspezifischen Ordnungsregimes Rechnung getragen werden.

Wie im Folgenden aufgezeigt wird, sind die ersten beiden autonomiebezogenen Legitimationskriterien – Zustimmung und Gruppenrichtigkeit – in den untersuchten transnationalen Vertragsrechtsregimen selbst bereits in hohem Maße angelegt und vorhanden. Für das dritte Legitimationskriterium einer gesamtgesellschaftlichen Rückbindung aber bedarf es zumindest nach jetzigem Entwicklungsstand unabweisbar der Einbindung staatlicher (Privat-)Rechtsordnungen, in welchen namentlich auch Schwächeren-, Dritt- und Gemeinwohlbelange abge-

<sup>82</sup> Vgl. *Viellechner*, in: *Viellechner* (Hrsg.), *Verfassung ohne Staat* (2019), 11, 21. Umfassend zu diesem Legitimationskonzept *G. Bachmann*, *Private Ordnung* (2006), 172 ff., 181 ff.; *G. Bachmann*, in: *Bumke/Röthel* (Hrsg.), *Privates Recht* (2012), 207, 215 ff.

<sup>83</sup> *Hellgardt*, *RabelsZ* 82 (2018), 654, 683.

<sup>84</sup> Ausführlich *G. Bachmann*, *Private Ordnung* (2006), 206 ff.; *G. Bachmann*, in: *Bumke/Röthel* (Hrsg.), *Privates Recht* (2012), 207, 223 f.

<sup>85</sup> Vgl. *Granovetter*, *Society and Economy* (2017), 44.

bildet und mit potenziell widerstreitenden verkehrsbereichsspezifischen Individual- und Gruppeninteressen in Ausgleich gebracht werden.

*aa) Zustimmung der Regelungsadressaten als Ausgangspunkt*

Ausgangspunkt der Legitimation privatrechtlich geschaffener Regelungen ist zunächst die individuelle Zustimmung durch deren unmittelbare Adressaten.<sup>86</sup> Schon dies scheint zumindest auf den ersten Blick in den transnationalen Vertragsrechtsregimen von ICC, LMA und ISDA verwirklicht. Alle Musterdokumente der Organisationen verstehen sich als unverbindliche Empfehlungen, die grundsätzlich nur dann zum Bestandteil eines Einzelvertrages werden, wenn die beteiligten Vertragsparteien dies wünschen.<sup>87</sup> Gleiches gilt für die Unterwerfung unter die organisationseigenen Begleitmechanismen, etwa die Streitbeilegungsverfahren der DOCDEX-Spruchkörper der ICC und der Determinations Committees der ISDA. Das gesamte „Besondere Vertragsrecht“ des Dokumentenakkreditivs, Konsortialkredits und Kreditderivats bedarf insoweit eines *opt-in* und ist im Grundsatz – schon mangels formaler Hoheitskompetenzen der regelsetzenden Organisationen – in Gänze dispositiv.

*bb) Gruppenrichtigkeit als Korrektiv nach innen*

Die idealtypische Betrachtung der freiwilligen Zustimmung wird allerdings der Tatsache nicht gerecht, dass die regelsetzenden Organisationen und ihre Musterdokumente nebst Begleitmechanismen mittlerweile eine solche Bedeutung für den jeweiligen Geschäftsbereich erlangt haben, dass ihre Verwendung geradezu zur „Geschäftsgrundlage“ für die erfolgreiche Marktteilnahme geworden ist. Insbesondere neu in die Bereiche der Außenhandels- oder Konsortialkreditfinanzierung oder des außerbörslichen Derivatehandels hinzutretenden Akteuren wird kaum etwas anderes übrigbleiben, als sich auf die bereits etablierten und marktbestimmenden Vorgaben der ICC, LMA und ISDA einzulassen. Ein individueller Verzicht auf diese Referenzordnungen bleibt Einzelparteien zwar in der Theorie unbenommen, würde jedoch deren Möglichkeiten einer Marktteilnahme erheblich einschränken. Von einer legitimationsstiftenden individuellen Zustimmung – im Sinne einer durch äußeren Druck unbeeinflussten freien Willensentscheidung – kann unter diesen Umständen nicht mehr oder zumindest nur noch begrenzt ausgegangen werden.

<sup>86</sup> G. Bachmann, *Private Ordnung* (2006), 172 ff., 181 ff., 204 f.; G. Bachmann, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Privates Recht* (2012), 207, 220, 223. Vgl. auch C. Möllers, in: ARSP-Beiheft 79 (2001), 41, 59; Röthel, *JZ* 2007, 755, 756.

<sup>87</sup> Speziell zur ISDA *Biggins/Scott*, *EBLR* 13 (2012), 309, 326; zu den ERA *Collins*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 121, 133.

Dieses mögliche Defizit an individueller Zustimmung und damit einhergehender Legitimation kann indes gruppenintern kompensiert werden, wenn das jeweilige Musterdokument das gemeinsame Gruppenwohl aller Regelungsadressaten fördert, einen angemessenen Ausgleich zwischen den Belangen der jeweils berührten Verkehrskreise herstellt und somit für alle unmittelbar Betroffenen zumindest hypothetisch zustimmungsfähig wäre („Gruppenautonomie“ statt „Individualautonomie“).<sup>88</sup> Ob dies der Fall ist, hängt wesentlich von der Ausgestaltung des Verfahrens der Regelsetzung ab: Nur soweit in diesem alle direkt betroffenen Verkehrskreise repräsentiert sind und sich mit ihren spezifischen Bedürfnissen und Interessen einbringen können, kann davon ausgegangen werden, dass die organisationsintern im Wege eines *second order bargaining* erzielten Verhandlungsergebnisse potenziell von allen unmittelbaren Regelungsadressaten akzeptiert werden können.<sup>89</sup>

In dieser Hinsicht weisen die transnationalen Vertragsrechtsregime von ICC, LMA und ISDA deutliche Parallelen auf. Während die ICC schon länger durch eine breit gestreute, auch multinationale Mitgliederstruktur gekennzeichnet ist, starteten die LMA und ISDA mit nur wenigen Mitgliedern, dabei ausschließlich Banken aus nur wenigen Staaten. Die ersten Fassungen der jeweiligen Musterdokumente wurden sämtlich in kaum transparenten Verfahren von Expertengruppen erarbeitet. Mittlerweile hat sich dieses Bild jedoch gewandelt. Alle Organisationen weisen nunmehr eine zwar branchenbezogene, aber regional und sachlich breit aufgestellte Mitgliederschaft auf, der nahezu alle regelmäßigen professionellen Verwender der Musterdokumente und Begleitmechanismen angehören. Für neu hinzutretende Akteure steht der Zugang zur Mitgliedschaft in den Organisationen nach klar festgelegten Kriterien offen; gegen die Versagung einer Aufnahme stehen zum Teil sogar organisationsinterne formale Beschwerdeverfahren zur Verfügung. Die geschäftsführenden Organe der Organisationen werden jeweils auf den letztentscheidungs befugten Hauptversammlungen aus dem Mitgliederkreis für begrenzte Amtszeiten gewählt. In LMA und ISDA sind hierbei jeweils eine Mindestzahl von Leitungsposten für gegenüber der Bankenseite typischerweise eher unterrepräsentierte Verwenderkreise reserviert; in der ICC wird auf der weltweiten wie auf der nationalen Ebene ausdrücklich auf eine Vertretung verschiedener Branchen und Regionen geachtet. Auch bei der Besetzung von Fachkomitees, die für die Erstellung neuer und die Überarbeitung be-

---

<sup>88</sup> Ausführlich zu diesem Konzept *G. Bachmann*, *Private Ordnung* (2006), 193 ff., 206 ff.; *G. Bachmann*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Privates Recht* (2012), 207, 223 f.; vgl. auch *Maurer*, *Lex Maritima* (2012), 82 f.; *Maurer*, *The Creation of Transnational Law* (2012), 9 ff.

<sup>89</sup> Vgl. *Köndgen*, *AcP* 206 (2006), 477, 522; *Maurer*, *Lex Maritima* (2012), 82 f.; *Maurer*, *The Creation of Transnational Law* (2012), 9 ff.; *Wielsch*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 71, 83.

stehender Musterdokumente eingesetzt werden, wird auf ein Mindestmaß von Branchen- und Marktrepräsentativität Wert gelegt. Zudem stehen in den Regelungsverfahren der Organisationen grundsätzlich allen Mitgliedern Beteiligungsmöglichkeiten zumindest in Form der Gelegenheit zu Stellungnahmen offen. Auch die Tatsache, dass die Organisationsmitglieder zum Teil gar nicht vollumfänglich antizipieren können, auf welcher Vertragsseite der einschlägigen Transaktionsart sie künftig häufiger stehen werden („Schleier des Nichtwissens“), setzt einen zusätzlichen Anreiz, auf ausbalancierte Verhandlungslösungen hinzuwirken.<sup>90</sup> Hinzu kommt, dass die Letztentscheidungskompetenz über die Annahme eines Regelungsentwurfs wiederum bei den jeweiligen Leitungsorganen liegt, die von den Mitgliedern gewählt werden und sich diesen gegenüber verantworten müssen.

In all diesen Vorkehrungen äußert sich das Bemühen der Organisationen, ein Mindestmaß an Ausgewogenheit und damit Zustimmungsfähigkeit für einen möglichst breiten Interessentenkreis zu gewährleisten,<sup>91</sup> auch um damit ihrem jeweiligen Selbstverständnis als Stimmen des gesamten Marktes gerecht zu werden. Dass dieses Unterfangen weitgehend erfolgreich ist, zeigt sich daran, dass die Verwendung der bereitgestellten Musterdokumente nicht nur tatsächlich erfolgt, sondern überdies von verschiedensten repräsentativen Interessenorganisationen befürwortet wird. So sprechen sich beispielsweise auch Vertreter der Kreditnehmerseite wie die Association of Corporate Treasurers für einen Rückgriff auf die Musterverträge der LMA aus<sup>92</sup> und wird die Verwendung der ERA gar ausdrücklich von UNCITRAL empfohlen.<sup>93</sup> Damit wird das etwaige Fehlen einer tatsächlichen und freien individuellen Zustimmung einzelner Regelungsadressaten in zunehmendem Maße durch Elemente der gruppenvermittelten Zustimmung kompensiert. Wenngleich dies weder vollumfänglich noch in allen Vertragsrechtsregimen in gleichem Maße gewährleistet ist, geht die Entwicklung in den Organisationen deutlich dahin, Mechanismen zu stärken, die eine Gruppenrichtigkeit der erarbeiteten Regelwerke sicherstellen und für die unmittelbaren Regeladressaten hinreichende Legitimation auf der Basis von Gruppenautonomie stiften.

---

<sup>90</sup> Renner, ZBB 2018, 278, 288. Die Metapher und das Gedankenspiel des „Schleiers des Nichtwissens“ geht zurück auf Rawls, A Theory of Justice (überarbeitete Aufl. 1999), 118 ff.

<sup>91</sup> Vgl. Schanze, in: Nobel (Hrsg.), International Standards and the Law (2005), 83, 100 f.

<sup>92</sup> Bradley, Fordham Int'l L. J. 29 (2005), 127, 167 f.

<sup>93</sup> UN, Report of the United Nations Commission on International Trade Law, Forty-second session, 29 June-17 July 2009, A/64/17, abrufbar unter <[https://undocs.org/en/A/64/17\(SUPP\)](https://undocs.org/en/A/64/17(SUPP))>, Rn. 356 f. Vgl. hierzu auch Levit, Yale J. Int'l L. 30 (2005), 125, 198, 205 f.; Maurer, Lex Maritima (2012), 73; Schütze/Vorpeil, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr (7. Aufl. 2016), 3 f.



## cc) Gesamtgesellschaftliche Rückbindung als Korrektiv nach außen

Freilich sind und bleiben ICC, LMA und ISDA jedoch privatwirtschaftliche Interessenorganisationen. Sie sehen sich als Repräsentanten bestimmter Branchen, nicht der Gesamtbevölkerung. Ihr Hauptzweck liegt in der Förderung des bereichsspezifischen grenzüberschreitenden Marktaustauschs, nicht eines umfassend verstandenen Gemeinwohls. Die Musterdokumente und Begleitmechanismen verstehen sich als in erster Linie transaktionsermöglichendes (koordinierendes), nicht transaktionsbegrenzendes (regulierendes) Recht.<sup>94</sup>

## (1) Transnationale Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts?

Verwerflich ist all dies im Ausgangspunkt nicht. Es ist gerade das Proprium des Privatrechts, die Verfolgung eigener Interessen zu ermöglichen.<sup>95</sup> Der Vertrag stellt dabei den zentralen Mechanismus dar, um wirtschaftliche Rationalität in der Sprache des Rechts abzubilden.<sup>96</sup> Im Kontext selbstreferenzieller Normgenese über den Vertragsmechanismus in spezifischen Bereichsordnungen und für spezifische Verwendergruppen scheint daher auf den oberflächlichen ersten Blick für eine gesamtgesellschaftliche Rückbindung auch gar kein Bedarf („Vertragsrecht *avant la politique*“).<sup>97</sup> Gerade diese Beobachtung hat bereits zu der Diagnose Anlass gegeben, dass angesichts der wirtschaftlichen Globalisierung eine „Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts“ zu erleben sei.<sup>98</sup> Anknüpfend an das formal-liberale Privatrechtsparadigma des ausgehenden 19. Jahrhunderts, nach welchem sich die Aufgabe des Privatrechts darauf beschränke, durch die Gewährleistung von Vertrags-, Eigentums- und Testierfreiheit den Bürgern eine selbstverantwortliche Gestaltung ihrer Lebensverhältnisse zu ermöglichen,<sup>99</sup> entfalte sich nun auf globaler Ebene ein von den politischen

<sup>94</sup> Die begriffliche Unterscheidung zwischen koordinativer und regulativer Dimension ist angelehnt an *Calliess*, in: Gessner (Hrsg.), *Contractual Certainty in International Trade* (2008), 215, 218 f.; *Calliess/Zumbansen*, *Rough Consensus and Running Code* (2010), 97.

<sup>95</sup> Vgl. schon die klassische Definition *Ulpianus*, nach welcher das öffentliche Recht den Zustand des Gemeinwesens, das Privatrecht hingegen den Nutzen der einzelnen Bürger betreffe: „publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem“; zitiert nach *Hofmann*, *Der Staat* 57 (2018), 5.; siehe auch *Mann*, in: *FS Wahl* (1973), 139, 147.

<sup>96</sup> In *Niklas Luhmanns* Systemtheorie vermittelt der Vertrag die strukturelle Kopplung zwischen Rechtssystem und Wirtschaftssystem; siehe *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft* (1993), 463 f.

<sup>97</sup> Hierzu wie auch zur daran anknüpfenden Kritik *Renner*, *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 235 f.

<sup>98</sup> Vgl. *Mestmäcker*, *RJ* 10 (1991), 177 ff.; ähnlich auch schon *Mestmäcker*, *Rechtstheorie* 20 (1989), 273, 286 ff.

<sup>99</sup> Vgl. *Wieacker*, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Ent-*



und territorialen Fesseln des Nationalstaates befreites, den Prinzipien von formaler Freiheit und Gleichheit verpflichtetes „Weltwirtschaftsrecht“ oder „Weltzivilrecht“.<sup>100</sup>

Allerdings ließ sich schon im nationalstaatlichen Kontext die Erfahrung machen, dass die Freiheit und Gleichheit der Bürger bei einem solchen nur formalen Verständnis oftmals Illusion bleibt und faktisch bestehende Machtasymmetrien und deren potenziell schädliche Auswirkungen übergeht.<sup>101</sup> Kurz gefasst: Nicht jedes Marktergebnis ist automatisch richtig.<sup>102</sup> Das vermeintlich freie Spiel der Kräfte der Privatrechtsgesellschaft kann vielmehr versagen, insbesondere wenn Schwächere beteiligt sind oder individuelle Vorteile zu Lasten Dritter oder der Allgemeinheit gesucht werden. Ökonomisch reformuliert kommt es hierbei zu einem Marktversagen,<sup>103</sup> welches zur Vertiefung wirtschaftlicher Ungleichgewichte und langfristig zur Erosion des gesellschaftlichen Zusammenhalts führen kann. Mit der Entwicklung verschiedener Ausprägungen des Wohlfahrtsstaatsmodells hat sich im Laufe des 20. Jahrhunderts deshalb auch ein schrittweiser Funktionswandel des Privatrechts vollzogen.<sup>104</sup> Als zunehmend ordnungs-, aber auch sozialpolitisch motiviertes Recht dient das staatliche Privatrecht heute nicht mehr nur der Eröffnung privatautonomer Gestaltungsräume und der Rekonstruktion wirtschaftlicher Zielsetzungen, sondern auch der Absicherung der sozialen Vorbedingungen rechtlicher Selbstbestimmung<sup>105</sup> sowie der Rückkopplung wirtschaftlicher an andere gesellschaftliche Rationalitäten, insbesondere durch Korrektur individueller Informations- und Machtungleichgewichte, den Schutz Dritter und die Förderung des Gemeinwohls.<sup>106</sup> Entscheidendes Instrument sind hier-

---

wicklung der modernen Gesellschaft (1953), 9 f.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (2. Aufl. 1967), 481 ff.; *Rehbinder*, JZ 1973, 151, 153.

<sup>100</sup> Vgl. *Mestmäcker*, RJ 10 (1991), 177, 180.

<sup>101</sup> Vgl. schon die Kritik am Entwurf des BGB bei *von Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (1889); *Menger*, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen (5. Aufl. 1927), 150 ff., 175 f. Umfassend hierzu *Reppen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (2001), 3 ff.

<sup>102</sup> *Lehmann*, in: Jb. J. ZivRWiss. 2007 (2008), 25, 36.

<sup>103</sup> Ausführlich zu diesen unterschiedlichen Erscheinungsformen des Marktversagens *Rühl*, Statut und Effizienz (2011), 443 ff.; *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), Regelsetzung im Privatrecht (2019), 165, 170 ff.

<sup>104</sup> Zur Materialisierung des Privatrechts vor dem Hintergrund des im Ausgangspunkt bürgerlich-formalen Sozialmodells des BGB *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (2. Aufl. 1967), 514 ff.; *Wieacker*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung (1974), 24; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 277 ff.

<sup>105</sup> Vgl. *Horn*, AcP 176 (1976), 307, 333.

<sup>106</sup> Vgl. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (2. Aufl. 1967), 539 ff.; *Raiser*, ZHR 143 (1979), 338, 340; *Calliess*, in: Jb. J. ZivRWiss. 2000 (2001), 85, 92. Zur Parallelentwicklung in den USA *Wai*, Colum. J. Transnat'l L. 40 (2002), 209, 232 ff.; zu den insoweit verblei-

bei die zwingenden, der Parteidisposition entzogenen Regeln des Privatrechts, die auf staatlicher Ebene etwa im Wettbewerbs- und Kartellrecht, im Arbeitsrecht und im Verbraucherschutzrecht zu finden sind.<sup>107</sup> Damit einher geht auch eine schleichende Einebnung der traditionellen Abgrenzung zum öffentlichen Recht und der gerade für das deutsche Rechtsdenken paradigmatischen Dichotomie von Staat und Gesellschaft.<sup>108</sup> Schon 1971 zog *Ludwig Raiser* in seinem vielbeachteten Vortrag „Die Zukunft des Privatrechts“ aus dieser Beobachtung den Schluss, dass sich das Privatrecht in seinem Anwendungsfeld auf dem Rückzug befinde und die Vorstellung eines vom öffentlichen Recht abgrenzbaren eigenständigen Systems liberaler Rechtsprinzipien nicht mehr aufrechterhalten werden könne.<sup>109</sup> Diese Prognose sah sich in Deutschland unter anderem in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Ausstrahlung der Grundrechte in das Privatrecht bestätigt („mittelbare Drittwirkung“).<sup>110</sup> Auch das Kollisionsrecht wurde von dieser Entwicklung erfasst.<sup>111</sup> Zwar ist das wünschenswerte Ausmaß dieser zumeist als „Materialisierung“ oder „Konstitutionalisierung“ des Privatrechts bezeichneten Entwicklung Gegenstand anhaltender Kontroversen,<sup>112</sup> worin sich nicht zuletzt auch die fortwährende gesamtgesellschaftliche Auseinandersetzung um das angemessene Verhältnis von Markt und Staat

---

benden Unterschieden zwischen angloamerikanischer und kontinentaleuropäischer Tradition *R. Stürner*, AcP 210 (2010), 105, 130 ff.

<sup>107</sup> Vgl. *Renner*, Zwingendes transnationales Recht (2010), 24, 28 ff.; *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), Regelsetzung im Privatrecht (2019), 165, 166 ff.

<sup>108</sup> *Rehbinder*, JZ 1973, 151, 153. Hingegen an der klaren Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht in Hegelianischer Tradition ausdrücklich festhaltend *von Bogdandy*, Strukturwandel des öffentlichen Rechts (2022), 84 ff., 164 ff.

<sup>109</sup> *Raiser*, Die Zukunft des Privatrechts (1971), 10 ff., 14 ff.

<sup>110</sup> Beispielhaft hierfür steht die Rechtsprechung zu Familienbürgschaften; siehe dazu BVerfGE 89, 214, 232 f. Grundlegend zum Verständnis des Grundrechtekatalogs des Grundgesetzes als objektive Wertordnung, die in alle Bereiche der Rechtsordnung ausstrahle, schon BVerfGE 7, 198, 205.

<sup>111</sup> Vgl. *Rehbinder*, JZ 1973, 151, 153 ff.; *Siehr*, in: FS Jayme (2004), 873, 876 ff.; *Rühl*, in: FS von Hoffmann (2011), 364 ff.; *Basedow*, The Law of Open Societies (2015), 11 f.

<sup>112</sup> Ausführlich und mit umfänglichen Nachweisen zur Debatte *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit (2005), 22 ff.; *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne (2014), 1 f. Kritische Stimmen monieren im „wohlfahrtsstaatlichen Privatrecht“ eine Tendenz zum Paternalismus, welche die angestrebten Steuerungseffekte nicht habe erreichen können und stattdessen durch eine Überpolitisierung die Rechtsstaatlichkeit geschwächt habe; in diese Richtung etwa *Zöllner*, AcP 188 (1988), 85, 97 ff.; *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1 ff.; *Calliess*, in: FS Teubner (2009), 465, 467 ff.; *Maurer*, Lex Maritima (2012), 96 f. Als Alternativmodell wird insoweit unter anderem das Konzept eines schlanken Gewährleistungsstaates und eines prozeduralen Privatrechtsparadigmas vorgeschlagen, wonach sich das staatliche Privatrecht darauf beschränken solle, die Entstehungsbedingungen und Ergebnisse gesellschaftlicher Selbststeuerung und des freien Spiels marktwirtschaftlicher Kräfte zu überprüfen; siehe hierzu *Calliess*,

widerspiegelt. Bei aller Meinungsvielfalt im Detail bleibt jedoch festzuhalten, dass das grundsätzliche Erfordernis von Korrekturmöglichkeiten für Marktergebnisse in Form eines rechtlichen Ordnungsrahmens jedenfalls im juristischen Diskurs kaum mehr ernstlich in Abrede gestellt wird.<sup>113</sup>

Die Diskussion um das gebotene Verhältnis zwischen freier privater Entfaltung und deren Einschränkungen setzt sich nunmehr auch in Bezug auf die transnationale Ordnungsebene fort. Kritische Stimmen erkennen im diagnostizierten vermeintlichen Wiedererstarken der „bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts“ auf globaler Ebene die Gefahren einer Verschärfung wirtschaftlicher Ungleichgewichte sowie einer systematischen Unterwanderung von Gemeinwohlinteressen durch einseitige ökonomische Funktionsimperative.<sup>114</sup> Die Instrumente des Privatrechts würden systematisch von den Privilegierten dieser Welt eingesetzt, um den eigenen Wohlstand abzuschirmen und zum Nachteil der Bevölkerungsmehrheit weiter auszubauen.<sup>115</sup> Daran ist zweifellos richtig, dass die transnationale Rechtsentwicklung bis dato wesentlich enger an das global weithin integrierte Wirtschaftssystem gekoppelt ist als an das ungleich stärker fragmentierte politische System,<sup>116</sup> nicht zuletzt, weil es auf der transnationalen Ebene an gleichwertigen Äquivalenten zu den im nationalen Verfassungsstaat entwickelten Formen politischer Integration fehlt.<sup>117</sup> Die Möglichkeit eines Verlusts der verfassungsrechtlichen Einbettung und Rückkopplung des transnationalen (Wirtschafts-)Rechts an das politische System und die darin verhandelten gesamtgesellschaftlichen Interessen liegt daher alles andere als fern.<sup>118</sup> Wie aber kann unter diesen Umständen auf potenzielle Fehlentwicklungen in der Transnationalisierung des Rechts reagiert werden?

## (2) Entgegensetzung eines transnationalen öffentlichen Rechts?

Denkbar wäre zunächst ein Rückgriff auf in der modernen Völkerrechtswissenschaft entwickelte Ansätze, die der Problematik durch eine normativ angeleitete

---

Prozedurales Recht (1999); *Calliess*, ZfRSoz 21 (2000), 293, 294; *Calliess*, in: Jb. J. ZivRWiss. 2000 (2001), 85, 88 f.; *Renner*, Zwingendes transnationales Recht (2010), 249 f.

<sup>113</sup> Dies gilt auch und gerade für im Übrigen auf Eigenständigkeit des Privatrechts bedachte Autoren; repräsentativ etwa *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht (1997), 35 ff., 44 ff., 51 ff., 119 ff.; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 276 ff.

<sup>114</sup> So vor allem *Cutler*, Private Power and Global Authority (2003), 17 ff., 180 ff., 241 ff. Vgl. auch *Brunkhorst*, Solidarität (2002), 171 ff., 182; *Brunkhorst*, Legitimationskrisen (2012), 143 ff.; *Möller*, KJ 2009, 239, 244 ff.

<sup>115</sup> *Pistor*, The Code of Capital (2019), 209 ff.

<sup>116</sup> *Teubner*, RJ 15 (1996), 255, 279 ff.

<sup>117</sup> Vgl. *Renner*, Zwingendes transnationales Recht (2010), 241 ff.

<sup>118</sup> *Zumbansen*, RabelsZ 67 (2003), 637, 672; vgl. auch *Abbott/Snidal*, J. Eur. Public Policy 8 (2001), 345, 363 f.; *Pistor*, The Code of Capital (2019), 223.

Übertragung der Dichotomie von „privat und öffentlich“ auf die inter- und transnationale Ebene begegnen wollen.<sup>119</sup> Der auf Eigennutz angelegten Sphäre des Privaten und deren *global players* müssten Akteure der globalen Öffentlichkeit – etwa in Form Internationaler Organisationen, aber auch sozialer Bewegungen und Nichtregierungsorganisationen – gegenüberreten, die für die Allgemeinheit und das Gemeinwohl einträten und hierbei in den Handlungsformen eines „inter- oder transnationalen öffentlichen Rechts“ agierten.<sup>120</sup> Obschon sich gerade im Finanzbereich und speziell auf dem Gebiet der Finanzmarktregulierung tatsächlich einige Beispiele zwischenstaatlicher Koordinationsbemühungen ausmachen lassen,<sup>121</sup> erscheint dieser Gedankengang nicht unproblematisch. Die Dichotomie von „privat“ und „öffentlich“ lässt sich schon auf nationaler Ebene kaum aufrechterhalten und ist für die transnationale Ebene umso weniger tauglich, allein schon weil ihre Bedeutung von Rechtsordnung zu Rechtsordnung schwankt.<sup>122</sup> Empirisch fragwürdig erscheint auch die in diesen Ansätzen mitschwingende, ideengeschichtlich vor allem an *Hegel* anknüpfende Vorstellung einer kategorischen Einordnung von Privatgesellschaft (Markt bzw. wirtschaftliche Institutionen) als Sphäre des Egoismus einerseits und Öffentlichkeit (Staat/Verfassung bzw. politische Institutionen) als Sphäre des Altruismus andererseits.<sup>123</sup> Unklar bleibt schließlich – vor allem in praktischer Sicht – der soziale Bezugspunkt von einer einheitlich verstandenen „globalen Öffentlichkeit“:<sup>124</sup> Wer ist hiervon umfasst und welche Akteure dürfen von sich behaupten, für eine solche Öffentlichkeit sprechen zu können, welche nicht?<sup>125</sup> Wer darf mit welchem Gewicht an der

<sup>119</sup> So insbesondere die Ansätze des *Global Administrative Law* und des *International Public Law*. Zu Ersterem *Kingsbury/Krisch/Stewart*, *Law & Contemp. Probs.* 68 (2005), 15; *Kingsbury*, *EJIL* 20 (2009), 23 ff.; zu Letzterem von *Bogdandy/Goldmann/Venzke*, *EJIL* 28 (2017), 115, 134 ff.; bezogen auf das Europarecht von *Bogdandy*, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts* (2022), 84 ff. Übersicht zu diesen und verwandten Ansätzen bei *Hanschmann/Wihl*, in: *Buckel/Christensen/Fischer-Lescano* (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts* (3. Aufl. 2020), 323, 336 ff.

<sup>120</sup> *Hanschmann/Wihl*, in: *Buckel/Christensen/Fischer-Lescano* (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts* (3. Aufl. 2020), 323, 338 f.

<sup>121</sup> Vgl. hierzu etwa *Brummer*, *Soft Law and the Global Financial System* (2. Aufl. 2015), 62 ff.; *Newman/E. Posner*, *Voluntary Disruptions* (2018), 34 ff.

<sup>122</sup> *Juenger*, in: *FS Rittner* (1991), 233, 240.

<sup>123</sup> Kritisch hierzu *Calliess*, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge* (2006), 231. Hingegen explizit in Hegelianischer Tradition von *Bogdandy*, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts* (2022), 84 ff., 164 ff., der allerdings einschränkt, dass private und öffentliche Sphäre stets aufeinander bezogen seien.

<sup>124</sup> Vgl. *Eriksen/Sending*, *International Theory* 5 (2013), 213, 219, 222 ff., die unterscheiden zwischen der universalisierbaren analytischen *Idee* von Öffentlichkeit als Sphäre der Deliberation und dem Nichtvorhandensein universaler Akteure und Institutionen, welche dieser Idee tatsächlich entsprechen.

<sup>125</sup> von *Bogdandy*, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts* (2022), 63 nennt als Beispiel für

eingeforderten Deliberation teilhaben oder auf diese Einfluss nehmen? Inwieweit ist es überhaupt sinnvoll, von einem weltweit einheitlichen Konzept von „Gemeinwohl“ auszugehen?<sup>126</sup> Das politisch verfasste Gemeinwesen, das im nationalstaatlichen und in Ansätzen auch im supranationalen Kontext<sup>127</sup> als Bezugspunkt eines solchen Interessenausgleichs dienen kann sowie entsprechende Foren und Verfahren demokratischer Deliberation bietet, findet auf der globalen Ebene in Abwesenheit eines Weltstaates oder auch nur mit einheitlicher Stimme sprechender, repräsentativer Internationaler Organisationen bis dato schlicht keine Entsprechung.<sup>128</sup> In Zeiten verstärkter politischer Renationalisierung und des hierin zum Ausdruck kommenden schwindenden Vertrauens in zwischenstaatliche Organisationen wird dies bedauerlicherweise immer deutlicher. Insofern erscheint die Idee der Herausbildung eines umfassenden und integrativen transnationalen öffentlichen Rechts als Antwort auf die (vermeintliche) „Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts“ auf der transnationalen Ebene als zumindest zum jetzigen Entwicklungsstand wenig realistische Option.

### (3) Komplementäre Selbst- und Fremdkonstitutionalisierung als Ausweg

Praktikabler erscheint demgegenüber ein Ansatz, welcher der Vielschichtigkeit der Transnationalisierung des Rechts Rechnung trägt und gerade von einer Überwindung vereinfachender dichotomer Betrachtungskategorien wie „öffentlich und privat“ und „national und international“ gekennzeichnet ist.<sup>129</sup> Es sollte nicht in erster Linie darum gehen, der diagnostizierten Form der Transnationalisierung des Rechts etwas „entgegenzusetzen“, sondern diese selbst möglichst durch auch gesamtgesellschaftlich legitimationsstiftende Elemente anzureichern.<sup>130</sup> Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, dass sich transnationale Ordnungsarrangements – auch wenn sie wie die Vertragsrechtsregime von ICC, LMA und ISDA im Kern von privaten Akteuren getragen werden und primär deren bereichsspezifische

---

ein Organ einer zumindest europäischen Öffentlichkeit die Wochenzeitschrift *The Economist*. Bei einer weltweiten Auflage von rund 1,5 Millionen Exemplaren (*ABC, The Economist Worldwide Brand Report (2022)*, abrufbar unter <<https://www.abc.org.uk/Certificates/50612646.pdf>>) und angesichts der deutlich kosmopolitisch und wirtschaftsliberal geprägten Ausrichtung der Zeitschrift erscheint allerdings zweifelhaft, inwiefern ihre Autoren- und Leserschaft als repräsentativ für die Gesamtbevölkerung angesehen werden kann.

<sup>126</sup> Hieran zweifelnd *Bell*, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2. Aufl. 2019), 1251, 1253.

<sup>127</sup> Dazu von *Bogdandy*, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts* (2022), 149 ff.

<sup>128</sup> Vgl. *Renner*, *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 243 f.; *Viellechner*, *Transnationalisierung des Rechts* (2013), 213 ff.

<sup>129</sup> Vgl. *Renner*, *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 227.

<sup>130</sup> Vgl. *Michaels*, in: Zumbansen (Hrsg.), *The Many Lives of Transnational Law* (2020), 441, 451 ff.



Interessen verfolgen<sup>131</sup> – nicht von vornherein ausschließlich auf Eigennutzmaximierung beschränken lassen, sondern zugleich zu Rechtssicherheit sowie Marktstabilität beitragen und hierdurch zumindest mittelbar auch im gesamtgesellschaftlichen Interesse liegende Funktionen erfüllen.<sup>132</sup> In Ansätzen ist in den transnationalen Ordnungsregimen sogar eine Ausbildung eigener wirtschaftsverfassungsrechtlicher Elemente auszumachen (Elemente der Selbstkonstitutionalisierung),<sup>133</sup> was nicht zuletzt daran liegen dürfte, dass die einschlägigen Regelsetzungsorganisationen schon im Dienste der eigenen mittel- und langfristigen Stabilität darauf angewiesen sind, Mechanismen herauszubilden, die geordnete Marktbedingungen gewährleisten, den Ausgleich gegenläufiger Interessen bewirken und eine Integration aller unmittelbar und mittelbar Regelungs-betroffenen leisten können.<sup>134</sup> Dazu gehört etwa die Beteiligung unterschiedlicher Interessengruppen und die Verbesserung der Transparenz der Entscheidungsprozesse<sup>135</sup> ebenso wie das kooperative Eingehen der Organisationen auf von staatlicher Seite vorgetragene Regulierungsanliegen.<sup>136</sup> Mit zunehmender Größe und wachsendem Einfluss des jeweiligen Ordnungsregimes steigen freilich auch die diesbezüglichen Anforderungen.<sup>137</sup> Diese Entwicklung lässt sich insbesondere am Beispiel der ICC beobachten: An den Konsultationen zur Überarbeitung der ERA werden mittlerweile neben unterschiedlichen Gruppen von Marktbeteiligten auch externe Akteure wie UNCITRAL<sup>138</sup> sowie Regierungsvertreter beteiligt, darunter auch solche aus nicht in der ICC vertretenen Staaten.<sup>139</sup> Die UNCITRAL jedenfalls, welche in der ICC einen ständigen Beobachterstatus hat, scheint von der Ausgewogenheit der ERA nunmehr überzeugt und bezeichnet diese ausdrücklich als „wertvollen Beitrag zum internationalen Han-

<sup>131</sup> *Wai*, Colum. J. Transnat'l L. 40 (2002), 209, 259 f.

<sup>132</sup> Vgl. *Mugasha*, BFLR 26 (2011), 381, 437 f.; *Weber*, Die neue Marktinfrastruktur im OTC Derivatehandel (2019), 109. Grundlegend zur Beobachtung, dass sich Gemeinwohlinteressen auch hinter dem Rücken von primär eigennützig handelnden Akteuren verwirklichen können, *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75 ff.; vgl. auch *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge (2006), 231.

<sup>133</sup> Vgl. allgemein *Teubner*, ZaöRV 63 (2003), 1, 13 ff.; *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge (2006), 229; am Beispiel der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit *Girsberger*, in: BDGVR 39 (2000), 231, 247; *Renner*, J. Int'l Arb. 26 (2009), 533, 554 f.; *Renner*, Zwingendes transnationales Recht (2010), 197 f.

<sup>134</sup> Vgl. *Benjamin/Rouch*, Law & Fin. Mkt. Rev. 2 (2008), 78, 80.

<sup>135</sup> *Black/Rouch*, Law & Fin. Mkt. Rev. 2 (2008), 218, 228.

<sup>136</sup> Am Beispiel des auf Drängen des Financial Stability Board erlassenen Resolution Stay Protocol der ISDA *Pistor*, The Code of Capital (2019), 150 ff.

<sup>137</sup> Vgl. *Renner*, Zwingendes transnationales Recht (2010), 225.

<sup>138</sup> *Levit*, Emory L. J. 57 (2008), 1147, 1192 ff.

<sup>139</sup> *Schütze/Vorpeil*, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr (7. Aufl. 2016), 4; vgl. auch *Maurer*, Lex Maritima (2012), 73.



del“.<sup>140</sup> Die ICC bemüht sich ihrerseits um eine enge Zusammenarbeit mit der UN und deren Unterorganisationen.<sup>141</sup>

Doch auch soweit eine solche Selbstkonstitutionalisierung nicht – oder zumindest noch nicht – gegeben ist, bewegen sich die transnationalen Vertragsrechtsregime von ICC, LMA und ISDA nicht im regulierungsfreien Raum, sondern werden schon jetzt durch Einbeziehung staatlichen Rechts ergänzt (Elemente der Fremdkonstitutionalisierung).<sup>142</sup> Da die Vertragsrechtsregime in mehrerer Hinsicht funktional auf den Rückgriff auf staatliches Recht angewiesen sind, müssen sie auch darauf ausgerichtet sein, dessen Mindestanforderungen gerecht zu werden, um anerkennungs- und rezeptionsfähig zu bleiben.<sup>143</sup> Staatlichen Gerichten, welche die Musterdokumente – vermittelt durch im konkreten Rechtsstreit zu beurteilende Einzelverträge – anzuwenden haben und für deren externe Validierung verantwortlich sind, kommt hierbei eine essenzielle Kontrollfunktion zu.<sup>144</sup> Auf diesem Weg werden Regulierungsfunktionen und die gebotene Rückkopplung an das politische System zumindest teilweise an das (national-)staatliche Recht „delegiert“<sup>145</sup> und wird dieses – insbesondere in seinen zwingenden Bestandteilen – zum Kernelement einer „äußeren (Wirtschafts-)Verfassung“ für die bereichsspezifische transnationale Rechtserzeugung.<sup>146</sup> Für ein konstruktives Ineinandergreifen ist dann allerdings entscheidend, dass das in Bezug genommene staatliche Recht transnational rekontextualisiert wird und sich von rein partikulären, territorialen Ordnungsmaßstäben zugunsten einer (auch) transnationalen Ordnungsperspektive löst. Bleibt dieser Transfer aus, steht eine zunehmende Entkopplung der transnationalen Rechtsentwicklung von der betreffenden staatlichen Rechtsordnung zu befürchten. Gerade die bewusste Wahrnehmung transnationaler Ordnungskontexte durch das staatliche Recht und das Zusammenspiel privater und staatlicher Regelungselemente aber können die Transnationalisie-

<sup>140</sup> UN, Report of the United Nations Commission on International Trade Law, Forty-second session, 29 June-17 July 2009, A/64/17, abrufbar unter <[https://undocs.org/en/A/64/17\(SUPP\)](https://undocs.org/en/A/64/17(SUPP))>, Rn. 356 f. Vgl. hierzu auch *Levit*, Yale J. Int'l L. 30 (2005), 125, 198, 205 f.; *Maurer*, Lex Maritima (2012), 73; *Schützel/Vorpeil*, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr (7. Aufl. 2016), 3 f.

<sup>141</sup> Vgl. *Kelly*, New Political Econ. 10 (2006) 259, 267 ff.

<sup>142</sup> *Calliess*, ZfRSoz 23 (2002), 185, 206; *Michaels*, Ind. J. Global Legal Stud. 14 (2007), 447, 467; *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts (2013), 286 f.

<sup>143</sup> Vgl. *Schanze*, in: Nobel (Hrsg.), International Standards and the Law (2005), 83, 102 f.; *Jarass*, Privates Einheitsrecht (2019), 210 f.

<sup>144</sup> *Behrens*, RabelsZ 50 (1986), 19, 26; vgl. auch *Teubner*, Standards und Direktiven in Generalklauseln (1971), 67.

<sup>145</sup> Vgl. am Beispiel der UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts *Michaels*, Unif. L. Rev. 19 (2014), 643, 660.

<sup>146</sup> *Calliess*, RabelsZ 68 (2004), 244, 277; *Michaels*, RabelsZ 73 (2009), 866, 886; *Michaels*, Unif. L. Rev. 19 (2014), 643, 660. Vgl. auch *Teubner*, ARSP 68 (1982), 13, 49 f.

zung des Rechts gesamtgesellschaftlich einbetten und einzelnen Ordnungsregimen auch jenseits von individueller Zustimmung und Gruppenrichtigkeit ein hinreichendes Maß an Legitimation vermitteln.<sup>147</sup>

### III. Die Vorzüge einer Verbindung privater und staatlicher Lösungsstrategien

Die bisherige Analyse hat gezeigt: Der Ordnungsrahmen des staatlichen Rechts allein, einschließlich des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts und der internationalen Rechtsvereinheitlichung und -harmonisierung, ist für sich betrachtet nur eingeschränkt geeignet, Erwartungssicherheit für grenzüberschreitende Finanztransaktionen zu gewährleisten. Die in Reaktion hierauf von privaten Akteuren geschaffenen Vertragsrechtsregime können diese Defizite durch Erzeugung bereichsspezifischen transnationalen Rechts kompensieren, sind dabei aber bislang in verschiedenerlei Hinsicht auf eine funktionale Einbindung staatlichen Rechts angewiesen. Erst die Kombination privater und staatlicher Ordnungselemente schafft also einen funktionsfähigen Rahmen für die Evolution eines transnationalen Rechts grenzüberschreitender Finanzgeschäfte, der potenziell auch als Vorbild für die rechtliche Bewältigung von Globalisierungsprozessen in anderen Sachbereichen dienen kann.<sup>148</sup>

#### 1. Wechselseitige Kompensation von Defiziten

Private und staatliche Ordnungsstrategien können durch ein Zusammenwirken ihre jeweiligen Defizite wechselseitig kompensieren und gerade durch diese dialektische „Arbeitsteilung“ die eigenen Stärken ausspielen.<sup>149</sup> So sind private Akteure wie die ICC, LMA und ISDA viel eher als territorial gebundene staatliche Regelsetzer in der Lage, weltweit einheitliche vertragsrechtliche Regelungsmaß-

<sup>147</sup> *Michaels*, Ind. J. Global Legal Stud. 14 (2007), 447, 467 f.; *Michaels*, *RebelsZ* 73 (2009), 866, 886; in diese Richtung auch *Schroeder*, in: *Jb. J. ZivRWiss.* 2002 (2003), 257, 275 f.

<sup>148</sup> Allgemein *Basedow*, in: *FS Horn* (2006), 229, 241; *Michaels*, *JITCL* 1 (2017), 141, 147 ff.; vgl. auch *Wai*, *Colum. J. Transnat'l L.* 40 (2002), 209, 264 ff.; *Wai*, *Law & Contemp. Probs.* 71 (2008), 107, 127; *Calliess/Renner*, in: *Hartmann/Offe* (Hrsg.), *Politische Theorie und Politische Philosophie* (2010), 172, 173 f.; *Maurer*, *Lex Maritima* (2012), 153. Speziell zum Finanzbereich *Black/Rouch*, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 2 (2008) 218; *C. Baker*, *Notre Dame L. Rev.* 85 (2010), 1287, 1369 ff.; *Mugasha*, *BFLR* 26 (2011), 381, 433, 438.

<sup>149</sup> *Shaffer*, *Conn. L. Rev.* 42 (2009), 147, 169 ff.; vgl. auch *Abbott/Snidal*, *J. Eur. Public Policy* 8 (2001), 345, 363; *Wai*, *Colum. J. Transnat'l L.* 40 (2002), 209, 267 f.; *Augsberg*, *Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft* (2003), 20; *Ahdieh*, *Conn. L. Rev.* 38 (2006), 863, 914 ff.; *Mugasha*, *BFLR* 26 (2011), 381, 438; *Hadfield*, *Rules for a Flat World* (2017), 4 f.

stäbe bereitzustellen und fortzuentwickeln.<sup>150</sup> Sie können gezielte Koordinationsleistungen insbesondere in solchen Bereichen erbringen, in denen das staatliche Recht entweder überhaupt nicht funktioniert oder mit der Dynamik des gesellschaftlichen Handelns überfordert ist.<sup>151</sup> Die gänzliche oder teilweise Überlassung von Regelsetzung wie -anwendung und -durchsetzung an private Akteure kann staatliche Regelsetzer kostensparend entlasten<sup>152</sup> sowie unabgestimmte oder gar widersprüchliche Regelungen vermeiden.<sup>153</sup>

All dies führt aber nicht zum Verlust, sondern lediglich zur Veränderung der Rolle des staatlichen Rechts,<sup>154</sup> dem auch in transnationalen Ordnungsarrangements wie den untersuchten Vertragsrechtsregimen des Finanzverkehrs zwei entscheidende Funktionen zukommen.<sup>155</sup> Zum einen kann es die koordinativen Potenziale privater Akteure fördern und zur Effektivität transnationaler Ordnungsstrukturen beitragen, indem es private Gestaltungsräume gewährleistet sowie die Eigenrationalität der darin gefundenen Verhandlungslösungen weitestmöglich rechtlich absichert.<sup>156</sup> Dies äußert sich etwa in der Zurücknahme des eigenen Regelungsanspruchs für bereichsspezifische Fragen, die eine anerkennungsfähige transnationale Regelung erfahren haben, sowie in der Mitwirkung an deren Durchsetzung im Einzelfall.<sup>157</sup> Zum anderen kann das staatliche Recht zur gesamtgesellschaftlichen Rückbindung bereichsspezifischer transnationaler Vertragsrechtsregime beitragen, indem es im Rahmen der Anerkennung und Durchsetzung transnationaler Verhandlungslösungen kontrollierend und erforderlichenfalls begrenzend eingreift, wo im Einzelfall die sozialen Vorbedingungen privatautonomer Gestaltung nicht mehr gegeben sind und insbesondere Schwächere, Dritte oder die Allgemeinheit in Mitleidenschaft gezogen werden.<sup>158</sup> In

<sup>150</sup> C. Baker, Notre Dame L. Rev. 85 (2010), 1287, 1374; Wielsch, Mod. L. Rev. 81 (2018), 958, 981.

<sup>151</sup> Vgl. Ladeur, RabelsZ 64 (2000), 60, 100; Röthel, JZ 2007, 755, 763.

<sup>152</sup> Zumal die privaten Akteure die Kosten der Regelsetzung und -verwaltung selbst zu tragen haben; vgl. Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung im Privatrecht (2010), 224 f.; Schanze, in: Zumbansen/Calliess (Hrsg.), Law, Economics and Evolutionary Theory (2011), 335, 344; Engler, Private Regelsetzung (2017), 46.

<sup>153</sup> G. Wagner, AcP 206 (2006), 352, 447 ff.

<sup>154</sup> Michaels, Wayne L. Rev. 51 (2005), 1209, 1259; Michaels, JITCL 1 (2017), 141, 147 ff.; Hadfield, Rules for a Flat World (2017), 4 f.

<sup>155</sup> Vgl. Zumbansen, RabelsZ 67 (2003), 637, 647 f.; zur Doppelrolle insbesondere staatlicher Gerichte Braithwaite, Mod. L. Rev. 75 (2012), 779, 803 f.

<sup>156</sup> Vgl. Ladeur, RabelsZ 64 (2000), 60, 82, 101; in diese Richtung schon Langen, NJW 1969, 2229, 2231.

<sup>157</sup> Vgl. Viellechner, Der Staat 51 (2012), 559, 572 f.; Maurer, Lex Maritima (2012), 158 f.; ähnlich Vesting, JURA 2001, 299, 304 f.

<sup>158</sup> Vgl. Basedow, RabelsZ 75 (2011), 32, 58; Basedow, The Law of Open Societies (2015), 151; Wielsch, Mod. L. Rev. 81 (2018), 958, 974.

diese potenziellen Regelungslücken bereichsspezifischer transnationaler Ordnungsregime kann und muss das staatliche Recht seinen Anwendungsbereich und Gestaltungsanspruch ausdehnen.<sup>159</sup> Die Funktionen der Ermöglichung und Einhegung autonomer Gestaltungsräume erscheinen nur auf den ersten Blick gegensätzlich, verhalten sich tatsächlich aber komplementär zueinander.<sup>160</sup> Erst wenn das staatliche Recht beide gleichermaßen erfüllt – je nach Entwicklungsstand des in Rede stehenden transnationalen Regimes kann die eine oder die andere Komponente stärker ausgeprägt sein –, ermöglicht es dem transnationalen Recht eine relative Entfernung von den territorialen Begrenzungen des Nationalstaates,<sup>161</sup> stärkt paradoxerweise jedoch gerade dadurch auch seine eigene Bedeutung für die transnationale Rechtsentwicklung.<sup>162</sup>

## 2. Nutzung gesellschaftlicher Wissensverteilung und Gesellschaftsadäquanz des Rechts

Die Zusammenführung privater und staatlicher Ordnungselemente macht darüber hinaus die gesellschaftliche Verteilung von Informationen und Wissen nutzbar.<sup>163</sup> Für einzelne zentralisierte Regelsetzer wird der grenzüberschreitende Wirtschaftsverkehr in seinen zunehmenden Ausdifferenzierungen und Verflechtungen immer weniger überschaubar.<sup>164</sup> Schon *Friedrich von Hayek* nahm dies zum Ausgangspunkt, ein Festhalten am Monopol zentralisierter staatlicher Rechtsetzung als unsachgemäße „Anmaßung von Wissen“ zu kritisieren.<sup>165</sup> Die umfassendsten Informationen über Abläufe und Problemlagen einzelner Wirtschaftsbereiche liegen vielmehr explizit oder implizit bei den unmittelbar involvierten Akteuren, welche typischerweise den Bedarf nach spezifischen Regelungen wie auch deren Eignung und Folgen am besten abschätzen können.<sup>166</sup> Angesichts

<sup>159</sup> Vgl. *Biggins*, GLJ 13 (2012), 1297, 1324; in diese Richtung auch *Lurger*, RJ 16 (1997), 705, 724 f.

<sup>160</sup> *Calliess*, in: ARSP-Beiheft 79 (2001), 61, 77 f.; ähnlich *Hadfield*, *Rules for a Flat World* (2017), 264 ff.

<sup>161</sup> Vgl. *Di Fabio*, in: Gripp-Hagelstange (Hrsg.), *Niklas Luhmanns Denken* (2000), 139, 143, Fn. 13.

<sup>162</sup> *Michaels*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 14 (2007), 447, 468.

<sup>163</sup> Vgl. *Basedow*, in: *Calliess* (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 141, 143 ff.

<sup>164</sup> *Dalhuisen*, *Berkeley J. Int'l L.* 24 (2006), 129, 147; vgl. auch *Cooter*, *U. Pa. L. Rev.* 144 (1996), 1643, 1646 und speziell zum Finanzbereich *van Aaken*, in: *C. Möllers/Voßkuhle/Walter* (Hrsg.), *Internationales Verwaltungsrecht* (2007), 219, 224.

<sup>165</sup> *von Hayek*, *Am. Econ. Rev.* 35 (1945), 519, 524; vgl. auch *von Hayek*, *ORDO* 26 (1975), 12.

<sup>166</sup> *Basedow*, in: *Calliess* (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 141, 143; *Basedow*, *The Law of Open Societies* (2015), 57 ff., 150 f.; vgl. auch *Grundmann/Grochowski*, in: *Grundmann/Grochowski* (Hrsg.), *European Contract Law and the Creation of Norms* (2021), 3, 29.

ihres Einblicks in die grenzüberschreitenden Markt- und Vertragsstrukturen des jeweiligen Sachbereichs wird ihnen auch eine kontextsensible Anwendung und Auslegung im Streitfall sowie die Fortentwicklung bereichsspezifischer Regelungen im Zweifel besser gelingen als generalistisch ausgerichteten staatlichen Gerichten.<sup>167</sup> Diese werden nicht immer die notwendigen Sachkenntnisse und Zeitressourcen innehaben, um komplexen Vertragsgestaltungen vollumfänglich gerecht werden zu können, zumal wenn diese vom staatlichen Recht gar nicht oder nur rudimentär behandelt werden und daher häufig in letzter Konsequenz auf abstrakte Interessenabwägungen und das eigene Rechtsgefühl der zuständigen Richter rekurriert werden muss.<sup>168</sup> Das genaue Gegenteil gilt hingegen für bereichsspezifische Institutionen wie die ICC, LMA und ISDA mit ihren eigenen spezialisierten Organen wie den DOCDEX-Spruchkörpern der ICC oder den Determinations Committees der ISDA.<sup>169</sup> Erst die bewusste Einbeziehung solcher Akteure in den Regelsetzungs- und -anwendungsprozess ermöglicht die Bereitstellung eines Regelungsrahmens, der mit den sich ständig fortentwickelnden wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen Schritt halten und sich an den tatsächlichen Bedürfnissen des jeweiligen Gesellschaftsbereichs ausrichten kann.<sup>170</sup> Ein solcher Regelungsrahmen erhöht auch die Chancen seiner tatsächlichen Akzeptanz und Befolgung – und damit seine gesellschaftliche Steuerungskraft.<sup>171</sup> Dabei sind allerdings auch die Lernerfahrungen und Wissensvorsprünge des staatlichen Rechts eine unverzichtbare Ressource.<sup>172</sup> So können staatliche Rechtsordnungen beispielsweise in Fragen des Allgemeinen Vertragsrechts auf umfangreiches Erfahrungswissen und eine Vielzahl gerichtlicher Entscheidungen zurückgreifen, in welchen geeignete Regeln herausgearbeitet und ständig fortentwickelt werden.<sup>173</sup> Auch die Vermittlung zwischen verschiedenen gesellschaftlichen Interessen ist im staatlichen Recht und dessen Institutionen jedenfalls derzeit in weit höherem Maße gewährleistet als im Gefüge privater Regelsetzer wie der ICC, LMA und ISDA, sodass das staatliche Recht und insbesondere dessen

---

Speziell zum Finanzbereich *Golden*, in: MacNeil/O'Brien (Hrsg.), *The Future of Financial Regulation* (2010), 83, 90.

<sup>167</sup> *Choi/Gulati*, Mich. L. Rev. 104 (2006), 1129, 1133; *Wielsch*, Mod. L. Rev. 81 (2018), 958, 959, 976.

<sup>168</sup> Vgl. *Renner*, AcP 213 (2013), 677, 715; *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), *Regelsetzung im Privatrecht* (2019), 165, 175.

<sup>169</sup> *Wielsch*, Mod. L. Rev. 81 (2018), 958, 965.

<sup>170</sup> Vgl. *Behrens*, RabelsZ 50 (1986), 19, 26; *Calliess*, ZfRSoz 26 (2005), 35, 55.

<sup>171</sup> Vgl. *Ladeur*, RabelsZ 64 (2000), 60, 68.

<sup>172</sup> Vgl. *Wai*, Colum. J. Transnat'l L. 40 (2002), 209, 264 ff.; *Wai*, Harv. Int'l L. J. 46 (2005), 471, 485 f.

<sup>173</sup> Vgl. *Möslein*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 147, 151.



zwingende Elemente im Rahmen grenzüberschreitender Ordnungsstrukturen als Korrektiv für mögliche gesellschaftliche Fehlentwicklungen zu Lasten Schwächerer, Dritter oder der Allgemeinheit wirken kann. Somit ist es gerade das lernende Zusammenwirken privater und staatlicher Ordnungselemente, das zum Ausdruck einer gelungenen Nutzung gesellschaftlicher Wissensverteilung wird.<sup>174</sup>

#### IV. Bedeutung im Wettbewerb der Rechtsordnungen

Die Einbeziehung des staatlichen Rechts in die Ausgestaltung und Fortentwicklung transnationaler Ordnungsstrukturen bleibt damit bis auf Weiteres funktional notwendig und auch normativ wünschenswert. Indes bestehen angesichts der Pluralität staatlichen Rechts für die beteiligten privaten Akteure Wahlmöglichkeiten zwischen verschiedenen staatlichen Rechtsordnungen, die untereinander erhebliche Unterschiede aufweisen können.<sup>175</sup> Zum Faktor in der transnationalen Rechtsentwicklung wird eine einzelne staatliche Rechtsordnung erst und nur dann, wenn sie in entsprechenden grenzüberschreitenden Sachverhalten auch tatsächlich herangezogen wird.<sup>176</sup> In welchem Ausmaß und mit welcher Häufigkeit dies geschieht, hängt nicht zuletzt davon ab, inwieweit es der jeweiligen staatlichen Rechtsordnung gelingt, transnationalen Ordnungskontexten Rechnung zu tragen und diese in den eigenen Anwendungszusammenhang zu integrieren.<sup>177</sup> Dass der Rückgriff auf einzelne staatliche Rechtsordnungen gezielt erfolgt, zeigt sich auch am Beispiel der Vertragsrechtsregime der ICC, LMA und ISDA. Die regelsetzenden Organisationen beobachten und vergleichen die verschiedenen staatlichen Rechtsordnungen einschließlich ihrer Rechtsprechung bewusst und entscheiden auf dieser Grundlage darüber, mit welchen eine enge Interaktion gesucht bzw. die Wahl welcher Rechtsordnungen den Verwendern der Musterdokumente ausdrücklich empfohlen wird.<sup>178</sup> So stellt beispielsweise die LMA ihre gängigen Muster in auf das englische, französische, spanische oder deutsche

<sup>174</sup> Zumbansen, *RabelsZ* 67 (2003), 637, 661; *Ahdieh*, *Conn. L. Rev.* 38 (2006), 863, 914 ff.; *Wielsch*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 71, 98.

<sup>175</sup> Vgl. *Pistor*, *The Code of Capital* (2019), 168.

<sup>176</sup> Vgl. *Wielsch*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 71, 72; *Hadfield*, *Rules for a Flat World* (2017), 257.

<sup>177</sup> Vgl. *Zumbansen*, *RabelsZ* 67 (2003), 637, 661 f.; *Wai*, *Law & Contemp. Probs.* 71 (2008), 107, 127; in diese Richtung auch schon *Mertens*, *RabelsZ* 56 (1992), 219, 227.

<sup>178</sup> Vgl. speziell zum Finanzbereich *Sebastianutti*, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 3 (2009), 348, 363; allgemein *Zumbansen*, *RabelsZ* 67 (2003), 637, 650.



Recht zugeschnittenen Versionen zur Verfügung.<sup>179</sup> Die ISDA empfiehlt primär eine Anbindung an das englische oder New Yorker Recht, bietet mittlerweile aber auch Muster zum französischen und zum irischen Recht an,<sup>180</sup> wohingegen trotz eingehender Bemühungen deutscher Banken und Anwaltskanzleien auf eine Empfehlung deutschen Recht bislang verzichtet wird.<sup>181</sup> Auch Kombinationen verschiedener Rechtsordnungen sind möglich.<sup>182</sup> Eine Folge dieser Wahlmöglichkeiten ist, dass manche staatlichen Vertragsrechte in Teilbereichen des Finanzverkehrs bereits nahezu vollständig außer Gebrauch geraten sind.<sup>183</sup>

Diese Beobachtungen werfen die Frage auf, ob sich die staatlichen Privatrechtsordnungen untereinander in Bezug auf ihre Einbeziehung in transnationalen Ordnungsarrangements in einem Wettbewerb befinden und welche Konsequenzen hieraus zu ziehen sind. Die Grundthese eines „Wettbewerbs der Rechtsordnungen“ geht vor allem auf den US-amerikanischen Ökonomen *Charles Tiebout* zurück.<sup>184</sup> In der Rechtswissenschaft wird sie bis dato allerdings nur zögerlich rezipiert.<sup>185</sup> Streitpunkte sind dabei zum einen die empirische Haltbarkeit einer Übertragung des ökonomischen Wettbewerbsmodells auf rechtliche Regelungen, zum anderen die normative Beurteilung einer potenziellen Behandlung von Recht als „Produkt“.<sup>186</sup>

<sup>179</sup> *Estevan de Quesada/Renner*, ERCL 13 (2017), 164, 177; *Renner*, ZBB 2018, 278, 281.

<sup>180</sup> *Braithwaite*, *The Financial Courts* (2020), 347f.; *Fentiman*, in: *Trunk/Hatzimihail* (Hrsg.), *EU Civil Procedure Law and Third Countries* (2021), 157, 178; *Lehmann*, in: *MüKo BGB*, Band 13 (8. Aufl. 2021), *Internationales Finanzmarktrecht*, Rn. 547.

<sup>181</sup> Dank für diesen Hinweis gebührt *Matthias Lehmann*.

<sup>182</sup> Vgl. *Sebastianutti*, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 3 (2009), 155, 159.

<sup>183</sup> *Engert*, *AcP* 213 (2013), 321, 364.

<sup>184</sup> Grundlegend *Tiebout*, *J. Political Econ.* 64 (1956), 416ff. Aus dem deutschsprachigen Schrifttum statt aller *Streit*, in: *FS Mestmäcker* (1996) 521, 522ff. Hierbei kann noch zwischen „horizontalem“ und „vertikalem“ Wettbewerb unterschieden werden. Die Vorstellung eines „horizontalen Wettbewerbs“ bezieht sich auf die Konkurrenz verschiedener (staatlicher) Rechtsordnungen auf gleicher Ebene; die des „vertikalen Wettbewerbs“ hingegen auf die Konkurrenz verschiedener Rechtsebenen, beispielsweise zwischen supranationalem und nationalem Recht; vgl. *Maultzsch*, in: *Kadelbach* (Hrsg.), *Wettbewerb der Systeme* (2017), 47, 48f.

<sup>185</sup> Grundlegend *Romano*, *J. L. Econ. & Org.* 1 (1985), 225ff. (am Beispiel des US-Gesellschaftsrechts und insbesondere des Erfolgs des Bundesstaates Delaware in diesem Bereich); siehe auch *Kieninger*, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt* (2002); *Eidenmüller*, *JZ* 2009, 641ff.; *Maurer*, *ZRP* 2009, 88, 90; *O'Hara/Ribstein*, *The Law Market* (2009); *Peters*, *VVDStRL* 69 (2009), 7, 9ff.; *Rühl*, *ERCL* 9 (2013), 61, 63ff.; *G. Wagner*, *Buff. L. Rev.* 62 (2014), 1085, 1092ff.; *G. Wagner*, *Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb* (2017).

<sup>186</sup> Kritisch etwa *P. Kirchhof*, *ORDO* 56 (2005), 39, 40; *R. Stürner*, *Markt und Wettbewerb über alles?* (2007), 31f.; *Rehberg*, in: *Towfigh u. a.* (Hrsg.), *Recht und Markt* (2009), 29ff. Differenzierend *Peters*, *VVDStRL* 69 (2009), 7, 26ff.

### 1. Empirische Dimension

Eine Einordnung von (Privat-)Recht als dem Marktmechanismus unterliegendes „Produkt“ würde zunächst voraussetzen, dass empirische Anhaltspunkte für das Bestehen eines durch Nachfrage und Angebot strukturierten „Rechtsmarktes“ bestehen.<sup>187</sup>

#### a) Nachfrageseite

Als Nachfrager gerade privatrechtlicher Regeln kommen in erster Linie private Adressaten, also zuvörderst natürliche Personen und als juristische Person oder Personenvereinigung betriebene Unternehmen in Betracht. Von Nachfrage im wettbewerbstechnischen Sinne könnte insoweit nur unter zwei Voraussetzungen ausgegangen werden: Zum Ersten müsste überhaupt eine Auswahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Rechtsordnungen bestehen. Dies jedenfalls kann heute angesichts der rechtsordnungsübergreifend weit verbreiteten Anerkennung kollisionsrechtlicher Rechtswahlvereinbarungen sowie verfahrensrechtlicher Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen zumindest im Bereich des Vertragsrechts kaum mehr bestritten werden.<sup>188</sup> Zum Zweiten müsste die Auswahl zwischen verschiedenen Rechtsordnungen auch tatsächlich präferenzorientiert und anhand von qualitativen Gesichtspunkten erfolgen.<sup>189</sup> Zumindest hieran äußern Kritiker der Wettbewerbsthese erhebliche Zweifel: Eine präferenzorientierte Entscheidung setze voraus, dass die Regelungsadressaten über die Qualität verschiedener Rechtsordnungen überhaupt informiert seien, was faktisch bereits an deren Komplexität und den damit verbundenen hohen Informationskosten scheitert.<sup>190</sup> Rechtswahl- und Gerichtsstandsvereinbarungen würden deshalb in der Praxis in erster Linie nach qualitätsunabhängigen Kriterien wie Bekanntheit und Verbreitung getroffen.<sup>191</sup> Hierzu würden nicht zuletzt auch Anwälte beitragen,

<sup>187</sup> Vgl. den Argumentationsgang von *Romano*, J. L. Econ. & Org. 1 (1985), 225, 233 ff.

<sup>188</sup> *Eidenmüller*, JZ 2009, 641, 642 f.; *Rühl*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 287 ff.; *Stark*, *Law for Sale* (2019), 11. Anderes gilt freilich für das öffentliche Recht; siehe *Peters*, VVDStRL 69 (2009), 7, 25.

<sup>189</sup> *Kieninger*, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt* (2002), 286 ff.; *Maultzsch*, in: Kadelbach (Hrsg.), *Wettbewerb der Systeme* (2017), 47, 49 ff.

<sup>190</sup> Vgl. *Dreher*, JZ 1999, 105, 109; *Kieninger*, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt* (2002), 84 ff.; *Mankowski*, RIW 2003, 2, 7; *Leible*, *RabelsZ* 76 (2012), 374, 383; *Vogenauer*, ERPL 21 (2013), 13, 19 ff.

<sup>191</sup> Vgl. *Kieninger*, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt* (2002), 287 ff., 314; *Mankowski*, RIW 2003, 2, 6; *Mankowski*, in: FS H.-B. Schäfer (2008), 369, 370 f., 379 f.; *Leible*, *RabelsZ* 76 (2012), 374, 384; *Vogenauer*, ERPL 21 (2013), 13, 53. Übersicht zu weiteren möglichen qualitätsunabhängigen Faktoren bei *Cuniberti*, Nw. J. Int'l L. & Bus. 34 (2014), 455, 475 ff.

welche die eigenen Informationskosten gering halten wollten und deshalb ihre Beratungen gezielt auf die ihnen vertrauten Rechtsordnungen zuschnitten.<sup>192</sup> Diese Kritikpunkte haben zweifellos ihre Berechtigung. Allerdings ginge es zu weit, aus dem Einfluss von Informationskosten und bestimmten nichtqualitativen Gesichtspunkten auf Rechtswahl- und Gerichtsstandsvereinbarungen sogleich auf die gänzliche empirische Widerlegung einer marktmäßigen Nachfrage nach rechtlichen Regelungen zu schließen. Denn letztlich weist jeder reale Markt Imperfektionen wie etwa Netzwerkeffekte auf, die vom Marktmodell der ökonomischen Theorie mehr oder minder stark abweichen. Deshalb kann es analytisch schon dann sinnvoll sein, vom Bestehen einer marktmäßigen Nachfrage auszugehen, wenn nur eine hinreichend große Zahl von Regelungsadressaten ihre Rechtswahl- und Gerichtsstandsvereinbarungen zumindest auch auf qualitative Unterschiede zwischen verschiedenen Rechtsordnungen stützt.<sup>193</sup> Dass dies tatsächlich der Fall ist, wird jedenfalls für den Bereich des Vertragsrechts im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr durch die Ergebnisse einer ganzen Reihe empirischer Studien nahegelegt.<sup>194</sup> In diesen Studien konnte anhand der Befragung von Marktakteuren und der Auswertung von Vertragsdokumenten nachgewiesen werden, dass nicht nur die Mehrzahl von Verträgen im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln enthält, sondern die Vertragsparteien diesen Wahlmöglichkeiten sehr hohe Bedeutung beimessen und bei der Wahl neben nicht-inhaltlichen Kriterien wie Vertrautheit und sprachlicher Zugänglichkeit auch qualitative Kriterien wie die Bedarfsgerechtigkeit, Vorhersehbarkeit, Durchsetzungsfähigkeit, Flexibilität und Ausgewogenheit der gewählten Rechtsordnung einbeziehen.<sup>195</sup> Bezeichnenderweise bestanden hierbei in der Beurteilung verschiedener Rechtsordnungen signifikante Unterschiede, wobei vor allem das englische, das New Yorker und das schweizerische Recht am erfolgreichsten abschnitten, wohingegen das deutsche Recht

---

<sup>192</sup> *Basedow*, in: FS Horn (2006), 229, 242.

<sup>193</sup> So auch *Rühl*, ERCL 9 (2013), 61, 68; *Rühl*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 287, 288. Ohnehin können auch nicht-inhaltliche Kriterien durchaus Auswirkungen auf die Qualität einer Rechtsordnung haben; vgl. *Maultzsch*, in: Kadelbach (Hrsg.), *Wettbewerb der Systeme* (2017), 47, 52.

<sup>194</sup> Insbesondere *Vogenauer/Weatherill*, in: *Vogenauer/Weatherill* (Hrsg.), *Harmonisation of European Contract Law* (2006), 105 ff.; *Vogenauer/Hodges*, *Civil Justice Systems in Europe: Implications for Choice of Forum and Choice of Contract Law* (2008); *Voigt*, *J. Empirical Legal Stud.* 5 (2008), 1 ff.; *Eisenberg/Miller*, *Cardozo L. Rev.* 30 (2009), 1475 ff.

<sup>195</sup> Siehe die Zusammenfassungen der Ergebnisse verschiedener Studien bei *Vogenauer*, ERPL 21 (2013), 13, 35 ff.; *Rühl*, ERCL 9 (2013), 61, 68 ff.; *Rühl*, *Building Competence in Commercial Law in the Member States* (2018), 22 ff.; *G. Wagner*, *Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb* (2017), 144 ff., 187 ff.

eine eher untergeordnete Rolle spielte.<sup>196</sup> Dies spiegelt sich auch in den transnationalen Vertragsrechtsregimen des Finanzbereichs wider, in welchen die Rechts- und Gerichtsstandswahlen in der Praxis bislang mehrheitlich auf England oder New York fallen, als deren Vorzüge insbesondere die Flexibilität und Offenheit für detaillierte Vertragsgestaltungen gesehen werden.<sup>197</sup> Angesichts dessen erscheint es daher zumindest in diesem Wirtschaftssektor durchaus berechtigt, vom Vorhandensein einer „Rechtsnachfrage“ auszugehen.

### b) Angebotsseite

Um auch das Bestehen einer komplementären Anbieterseite bejahen zu können, müssten empirische Anhaltspunkte dafür bestehen, dass staatliche Rechtsordnungen untereinander um Nachfrager konkurrieren und sich dementsprechend durch Auswahlentscheidungen der Nachfrageseite einem Anpassungsdruck ausgesetzt sehen.<sup>198</sup> Dies würde zweierlei voraussetzen: Zum einen müssten Staaten überhaupt ein Interesse an der Auswahl und Anwendung ihrer Rechtsordnungen in einer möglichst großen Zahl von privatrechtlichen Vertragsbeziehungen haben.<sup>199</sup> Zum anderen müsste dieses Interesse das staatliche Handeln auch tatsächlich beeinflussen.<sup>200</sup> Auch hinsichtlich der empirischen Haltbarkeit dieser Voraussetzungen erheben Kritiker der Wettbewerbsthese Bedenken.<sup>201</sup> So sei bereits zweifelhaft, ob und inwieweit Staaten von der Verbreitung ihres Privatrechts und der Nutzung ihrer Streitbeilegungsinstanzen profitieren könnten.<sup>202</sup> Mittelbare

<sup>196</sup> Vgl. zum englischen und schweizerischen Recht *Cuniberti*, Nw. J. Int'l L. & Bus. 34 (2014), 455, 468 ff.; *Mills*, Party Autonomy in Private International Law (2018), 83 f. Vgl. speziell zur Dominanz des englischen und New Yorker Rechts im Finanzbereich *Pistor*, The Code of Capital (2019), 8, 143, 167 ff.; speziell zum Erfolg der Gerichte New Yorks *Eisenberg/Miller*, Cardozo L. Rev. 30 (2009) 1475, 1482 ff.; vgl. auch *Calliess/Hoffmann*, AnwBl 2009, 52 f.

<sup>197</sup> Vgl. *Döser*, JuS 2000, 972; *Sebastianutti*, Law & Fin. Mkt. Rev. 3 (2009), 348, 363; *Mugasha*, BFLR 26 (2011), 381, 394, 396 f., 408 f., 449; *Durand-Barthez*, IBLJ 2012, 505, 512 f.; *Bookman*, Yale Int'l L.J. 45 (2020), 227, 234 ff. Vgl. speziell im Zusammenhang mit der Rolle von Anwälten *Flood*, Ind. J. Global Legal Stud. 14 (2007), 35, 48 f., 56; mit kritischem Unterton *R. Stürner*, AcP 210 (2010), 105, 109 f.

<sup>198</sup> Vgl. *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), 175 ff., 311 ff.; *Maultzsch*, in: Kadelbach (Hrsg.), Wettbewerb der Systeme (2017), 47, 59 ff.

<sup>199</sup> *Maultzsch*, in: Kadelbach (Hrsg.), Wettbewerb der Systeme (2017), 47, 59.

<sup>200</sup> Vgl. *Maultzsch*, in: Kadelbach (Hrsg.), Wettbewerb der Systeme (2017), 47, 65 f.

<sup>201</sup> *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), 311 ff.; *Leible*, RabelsZ 76 (2012), 374, 385 f.; in Bezug auf den vermeintlichen inner-amerikanischen Wettbewerb der Gesellschaftsrechte *Kahan/Kamar*, Stan. L. Rev. 55 (2002), 679, 684 ff.

<sup>202</sup> Vgl. *Leible*, RabelsZ 76 (2012), 374, 385 f.

finanzielle Vorteile wie die etwaige Erhöhung von Steuereinnahmen infolge von Mehreinnahmen heimischer Rechtsdienstleister<sup>203</sup> seien jedenfalls kein hinreichend gewichtiger Faktor.<sup>204</sup> Doch selbst wenn ein staatliches Interesse an der Nutzung und Verbreitung des eigenen Rechts unterstellt würde, sei ungewiss, inwieweit Staaten in der Lage seien, auf Präferenzen der Nachfrageseite zu reagieren. Eine Ermittlung der Gründe für die Bevorzugung bestimmter Rechtsordnungen und die darin zum Ausdruck kommenden „Wünsche“ der Nachfrager sei, wenn überhaupt, nur mit aufwändigen empirischen Studien zu leisten.<sup>205</sup> Überdies würde ein wettbewerbsorientierter Gesetzgebungsansatz schnell an verfassungsrechtliche Grenzen stoßen.<sup>206</sup> Auch diese Einwände sind berechtigt, reichen aber nicht zur vollumfänglichen Widerlegung der Wettbewerbsthese aus.

In die gegenteilige Richtung deuten eindrücklich eine Reihe nationalstaatlicher Initiativen seit Beginn des 21. Jahrhunderts, die mit dem expliziten Ziel der „Bewerbung“ der eigenen Rechtsordnungen verbunden waren.<sup>207</sup> Dazu gehören etwa die von juristischen Berufsverbänden mit Unterstützung des jeweiligen Justizministeriums herausgegebenen Broschüren „England and Wales: The jurisdiction of choice“,<sup>208</sup> „England & Wales: Global legal centre“,<sup>209</sup> „England and Wales: A world jurisdiction of choice“,<sup>210</sup> „Law – Made in Germany“<sup>211</sup> und die deutsch-französische Koproduktion „Continental law“<sup>212</sup>. Hinter diesen Kampagnen steht ganz offensichtlich das Anliegen, die eigene Rechtsordnung und die

---

<sup>203</sup> Siehe hierzu *Eidenmüller*, JZ 2009, 641, 643.

<sup>204</sup> *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), 88 f.

<sup>205</sup> Vgl. *Leible*, *RabelsZ* 76 (2012), 374, 386.

<sup>206</sup> Vgl. schon *Fezer*, JZ 1986, 817, 822 ff.; ausführlich *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip* (4. Aufl. 2015), 414 ff.

<sup>207</sup> Übersicht und kritische Würdigung bei *Vogenaue*, *ERPL* 21 (2013), 13, 30 ff.; *Cuniberti*, *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 34 (2014), 455, 493 ff.

<sup>208</sup> The Law Society of England and Wales (Hrsg.), *England and Wales: The jurisdiction of choice* (2008), abrufbar unter <<https://pdf4pro.com/view/england-and-wales-the-jurisdiction-of-choice-508103.html>>. Kritisch hierzu *Triebel*, *AnwBl* 2008, 305 ff.

<sup>209</sup> The Law Society of England and Wales (Hrsg.), *England & Wales: Global legal centre* (2016), im Internet nicht mehr abrufbar, dem Verfasser jedoch vorliegend.

<sup>210</sup> The Law Society of England and Wales (Hrsg.), *England and Wales: A world jurisdiction of choice* (2019), in mehreren Sprachen abrufbar unter <<https://www.lawsociety.org.uk/campaigns/england-and-wales-global-legal-centre>>.

<sup>211</sup> Bundesnotarkammer u. a. (Hrsg.), *Law – Made in Germany* (3. Aufl. 2020), abrufbar unter <<https://dav-international.eu/files/dav-international/downloads/law-made-in-germany-en.pdf>>. Die Vorzüge des deutschen Rechts im Vergleich zum englischen betont auch *Triebel*, *AnwBl* 2008, 305 ff.

<sup>212</sup> Bundesnotarkammer u. a. (Hrsg.), *Continental law* (2011), abrufbar unter <[https://www.drbb.de/fileadmin/DRB/pdf/Buendnis\\_deutsche\\_Recht/Broschuere\\_Kontinentales\\_Recht.pdf](https://www.drbb.de/fileadmin/DRB/pdf/Buendnis_deutsche_Recht/Broschuere_Kontinentales_Recht.pdf)>.



mit dieser verbundenen Dienstleistungen attraktiver zu machen.<sup>213</sup> In eine ähnliche Richtung gehen die in mehreren asiatischen (Dubai, Katar, Singapur, Kasachstan, China) und europäischen Staaten (Frankreich, Niederlande, Deutschland) zu beobachtenden Einrichtungen von ausschließlich auf internationale Handelsstreitigkeiten zugeschnittenen Gerichten oder Gerichtskammern, die Verfahren ganz oder teilweise in englischer Sprache durchführen und den Gepflogenheiten des internationalen Handelsverkehrs anpassen sowie mit spezialisierten, zum Teil auch international profilierten Richtern besetzt sind.<sup>214</sup> Auch einige Rechtsreformen wurden in jüngerer Zeit implizit oder sogar ausdrücklich unter die Prämisse der Wettbewerbspositionierung der eigenen Rechtsordnung gestellt,<sup>215</sup> zum Beispiel in Deutschland die Reform des Schiedsverfahrensrechts von 1998<sup>216</sup> oder die Vereinfachung des GmbH- und AG-Gründungsverfahrens durch das MoMiG von 2008<sup>217</sup> sowie in einer ganzen Reihe von Staaten die Anpassungen nationaler Insolvenzrechte an die Muster-Nettingklauseln der ISDA.<sup>218</sup> Dies dürfte nicht zuletzt damit zusammenhängen, dass die Qualität von Rechtsordnungen inzwischen von diversen einflussreichen Institutionen als Standortfaktor bewertet wird, so etwa im „Global Competitiveness Report“ des Weltwirtschaftsforums<sup>219</sup> und im „Doing Business Report“ der Weltbank<sup>220</sup>. Die

<sup>213</sup> Eindringlicher Appell zur Notwendigkeit hierzu aus Anwaltssicht *Triebel*, AnwBl 2008, 305 ff. Zu den unterschiedlichen Ansätzen der nationalen Initiativen *Maultzsch*, in: Kadelbach (Hrsg.), Wettbewerb der Systeme (2017), 47, 61 f. Vgl. zu den Werbebemühungen insbesondere von Anwälten für die eigene Rechtsordnung auch *Horn*, in: FS Schmidt (2009), 705, 707 f.

<sup>214</sup> Ausführlich hierzu *Bookman*, Yale Int'l L.J. 45 (2020), 227, 239 ff.; siehe auch die gesammelten Länderberichte in ELR 12 (2019), Heft 1.

<sup>215</sup> *Rühl*, ERCL 9 (2013), 61, 76 ff.; *Rühl*, in: Eidenmüller (Hrsg.), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution (2013), 287, 288 f.; *Maultzsch*, in: Kadelbach (Hrsg.), Wettbewerb der Systeme (2017), 47, 62 ff.; *Stark*, Law for Sale (2019), 45. Skeptisch *Vogenauer*, ERPL 21 (2013), 13, 61 ff.

<sup>216</sup> *Hirsch*, SchiedsVZ 2003, 49, 50. Für eine empirische Erhebung zum Einfluss von Schiedsrechtsreformen auf die Anzahl von am jeweiligen Standort durchgeführter Schiedsverfahren siehe *Drahozal*, Int'l Rev. Law and Econ. 24 (2004), 371, 378 ff.

<sup>217</sup> Vgl. *Damler*, Das gesetzlich privilegierte Muster im Privatrecht (2015), 66 f. m. w. N.

<sup>218</sup> Am Beispiel von Irland *Biggins/Scott*, EBLR 13 (2012), 309, 329 ff.

<sup>219</sup> World Economic Forum (Hrsg.), Global Competitiveness Report 2020 (2020), abrufbar unter <<https://www.weforum.org/reports/the-global-competitiveness-report-2020>>.

<sup>220</sup> The World Bank (Hrsg.), Doing Business Report 2020 (2020), abrufbar unter <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>>; vgl. hierzu auch *Durand-Barthez*, IBLJ 2012, 505 f. In Reaktion auf den Verdacht bewusster Manipulationen sowie Kritik an den Methoden der Datenerhebung werden die Doing Business Reports seit 2021 nicht mehr fortgeführt; siehe dazu die Pressemitteilung der Weltbank vom 16.9.2021, World Bank Group to Discontinue Doing Business Report (abrufbar unter <<https://www.worldbank.org/en/news/statement/2021/09/16/world-bank-group-to-discontinue-doing-business-report>>).



Methodik dieser Studien, die maßgeblich auf dem Ansatz der empirisch-statistischen Rechtsvergleichung der *Legal Origins Theory* basiert,<sup>221</sup> mag man für kritikwürdig halten,<sup>222</sup> ihr tatsächlicher rechtspolitischer Einfluss aber lässt sich kaum bezweifeln. Sogar in Teilen der Rechtsprechung klingen Bemühungen um eine wettbewerbsorientierte Ausgestaltung der eigenen Rechtsordnung immer wieder an.<sup>223</sup>

Mögliche Anreize zur Beteiligung an einem Rechtswettbewerb auf Anbieterseite liegen dabei auf der Hand. Aus politischer Perspektive geht es um unmittelbare Einflussmöglichkeiten auf die künftige Rechtsentwicklung und -fortbildung, damit letztlich auch um die Aufrechterhaltung des eigenen Gestaltungsanspruchs in einer globalisierten Welt.<sup>224</sup> Wirtschaftlich betrachtet gehen mit der Stärkung der eigenen Rechtsordnung eine Reihe von Standortvorteilen einher: Heimischen Unternehmen werden grenzüberschreitende Geschäftstätigkeiten erleichtert, wenn diese auf den vertrauten heimischen Rechtsrahmen gestützt werden können<sup>225</sup> – was insbesondere für exportorientierte Staaten wie Deutschland von hoher Relevanz ist.<sup>226</sup> Überdies werden potenziell auch ausländische Unternehmen stärker angezogen, beispielsweise zur Gründung von Niederlassungen motiviert, wenn der Rechtsrahmen vertraut und als zuverlässig bekannt ist. Mittelbar hat dies positive Effekte für den heimischen Arbeitsmarkt und eröffnet Steuereinnahmequellen,<sup>227</sup> zudem profitieren Justiz, Anwaltschaft und sonstige

---

<sup>221</sup> Grundlegend *La Porta* u. a., *J. Political Econ.* 106 (1998), 1113 ff.; *La Porta* u. a., *J. L. Econ. & Org.* 15 (1999), 222 ff. Grundthese ist, dass die ökonomische Entwicklung eines Staates entscheidend durch sein Rechtssystem beeinflusst wird, wobei insoweit die der angloamerikanisch geprägten Common Law-Tradition zuzuordnenden Rechtsordnungen besser abschneiden als die kontinentaleuropäisch geprägten Rechtsordnungen in der Tradition des römischen Rechts.

<sup>222</sup> Etwa *Siems*, *RabelsZ* 72 (2008), 354, 368 ff.; *Kern*, *JZ* 2009, 498, 501 ff.; *Lieder*, *ZVgl.-RWiss* 109 (2010), 216, 227, 231 ff.; vgl. auch *R. Stürner*, *AcP* 210 (2010), 105, 114, der hierin einen Ausdruck angloamerikanischer Rechtshegemonie sieht.

<sup>223</sup> Vgl. etwa *Lord Hoffmann* in *West Tankers Inc. (Respondents) v. RAS Riunione Adriatica di Sicurtà S.p.A. and others (Appellants)* [2007] UKHL 4, para. 21: „[...] it should be noted that the European Community is engaged not only with regulating commerce between Member States but also in competing with the rest of the world. If the Member States of the European Community are unable to offer a seat of arbitration capable of making orders restraining parties from acting in breach of the arbitration agreement, there is no shortage of other states which will.“ Speziell Für den Finanzbereich *Mugasha*, *BFLR* 26 (2011), 381, 394, 396 f., 408 f., 449.

<sup>224</sup> Vgl. *Choi/Guzman*, *Fordham L. Rev.* 65 (1997), 1855, 1861; *Maultzsch*, in: Kadelbach (Hrsg.), *Wettbewerb der Systeme* (2017), 47, 60.

<sup>225</sup> *Eidenmüller*, *JZ* 2009, 641, 643.

<sup>226</sup> Vgl. *Engert*, *AcP* 213 (2013), 321, 353.

<sup>227</sup> *Ribstein*, *J. Corp. L.* 18 (1993), 245, 259 f.; *Choi/Guzman*, *Fordham L. Rev.* 65 (1997), 1855, 1861; *Eidenmüller*, *JZ* 2009, 641, 643; *Rühl*, *ERCL* 9 (2013), 61, 76.

heimische Rechtsdienstleister vom Bedeutungszuwachs ihrer Expertise.<sup>228</sup> Insgesamt bestehen daher hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass jedenfalls in Ansätzen von einem Rechtswettbewerb auch auf der Anbieterseite staatlicher Regelssetzer ausgegangen werden kann.

## 2. Normative Dimension

Mit der empirischen Plausibilisierung der These eines zumindest in Grundzügen bestehenden Wettbewerbs der Rechtsordnung ist freilich noch nicht die Frage beantwortet, wie dieser normativ zu bewerten ist. Auch hier gehen die Meinungen weit auseinander. Kritiker warnen vor einem deregulatorischen *race to the bottom*,<sup>229</sup> welches nur wenige finanzstarke Interessengruppen privilegieren und große Teile der Bevölkerung benachteiligen<sup>230</sup> sowie das Ideal der politischen Selbstbestimmung unterlaufe.<sup>231</sup> Befürworter betonen hingegen das Innovationspotenzial eines Wettbewerbs<sup>232</sup> um das beste Recht und sehen Chancen für ein *race to the top*, welches zudem zur Rechtsvereinheitlichung beitragen könne.<sup>233</sup> Theoretisch betrachtet dürfte in beiden Extrempositionen ein wahrer Kern liegen – praktisch umsetzbar erscheint aber vor dem Hintergrund der fortschreitenden Pluralisierung und Transnationalisierung des Rechts wohl allein ein Mittelweg. So wird eine völlige Gleichgültigkeit einer einzelnen staatlichen Rechtsordnung gegenüber *de facto* bestehenden Tendenzen zum Rechtswettbewerb oder gar eine bewusste Abschottung von dieser Entwicklung mittel- und langfristig kaum möglich sein und überdies zu Ausweichbewegungen führen, die weder aus poli-

<sup>228</sup> Calliess/Hoffmann, AnwBl 2009, 52; Maurer, ZRP 2009, 88, 90; Rühl, ERCL 9 (2013), 61, 76; speziell am Beispiel Londons Triebel/Vogenaier, Englisch als Vertragssprache (2018), 14.

<sup>229</sup> Grundlegend Cary, Yale L. J. 83 (1974), 663, 666, 705; Überblick bei Stark, Law for Sale (2019), 63 m. w. N.

<sup>230</sup> Vgl. etwa R. Stürner, AcP 210 (2010), 105, 143 f.; Pistor, The Code of Capital (2019), 220 ff. In diese Richtung auch BGH JZ 2000, 903, 904: „Es ist zu befürchten, daß sich im dergestalt eröffneten „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ gerade die Rechtsordnung mit dem schwächsten Schutz dritter Interessen durchsetzen würde.“

<sup>231</sup> Ausführlich Stark, Law for Sale (2019), 91 ff.

<sup>232</sup> Hierzu grundlegend von Hayek, in: von Hayek/Veit (Hrsg.), Freiburger Studien (1969), 249 ff.

<sup>233</sup> Vgl. etwa Kerber, in: Schenk u. a. (Hrsg.), Globalisierung, Systemwettbewerb und nationalstaatliche Politik (1998), 199, 202; Kerber, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts (2000), 67, 75 ff.; Kerber, in: Zumbansen/Calliess (Hrsg.), Law, Economics and Evolutionary Theory (2011), 297, 307 ff.; Hadfield, Regulation 24 (2001), 40, 41; Hadfield, Rules for a Flat World (2017), 4 f., 199 ff., 246 ff.; W. Schäfer, in: Hopt/Kantzenbach/Straubhaar (Hrsg.), Herausforderungen der Globalisierung (2003), 35, 41 ff.; Eidenmüller, JZ 2009, 641, 648 f.; O'Hara/Ribstein, The Law Market (2009), 26 ff.; Rühl, ERCL 9 (2013), 61, 80 ff.

tischer noch aus wirtschaftlicher Sicht wünschenswert erscheinen.<sup>234</sup> Andererseits muss den Gefahren eines Marktversagens, die mit einem Rechtswettbewerb einhergehen können, angemessen begegnet werden und müssen gerade solche, aber auch nur solche Elemente einer Rechtsordnung der Wettbewerbsdynamik entzogen bleiben, die im Sinne eines durch das Recht zu leistenden gesamtgesellschaftlichen Interessenausgleichs unabdingbar sind.<sup>235</sup> Ziel jeder (staatlichen) Rechtsordnung muss es daher sein, an einem grenzüberschreitenden normativen Ordnungsrahmen mitzuwirken, der einerseits produktiven Elementen des Wettbewerbs Raum lässt und andererseits dessen destruktiven Elementen vorbeugt.<sup>236</sup> Zur Fortentwicklung dieses Rahmens kann nicht zuletzt die Rechtswissenschaft beitragen.

## V. Zwischenergebnis

Die beobachtete Herausbildung transnationaler Vertragsrechtsregime im grenzüberschreitenden Finanzverkehr erfolgt nicht in Isolation vom staatlichen Recht. Staatliche Rechtsordnungen und deren Institutionen bleiben in diese Entwicklung bis auf Weiteres in mehrerlei Hinsicht funktional eingebunden; einerseits, um die Unvollständigkeit und nur eingeschränkte Durchsetzbarkeit des auf transnationaler Ebene erzeugten „Besonderen Vertragsrechts“ zu kompensieren, andererseits, um transnationale Vertragsrechtsregime gesamtgesellschaftlich rückzubinden und hierdurch legitimatorisch abzusichern. Gerade das Zusammenwirken privater und staatlicher Ordnungselemente erweist sich hierbei als probate Strategie zur Überwindung des Unsicherheitsproblems grenzüberschreitender Transaktionen. Die Heranziehung staatlichen Rechts in den transnationalen Ordnungszusammenhang erfolgt innerhalb der untersuchten Vertragsrechtsregime allerdings gezielt – insbesondere mittels Rechtswahl- und Gerichtsstandsvereinbarungen – und entscheidet darüber, welche staatlichen Rechtsordnungen die Transnationalisierung des Rechts mitgestalten und welche mittel- und langfristige an praktischer Bedeutung verlieren. Vor diesem Hintergrund stellt sich für jede staatliche Rechtsordnung die Frage, wie sie sich zu transnationalen Ordnungsstrukturen wie den Vertragsrechtsregimen von ICC, LMA und ISDA verhalten kann und sollte. Ihr ist der zweite Teil der Untersuchung gewidmet.

---

<sup>234</sup> *Galgano*, Ann. Surv. Int'l & Comp. L. 2 (1995), 99, 106; vgl. auch *Michaels*, Wayne L. Rev. 51 (2005), 1209, 1236 ff.; *Maurer*, Die Inhaltskontrolle transnationalen Rechts (2010), 21 ff.

<sup>235</sup> Vgl. *Eidenmüller*, JZ 2009, 641, 648 ff.; *Maultzsch*, in: Kadelbach (Hrsg.), Wettbewerb der Systeme (2017), 47, 67 ff.

<sup>236</sup> Vgl. *Rühl*, in: Eidenmüller (Hrsg.), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution (2013), 287, 291 ff.



## Teil 2

# Privatrechtsdogmatische Rekonstruktion

„Every major change in social behavior has an impact on law. And every major change in law has its roots in changes outside of it, in social behavior.“<sup>1</sup>

Lawrence M. Friedman

Im ersten Teil der Arbeit wurde das Phänomen der Herausbildung transnationaler Vertragsrechtsregime im Finanzbereich aus einer externen Beobachterperspektive analysiert, wobei festgestellt worden ist, dass das staatliche Recht funktionaler Bestandteil dieser Ordnungsarrangements bleibt. Der nun folgende zweite Teil der Untersuchung nimmt einen Blickwechsel vor: Er stellt die Frage ins Zentrum, wie aus der Sicht des staatlichen Rechts mit diesen transnationalen Ordnungsstrukturen umgegangen werden kann und sollte.<sup>2</sup> Konkret wird dabei die Teilnehmerperspektive des Rechtsanwenders der deutschen Rechtsordnung eingenommen.<sup>3</sup> Aus dieser internen Perspektive fragt der zur Entscheidung eines Rechtsstreits berufene Jurist nicht in erster Linie nach der gesellschaftsempirischen Realität, sondern nach dem rechtspraktisch verwertbaren Argument.<sup>4</sup> Insbesondere staatliche Gerichte können schon aufgrund ihrer verfassungsrechtlichen Bindungen nicht auf beliebige normative Entscheidungsmaßstäbe, sondern nur auf diejenigen des *für sie* geltenden Rechts zurückgreifen.<sup>5</sup> Eine Rechtsordnung muss selbst und nach eigenen Maßstäben darüber entscheiden,

---

<sup>1</sup> L. Friedman/Hayden, *American Law* (3. Aufl. 2017), 289. Vgl. speziell für das Handelsrecht Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrechts* (1891, Nachdruck 1957), 33: „Alles positive Recht ist äußere Entfaltung und Anerkennung der den jederzeitigen Lebensverhältnissen (Thatbeständen) immanenten natürlichen Rechtsnormen.“

<sup>2</sup> Vgl. zu dieser Perspektive etwa Canaris, in: Basedow (Hrsg.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht* (2000), 5, 13 ff.; Horn, in: FS Schmidt (2009), 705, 712 ff.

<sup>3</sup> Häufiger Vorwurf an sozialwissenschaftliche Ansätze ist gerade, dass diese dem Erkenntnisinteresse des auf Rechtsanwendung bedachten Juristen nicht genügen würden; so etwa G. Bachmann, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Privates Recht* (2012), 207, 210.

<sup>4</sup> Vgl. Di Fabio, in: Gripp-Hagelstange (Hrsg.), *Niklas Luhmanns Denken* (2000), 139, 142; Canaris, in: Basedow (Hrsg.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht* (2000), 5, 17.

<sup>5</sup> Vgl. C. Möllers, *Gewaltengliederung* (2005), 95 ff.

welche normativen Verhaltenserwartungen sie als rechtliche schützt und welche nicht.<sup>6</sup> Auf transnationaler Ebene generierte Normen sind deshalb für staatliche Gerichte kein Entscheidungskriterium, solange und soweit das staatliche Recht sie nicht zu einem solchen erhebt.<sup>7</sup> Vor diesem Hintergrund erklärt sich der häufig erhobene Vorwurf an einen sozialwissenschaftlich inspirierten Rechtsbegriff, für den juristischen Diskurs nicht anschlussfähig zu sein.<sup>8</sup> Wohl nirgendwo sonst erschallt diese Kritik lauter als in der deutschen Rechtswissenschaft, die traditionell sowohl methodisch als auch personell eng mit der Rechts-, vor allem Gerichtspraxis verbunden ist<sup>9</sup> und sich auch deshalb in weiten Teilen der Verteidigung eines *strictly legal point of view* verpflichtet sieht.<sup>10</sup>

Klar ist aber auch: Staatliche Rechtsordnungen sind in der täglichen Rechtsanwendung immer häufiger mit Phänomenen transnationaler Ordnung wie den untersuchten Vertragsrechtsregimen des grenzüberschreitenden Finanzverkehrs konfrontiert und müssen sich zu diesen verhalten. Die Frage ist daher nicht mehr „ob“, sondern „wie“ mit der transnationalen Ordnungswirklichkeit umgegangen wird.<sup>11</sup> Dabei offenbaren sich allerdings gerade in der Gerichtspraxis erhebliche Einordnungsschwierigkeiten und fehlt es an geeigneten dogmatischen Begriffen und Kategorien, um die Spezifika des Phänomens präzise zu beschreiben und wertungskonsistent mit diesen umzugehen.<sup>12</sup> Die Arbeit unternimmt im Folgen-

<sup>6</sup> Vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (1993), 77 ff.; *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213, 253.

<sup>7</sup> Vgl. *L. Friedman*, Stan. J. Int'l L. 37 (2001), 347, 356 f., *Kansaku*, in: Murakami/Marutschke/Riesenhuber (Hrsg.), Globalisierung und Recht (2007), 141, 145.

<sup>8</sup> In diese Richtung etwa *G. Bachmann*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht (2012), 207, 210. Vgl. zur Erklärung dieser Sichtweise von *Benda-Beckmann*, JLP 47 (2002), 37, 40.

<sup>9</sup> *Kuntz*, AcP 219 (2019), 254, 280, 285 ff.

<sup>10</sup> Exemplarisch *Ernst*, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007), 3, 15 ff.; *Lobinger*, AcP 216 (2016), 28, 39, 79. Kritisch hierzu *Grünberger*, AcP 219 (2019), 924, 930, 941 f.

<sup>11</sup> Vgl. *Galanter*, JLP 19 (1981), 1, 27; *Renner*, AcP 213 (2013), 677, 715. Schon 1929 hatte *Hans Großmann-Doerth* zugespitzt befürchtet, dass Juristen bald vor der Entscheidung stünden, das „autonome Recht [des Welthandels] in positiver Anerkennung [zu] bejahen“ oder dieses misstrauisch zu bewachen und stärkstmöglich zurückzudrängen; siehe *Großmann-Doerth*, JW 58 (1929), 3447, 3448. Heute ist die Lage angesichts der Vielschichtigkeit transnationaler Ordnungsstrukturen indes komplexer und lässt sich kaum auf ein solch dualistisches Entweder-oder der Reaktion reduzieren.

<sup>12</sup> Zur Gerichtspraxis *Michaels*, in: Müller u. a. (Hrsg.), The Law of the Future and the Future of Law (2012), 165, 172; vgl. auch die Rechtsprechungsauswertungen zu den ICC Incoterms, zu den ERA sowie zu den UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts bei *Jarass*, Privates Einheitsrecht (2019), 139 ff., 167 ff., 195 ff.; *Calliess/Jarass*, in: P. Berman (Hrsg.), The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism (2020), 748, 764 ff. Exemplarisch für diese Einordnungsschwierigkeiten am Beispiel der ERA OLG München WM 1996, 2335, 2336.



den den Versuch, zunächst ein begriffliches Instrumentarium für die einheitsstiftende Handhabung der untersuchten Erscheinungsform transnationaler Ordnung im staatlichen Recht zu entwickeln (§ 3) und sodann Möglichkeiten zu deren kontextsensibler Verarbeitung im staatlichen Kollisions- (§ 4), materiellen Vertrags- (§ 5) und Internationalen Zivilverfahrensrecht (§ 6) aufzuzeigen.

### § 3 Der Begriff des transnationalen Vertrages als Verarbeitungsvorschlag

Jede Rechtsordnung entscheidet grundsätzlich selbst und nach dem eigenen Sekundärnormenprogramm, was für sie intern als Recht gilt und was nicht.<sup>1</sup> Insofern kann man zwar nicht von einem *Rechtsetzungsmonopol*, wohl aber von einem – wenngleich auf den eigenen Wirkungskreis beschränkten – *Rechtsanerkennungsmonopol* sprechen.<sup>2</sup> Erst diese Anerkennung verschafft Normen, die nicht originär von den eigenen Legislativorganen gesetzt werden, rechtsordnungsinterne Bedeutung.<sup>3</sup> Hierbei kann die in Rechtsordnung A vorherrschende Position von derjenigen in Rechtsordnung B durchaus abweichen.<sup>4</sup> In jeder staatlichen Rechtsordnung finden sich Verhältnisbestimmungen dieser Art beispielsweise in Bezug auf andere staatliche Rechtsordnungen, das supranationale Recht der EU sowie das Völkerrecht (in Deutschland etwa Art. 23 bis 25 und Art. 59 Abs. 2 GG).<sup>5</sup> Die Frage nach einer Verhältnisbestimmung stellt sich je-

---

<sup>1</sup> Vgl. Renner, *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 223 f.; Michaels, in: Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 39, 54.

<sup>2</sup> So bezogen auf die staatliche Rechtsordnung F. Kirchof, *Private Rechtsetzung* (1987), 48 ff., 107 ff., 133 f.; vgl. auch G. Bachmann, *Private Ordnung* (2006), 62 f., 122; Buck-Heeb/Dieckmann, *Selbstregulierung im Privatrecht* (2010), 214 f.; Jarass, *Privates Einheitsrecht* (2019), 88.

<sup>3</sup> Michaels, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 621; vgl. auch F. Kirchof, *Private Rechtsetzung* (1987), 48 ff., 134; Stoffels, *Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge* (2001), 256; Michaels, *Wayne L. Rev.* 51 (2005), 1209, 1235 f.; Damler, *Das gesetzlich privilegierte Muster im Privatrecht* (2015), 83.

<sup>4</sup> Schultz, *Am. J. Juris.* 56 (2011), 59, 84; Michaels, in: Roughan/Halpin (Hrsg.), *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence* (2017), 90, 108 f.; Michaels, in: P. Berman (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism* (2020), 629, 643. Ausführlich zum relativen Rechtsbegriff oben § 1 III. 2. c) (S. 111 ff.).

<sup>5</sup> Viellechner, *Transnationalisierung des Rechts* (2013), 253. Auf Grundlage der hier vertretenen systemtheoretischen Sichtweise erscheinen auch die auf der „Brückentheorie“ beruhende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Geltungsgrund des Rechts der EU einerseits (grundlegend BVerfGE 89, 155, 188, 210) und das in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Ausdruck kommende Verständnis der EU als eigenständiger, aus sich heraus geltungserzeugender supranationaler Rechtsordnung andererseits (grundlegend EuGH, Urteil vom 5.2.1963, Rs. 26/62 – Van Gend & Loos, 7, 25) nicht als Widerspruch, sondern als Ausdruck zweier unterschiedlicher, aber grundsätzlich gleichrangiger Perspektiven.

doch auch hinsichtlich transnationaler Ordnungsregime, die einen bereichsspezifischen rechtlichen Geltungsanspruch erheben.<sup>6</sup>

## I. Idealtypische Möglichkeiten des Umgangs mit transnationalen Ordnungsstrukturen

Die Skala idealtypischer Umgangsmöglichkeiten mit einem solchen Geltungsanspruch ist weit und reicht, wie vor allem *Ralf Michaels* in Bezug auf nichtstaatliche Regelwerke allgemein herausgearbeitet hat, von einer Gleichordnung über Einordnungen im Wege der Inkorporation, Delegation oder Deferenz bis hin zum Ausschluss jeder rechtlichen Relevanz.<sup>7</sup>

### 1. Gleichordnung

Eine *Gleichordnung* liegt vor, wenn die innerhalb von transnationalen Ordnungsregimen generierten Normen vom staatlichen Recht als eigenständige Erscheinungsformen von Recht anerkannt und insoweit in gleicher Weise behandelt werden wie ausländisches staatliches Recht.<sup>8</sup> Dies würde sich in erster Linie in der Zulassung einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl transnationaler Regelwerke wie der Musterdokumente von ICC, LMA und ISDA äußern – wie sie nach herrschender Lesart etwa im staatlichen Schiedsverfahrensrecht möglich ist (vgl. Art. 28 UNCITRAL ML und im deutschen Recht den darauf beruhenden § 1051 ZPO)<sup>9</sup> – und ginge mit einer Loslösung vom Paradigma des staatlichen Rechtsetzungsmonopols einher, wenngleich es der anererkennenden staatlichen Rechtsordnung vorbehalten bliebe, die konkreten Gleichordnungsbedingungen selbst festzulegen.

### 2. Einordnung

Von einer *Einordnung* ist demgegenüber auszugehen, wenn eine staatliche Rechtsordnung den innerhalb von transnationalen Ordnungsregimen erzeugten Normen zwar keine eigenständige Rechtsqualität, aber abgeleitete rechtliche Re-

---

<sup>6</sup> Vgl. *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 621; *Michaels*, in: *Calliess* (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 39, 53.

<sup>7</sup> Grundlegend *Michaels*, *Wayne L. Rev.* 51 (2005), 1209, 1228 ff.

<sup>8</sup> Praktisch kommt eine solche vollständige Gleichordnung bislang in keiner staatlichen Rechtsordnung vor. Zu möglichen Gründen hierfür *Michaels*, *Wayne L. Rev.* 51 (2005), 1209, 1243, 1248 f.

<sup>9</sup> *Martiny*, in: *FS Schütze* (1999), 529, 536 f.; *Wegen/Asbrand*, *RIW* 2016, 557, 559 f.

levanz zugesteht, was im Wege der *Inkorporation*, *Delegation* oder *Deferenz* erfolgen kann.<sup>10</sup>

Unter *Inkorporation* ist die Aufnahme des auf transnationaler Ebene generierten Normtextes oder jedenfalls Norminhalts in das staatliche Recht zu verstehen.<sup>11</sup> Ein unmittelbarer Einfluss des transnationalen Normsetzers auf die umsetzende staatliche Rechtsvorschrift bestünde in diesem Fall nicht; vielmehr käme der auf transnationaler Ebene erzeugten Norm lediglich eine präskriptive Vorbildfunktion zu.<sup>12</sup> Als Anwendungsbeispiel für diese Einordnungsstrategie im deutschen Recht kann § 104 InsO genannt werden, welcher unter anderem die Close-out Netting-Bestimmungen des ISDA Master Agreement und anderer Rahmenverträge im staatlichen Insolvenzrecht widerspiegelt und zugunsten dieser eine Ausnahmeregelung unter anderem hinsichtlich des Erfüllungswahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO vorsieht.<sup>13</sup> Als Unterform der Inkorporation kann zudem die gesetzliche Verweisung auf transnational erzeugte Normen gedeutet werden.<sup>14</sup> Dieser Technik folgt etwa die Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Juli 2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards, welche der Europäischen Kommission die Möglichkeit einräumt, die vom International Accounting Standards Board (IASB) herausgegebenen International Accounting Standards und International Financial Reporting Standards sowie die damit verbundenen Auslegungsmaßgaben (SIC/IFRIC-Interpretationen) in ihrer jeweils aktuellen Fassung für unionsintern anwendbar zu erklären (im deutschen Recht umgesetzt in § 325 Abs. 2a S. 1 i. V. m. § 315e Abs. 1 HGB).<sup>15</sup>

Im Falle der *Delegation* hingegen überträgt die staatliche Rechtsordnung eine nach eigenen Bedingungen definierte und begrenzte Kompetenz zur Setzung von Rechtsnormen an einen externen Regelsetzer.<sup>16</sup> Hierbei würde die betreffende

<sup>10</sup> Vgl. *Michaels*, Wayne L. Rev. 51 (2005), 1209, 1231 ff.; *Michaels*, Ind. J. Global Legal Stud. 14 (2007), 447, 461.

<sup>11</sup> *Michaels*, Wayne L. Rev. 51 (2005), 1209, 1231 ff.; *Michaels*, Ind. J. Global Legal Stud. 14 (2007), 447, 461; vgl. auch *Schwarcz*, Nw. U. L. Rev. 97 (2002), 319, 324 ff.; *Augsberg*, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft (2003), 174 f.

<sup>12</sup> Vgl. am Beispiel von Principles im Vertragsrecht *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 589.

<sup>13</sup> Für eine kritische Darstellung der deutschen Umsetzungsvorschrift siehe *Lehmann/Flöther/Gurlit*, WM 2017, 597, 602 ff.

<sup>14</sup> Vgl. *Augsberg*, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft (2003), 174; *Engler*, Private Regelsetzung (2017), 61 ff.

<sup>15</sup> Eingehende Darstellung bei *Augsberg*, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft (2003), 218 ff.; *Hohl*, Private Standardsetzung im Gesellschafts- und Bilanzrecht (2007), 139 ff. Ausführlich zu Hintergrund, Organisationsstruktur und Bedeutung des IASB *Büthe/Mattli*, *The New Global Rulers* (2011), 68 ff.

<sup>16</sup> *Michaels*, Wayne L. Rev. 51 (2005), 1209, 1234 f.; *Michaels*, Ind. J. Global Legal Stud. 14 (2007), 447, 461; vgl. auch *Schwarcz*, Nw. U. L. Rev. 97 (2002), 319, 326 f.

Regel als Rechtsquelle anerkannt, bliebe aber hierarchisch untergeordnet, weil sich der staatliche Rechtssetzer die Einräumung und den Zuschnitt wie auch die Entziehung der Rechtsetzungsbefugnis vorbehielte.<sup>17</sup> Ein Beispiel für diese Einordnungsstrategie ist die Berücksichtigung transnationaler Regelwerke wie der Musterdokumente von ICC, LMA und ISDA als Teil des vom staatlichen Recht in einigen Vorschriften in Bezug genommenen Gewohnheitsrechts,<sup>18</sup> wie sie etwa im US-amerikanischen Recht in § 5-116 lit. c UCC in Bezug auf die ERA angeordnet wird.<sup>19</sup>

Im Rahmen der dritten Einordnungsmöglichkeit – *Deferenz* – wird transnationalen Regelsetzern Regelungsautonomie zugestanden, jedoch ohne dass die erzeugten Normen gerade als Rechtsnormen anerkannt werden.<sup>20</sup> Stattdessen würde lediglich eine Berücksichtigung als bei der Anwendung staatlicher Rechtsregeln, namentlich bei der Ausfüllung von auf „Gewohnheiten“, Gebräuche“ oder die „Verkehrssitte“ bezugnehmenden Tatbestandsmerkmalen potenziell relevante Tatsache erfolgen.<sup>21</sup> Als Beispiel für diese Einordnungsstrategie im deutschen Recht kann die Heranziehung transnationaler Norminhalte im Rahmen der Anwendung von Generalklauseln wie § 138 Abs. 1 BGB oder § 242 BGB genannt werden.<sup>22</sup> Ausprägungen von Defferenz können daneben auch gesetzlich vorgesehene Privilegierungen sein, welche privat erzeugte Regelwerke von bestimmten Kontrollmaßstäben oder sonstigen Einschränkungen des staatlichen Rechts freistellen<sup>23</sup> – ein Ansatz, der sich im deutschen Recht beispielsweise in § 310 Abs. 1 S. 3 BGB zugunsten der vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen verantworteten Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) findet.<sup>24</sup>

---

<sup>17</sup> Vgl. *Michaels*, Wayne L. Rev. 51 (2005), 1209, 1234; *Michaels*, in: Roughan/Halpin (Hrsg.), In Pursuit of Pluralist Jurisprudence (2017), 90, 97 f.

<sup>18</sup> *Jarass*, Privates Einheitsrecht (2019), 115.

<sup>19</sup> Vgl. *Levit*, Emory L. J. 57 (2008), 1147, 1153, 1182 f.

<sup>20</sup> *Michaels*, Wayne L. Rev. 51 (2005), 1209, 1233 f.; *Michaels*, Ind. J. Global Legal Stud. 14 (2007), 447, 461; *Michaels*, in: Roughan/Halpin (Hrsg.), In Pursuit of Pluralist Jurisprudence (2017), 90, 97; vgl. auch *Collins*, in: Grundmann/Möslein/Riesenhuber (Hrsg.), Contract Governance (2015), 383, 402.

<sup>21</sup> *Michaels*, Wayne L. Rev. 51 (2005), 1209, 1233 f.; *Michaels*, Ind. J. Global Legal Stud. 14 (2007), 447, 461; *Michaels*, in: Roughan/Halpin (Hrsg.), In Pursuit of Pluralist Jurisprudence (2017), 90, 97; vgl. auch *F. Kirchhof*, Private Rechtsetzung (1987), 154 f.; *T. Möllers*, in: FS Buchner (2009), 649, 662 f.

<sup>22</sup> In diese Richtung etwa *Canaris*, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht (2000), 5, 16 ff.; *Horn*, in: FS Schmidt (2009), 705, 713.

<sup>23</sup> Ein Beispiel für einen solchen Vorschlag *de lege ferenda* im Hinblick auf anerkannte Regeln und Musterverträge des internationalen Handelsverkehrs findet sich bei *Maurer*, *Lex Maritima* (2012), 100.

<sup>24</sup> Ausführlich zu diesem Beispiel *Damler*, *Das gesetzlich privilegierte Muster im Privat-*

### 3. Ausschluss

Schließlich besteht auch die Möglichkeit eines *Ausschlusses* jeder rechtlichen Relevanz transnationaler Normen.<sup>25</sup> Einzelne Staaten können die Herausbildung transnationaler Ordnungsstrukturen zwar nicht verhindern, diese aber sehr wohl als für die interne Rechtsanwendung bedeutungslos ignorieren.<sup>26</sup> Transnationalen Norminhalten könnte in diesem Fall rechtsordnungsintern allenfalls auf dem indirekten Wege Einfluss zukommen, dass kollisionsrechtlich auf eine andere staatliche Rechtsordnung verwiesen wird, innerhalb derer die einschlägigen transnationalen Regelungen wiederum gleich- oder eingeordnet und damit zum Bestandteil des kollisionsrechtlich zur Anwendung berufenen staatlichen Rechts werden.<sup>27</sup>

### 4. Grenzen der allgemeinen Typisierung

Bei den zuvor vorgestellten Umgangsmöglichkeiten nach *Michaels* handelt es sich um verallgemeinernde Typisierungen, die zwar analytisch hilfreich sind, sich jedoch in einzelnen staatlichen Rechtsordnungen kaum je in Reinform umgesetzt finden lassen. Dies dürfte nicht zuletzt daran liegen, dass ein einzelfallübergreifendes Konzept nichtstaatlicher Regelwerke oder gar „transnationalen Rechts“ in den allermeisten staatlichen Rechtsordnungen nicht vorgesehen ist. Schon die genannten Beispiele aus dem deutschen Recht zeigen, dass innerhalb einer einzigen Rechtsordnung Ausprägungen ganz unterschiedlicher Umgangsmöglichkeiten vorhanden sein können. Hinzu kommt, dass die den Schwerpunkt dieser Untersuchung bildenden transnationalen Vertragsrechtsregime des grenzüberschreitenden Finanzverkehrs wie gezeigt zwar als transnationales, aber gerade nicht als ausschließlich „nichtstaatliches“ Recht gedeutet werden können, sondern durchgehend auch staatliche Elemente enthalten und mit staatlichen Rechtsordnungen verknüpft werden. Auch deshalb lässt sich die Frage nach der Verarbeitung transnationaler Ordnungsstrukturen aus der Binnenperspektive des staatlichen Rechtsanwenders kaum kategorisch und übergreifend mit „Gleichordnung, Einordnung oder Ausschluss“, sondern meist nur anhand konkreter Anwendungs- und Auslegungsfragen beantworten.

---

recht (2015), 42 ff., 130, 136 f.; vgl. auch *Maurer*, Die Inhaltskontrolle transnationalen Rechts (2010), 9 f.

<sup>25</sup> *Michaels*, Wayne L. Rev. 51 (2005), 1209, 1228 ff. Ähnlich *Forsyth*, JLP 56 (2007), 67, 75 ff.

<sup>26</sup> Vgl. *Michaels*, Wayne L. Rev. 51 (2005), 1209, 1228. Noch weitergehend könnte das staatliche Recht den Rückgriff auf diese Strukturen aktiv sanktionieren, was praktisch allerdings kaum vorkommt; vgl. hierzu *Forsyth*, JLP 56 (2007), 67, 73 f.

<sup>27</sup> Vgl. *Michaels*, Wayne L. Rev. 51 (2005), 1209, 1229.



Gerade hierbei fehlt es jedoch wiederum an einheitsstiftenden Begriffen, die einen das jeweilige Einzelproblem übersteigenden kohärenten Umgang mit transnationalen Ordnungsstrukturen ermöglichen würden.<sup>28</sup> Herkömmliche dogmatische Kategorien, die in Rechtsprechung und Literatur für die Einordnung transnationaler Regelwerke vorgeschlagen werden – wie Vertragsklauseln, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Gewohnheitsrecht oder Handelsbrauch<sup>29</sup> –, helfen nur bedingt weiter.<sup>30</sup> Zwar können einzelne Bestimmungen etwa der Musterdokumente von ICC, LMA und ISDA durchaus die tatbestandlichen Voraussetzungen solcher Kategorien erfüllen, doch ist dies jeweils von den Umständen des Einzelfalls abhängig und deshalb nicht als gemeinsamer Nenner verallgemeinerungsfähig. So wird etwa eine Einordnung als bilaterale Vertragsvereinbarung der Tatsache nicht gerecht, dass die Inhalte eines auf die Musterdokumente der ICC, LMA und ISDA zurückgreifenden Vertrages typischerweise zu großen Teilen eben nicht individuell ausgehandelt werden, sondern auf Konvergenz mit zahlreichen gleichgelagerten Einzelverträgen ausgelegt sind, zu welchen wirtschaftliche oder rechtliche Interdependenzen bestehen können. Dann aber erscheint es beispielsweise wenig sachgerecht, eine vorrangig am subjektiven Vorstellungshorizont der Parteien orientierte Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB vorzunehmen. Andererseits mag die Verwendung eines Musters der ICC, LMA oder ISDA zwar häufig dem Szenario des Stellens Allgemeiner Geschäftsbedingungen entsprechen; ebenso wird man jedoch in vielen Fällen von einem gemeinsamen Verwendungswillen von auf Augenhöhe befindlichen Parteien ausgehen können und wird es unter professionellen Marktteilnehmern oft vom Zufall abhängen, welche Partei das einschlägige Dokument zuerst in die Verhandlungen einführt und folgerichtig im AGB-rechtlichen Sinne als „Verwender“ zu qualifizieren wäre.<sup>31</sup> Unter Umständen mögen einzelne Elemente der Musterdokumente auch eine dauernde Übung und geteilte Überzeugung verkörpern oder diese verstärken, sich so zum Handelsbrauch oder gar zu Gewohnheitsrecht verfestigen. Dies wiederum gilt aber sicherlich nicht für neu eingefügte oder bei Revisionen überarbeitete Bestandteile der Musterdokumente sowie deren laufende Fortentwicklungen durch die regelsetzenden Organisationen, welchen dennoch unmittelbar eine weitreichende normative Bedeutung für die adressierten Verkehrskreise zukommt.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> Vgl. *Schroeder*, in: Jb. J. ZivRWiss. 2002 (2003), 257, 278.

<sup>29</sup> Vgl. am Beispiel der ERA den Überblick bei *Maurer*; *Lex Maritima* (2012), 52 ff.; *Wedemann*, in: MüKo HGB, Band 6 (4. Aufl. 2019), H. Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handel, Rn. 65 f.

<sup>30</sup> *Jarass*, *Privates Einheitsrecht* (2019), 235 ff.

<sup>31</sup> Vgl. am Beispiel der ERA *Häberle*, in: Häberle (Hrsg.), *Handbuch für Kaufrecht, Rechtsdurchsetzung und Zahlungssicherung im Außenhandel* (2002), 755, 760.

<sup>32</sup> Vgl. *Horn*, in: FS Schmidt (2009), 705, 714 f.; *Jarass*, *Privates Einheitsrecht* (2019), 166,

Diese Beispiele verdeutlichen, dass die herkömmlichen und in diesem Zusammenhang in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft üblicherweise herangezogenen dogmatischen Kategorien des deutschen Rechts zwar allesamt bei der Verarbeitung transnationaler Ordnungsstrukturen wie der Vertragsrechtsregime von ICC, LMA und ISDA relevant werden können, sich allein aber als unzureichend erweisen, um die spezifischen Eigenheiten dieser Strukturen einzelfallübergreifend und problemgerecht zu erfassen.<sup>33</sup> Versuche wiederum, diesem Missstand durch die Forderung nach Anerkennung einer neuen Rechtsquellenkategorie abzuwehren,<sup>34</sup> erscheinen zumindest *de lege lata* als wenig erfolgversprechend.

Als Alternativvorschlag soll im Folgenden auf Grundlage des Leitbilds responsiver Rechtsdogmatik<sup>35</sup> die auf den Einzelvertrag zugeschnittene und phänomenspezifische dogmatische Kategorie des *transnationalen Vertrages* entwickelt werden.

## II. Das Leitbild der responsiven Rechtsdogmatik

Jede Form gesellschaftlichen Zusammenlebens ist auf ein Mindestmaß an Vor- aussehbarkeit und Verlässlichkeit des Verhaltens anderer Personen angewiesen. Hierzu leistet das Recht einen entscheidenden Beitrag, indem es normative Verhaltenserwartungen absichert, individuelle Handlungsmöglichkeiten einschränkt und hierdurch Komplexität reduziert.<sup>36</sup> Die normativen Verhaltenserwartungen innerhalb einer Gesellschaft entwickeln sich allerdings dynamisch, weshalb sich auch das Recht beständig weiterentwickeln und an gewandelte Begebenheiten anpassen muss, um in einem angemessenen Verhältnis zur sozialen Wirklichkeit

---

238 f.; am Beispiel der ERA *Häberle*, in: Häberle (Hrsg.), Handbuch für Kaufrecht, Rechtsdurchsetzung und Zahlungssicherung im Außenhandel (2002), 755, 760 f.

<sup>33</sup> Vgl. am Beispiel der ERA *Haas*, in: Ellenberger/Bunte (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch (6. Aufl. 2022), § 103, Rn. 20: „Dilemma [...], dass nach deutscher Rechtssystematik auch ein weltweit praktiziertes Reglement [...] immer nur entweder als Gesetzes- bzw. Gewohnheitsrecht oder als AGB klassifiziert werden kann. Es gibt jedoch keine zusätzliche Rechtskategorie für ein Regelwerk, das auf einem internationalen Konsensus aller Beteiligten beruht und sich der Einordnung in die vorstehenden Alternativen entzieht.“

<sup>34</sup> In diese Richtung geht der Vorschlag zur Anerkennung „privaten Einheitsrechts“ nach *Jarass*, Privates Einheitsrecht (2019), 243 ff., wengleich diese versucht, die Rechtsquellenproblematik durch den Kunstgriff der Formulierung von privatem Einheitsrecht als „Tatbestand“ zu umgehen, für den es allerdings an gesetzlichen Anhaltspunkten fehlt.

<sup>35</sup> Angelehnt an *Grünberger*, AcP 219 (2019), 924 ff.; vgl. auch *Viellechner*, Der Staat 51 (2012), 559, 569 ff.; *Teubner*, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich (2015), 145, 158 ff.; in Ansätzen auch schon *Teubner*, ASRP 68 (1982), 13, 18 ff.

<sup>36</sup> Grundlegend *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (1993), 124 ff., insbesondere 132.

zu stehen.<sup>37</sup> Dies setzt zunächst eine adäquate Wahrnehmung und Verarbeitung gesellschaftlicher Praktiken und Verhaltensmuster voraus,<sup>38</sup> wobei der Rechtsdogmatik eine entscheidende Übersetzungsfunktion zukommt. Sie ist darauf angelegt, „Einheit in die Vielheit zu bringen“ und rechtliche Begriffe und Kategorien zu schaffen, die es erlauben, die gesellschaftliche Realität komplexitätsreduzierend, aber nicht unterkomplex für das Kommunikationssystem Recht beschreibbar und unter Bezugnahme auf das dem internen Rechtsanwender einer spezifischen Rechtsordnung verbindlich vorgegebene positivrechtliche Material verarbeitbar zu machen.<sup>39</sup> Auf diesem Wege können auch neuartige gesellschaftliche Entwicklungen in das bestehende System eingepflegt werden, ohne dass hierfür eine schon praktisch kaum zu leistende ständige legislative Erneuerung des positiven Rechts erforderlich wäre.<sup>40</sup> Dabei geht es jedoch – entgegen anderslautender Kritik – gerade nicht darum, den Rahmen des geltenden Rechts zu verlassen und in die Sphäre der Rechtspolitik überzutreten,<sup>41</sup> sondern vielmehr um eine fortlaufende Mit- und Weiterentwicklung des positiven Rechts durch dessen sowohl verfassungsrechtlich als auch methodisch zulässige (Re-)Interpretation.<sup>42</sup> Nur auf diesem Wege kann das textlich verstetigte *law in the books* unmittelbar mit dem sich laufend fortentwickelnden *law in action* verbunden bleiben und seine gesellschaftliche Steuerungskraft erhalten und entfalten.<sup>43</sup>

Eine dieser Zielvorgabe verpflichtete Rechtsdogmatik verhält sich „responsiv“, indem sie einerseits für – auch und gerade sozialwissenschaftlich zu erschließende – gesellschaftliche Erwartungs(fort)bildungen empfänglich ist,<sup>44</sup> andererseits die eigene Rolle als komplementär versteht und den eigenen Gestaltungsanspruch des Rechts nicht etwa preisgibt, sondern lediglich stärker in seinen

---

<sup>37</sup> Behrens, *RabelsZ* 50 (1986), 19, 22; Abegg, *ZSR* 2005, 435, 438 f.; Amstutz, *Globale Unternehmensgruppen* (2017), 5 f.; L. Friedman/Hayden, *American Law* (3. Aufl. 2017), 261, 286, 289; Grünberger, *AcP* 219 (2019), 924, 930.

<sup>38</sup> Vesting, *VVDStRL* 63 (2004), 41, 98; Wielsch, in: FS Teubner (2009), 395, 396; Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 49; vgl. auch Stoffels, *Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge* (2001), 4.

<sup>39</sup> Vgl. Grünberger, *AcP* 219 (2019), 924, 929; im Ansatz auch schon Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974), 50.

<sup>40</sup> Vgl. Teubner, *Standards und Direktiven in Generalklauseln* (1971), 66; Vesting, *JURA* 2001, 299, 304; Wielsch, *Mod. L. Rev.* 81 (2018), 958, 986 ff.

<sup>41</sup> In diese Richtung zielt beispielsweise die Kritik von Riesenhuber, *AcP* 219 (2019), 892, 898, 913 ff.

<sup>42</sup> Vgl. zur (re-)konstruktiven Rolle der Dogmatik in der Rechtsfortentwicklung Seinecke, in: Vellechner (Hrsg.), *Verfassung ohne Staat* (2019), 131, 135.

<sup>43</sup> Grundlegend zu dieser Unterscheidung Pound, *Am. L. Rev.* 44 (1910), 12, 15 ff., 35 f.

<sup>44</sup> Vellechner, *Transnationalisierung des Rechts* (2013), 267 ff.; Grünberger, *AcP* 219 (2019), 924, 929.

Rück- und Wechselwirkungen zur sozialen Umwelt reflektiert.<sup>45</sup> Dies impliziert gerade kein einseitiges und bedenkenloses rechtliches Nachzeichnen von durch gesellschaftliche Partikularinteressen geprägten Eigenwertungen,<sup>46</sup> sondern ermöglicht, wo geboten, auch die Ausdehnung kontrafaktischer Steuerungsansprüche des staatlichen Rechts, wenn korrekturbedürftige Defizite und Lücken in bestimmten Selbststeuerungsprozessen einzelner Gesellschaftsbereiche auftreten.<sup>47</sup> Wichtigstes Instrument bei dieser Übersetzungsleistung ist die kontextsensible Anwendung und Auslegung der rechtssystemeigenen Normen, die durch die Bildung geeigneter dogmatischer Begriffe und Kategorien erleichtert und geordnet werden kann.<sup>48</sup> Neben der Rechtswissenschaft kommt hierbei auch den Rechtsprechungsorganen eine entscheidende Rolle zu.<sup>49</sup> Sie sind es, die beispielsweise die konkrete rechtliche Bedeutung von Willenserklärungen und Vertragsabreden mit bindender Wirkung im Einzelfall festlegen.<sup>50</sup> Zugleich sind sie diejenigen staatlichen Institutionen, die in der Praxis am häufigsten mit Phänomenen transnationaler Ordnung – wie etwa den Musterdokumenten von ICC, LMA oder ISDA – konfrontiert sind und sich deshalb als besonders lernfähig erweisen können.<sup>51</sup> Selbst wenn der Großteil entsprechender Verträge des grenzüberschreitenden Finanzverkehrs in der Praxis nie den Weg zu einem staatlichen Richter finden wird – etwa weil beim Vertragsvollzug von vornherein keine Streitigkeiten auftreten oder solche außergerichtlich beigelegt werden –, können, wenn dies doch einmal geschieht, die Ausstrahlungs- und Signalwirkungen gerichtlicher Entscheidungen für die transnationale Vertragspraxis und den weiteren rechtlichen

<sup>45</sup> Vgl. *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213, 243 f.; *Grünberger*, AcP 219 (2019), 924, 929. Zur Möglichkeit und Gebotenheit der Reflexion sozialer, politischer und ökonomischer Kontexte innerhalb der Rechtsdogmatik auch *Lepsius*, JZ 2019, 793, 795 f.; *Harbarth*, JZ 2022, 157 ff.

<sup>46</sup> So aber einer der Kritikpunkte von *Riesenhuber*, AcP 219 (2019), 892, 913 ff., 922.

<sup>47</sup> Vgl. *Viellechner*, Der Staat 51 (2012), 559, 570 f.; *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts (2013), 269; in die gleiche Richtung auch *Harbarth*, JZ 2022, 157.

<sup>48</sup> Vgl. *Berger*, in: FS Sandrock (2000), 49, 52 ff.; *Berger*, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria (2. Aufl. 2010), 38 ff.; *Berger*, in: FS von Hoffmann (2011), 914, 918, 927; *Wielsch*, Mod. L. Rev. 81 (2018), 958, 961. In Ansätzen auch schon *Horn*, RabelsZ 44 (1980), 423, 449.

<sup>49</sup> *Michaels*, in: Muller u. a. (Hrsg.), The Law of the Future and the Future of Law (2012), 165; *Wielsch*, in: Eidenmüller (Hrsg.), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution (2013), 71, 105; *Wielsch*, Mod. L. Rev. 81 (2018), 958, 963. Vgl. auch *Kerber*, in: Zumbansen/Calliess (Hrsg.), Law, Economics and Evolutionary Theory (2011), 297, 301 f.; speziell zum Finanzbereich am Beispiel der ERA *Berger*, in: FS Schütze (1999), 103, 104; am Beispiel des ISDA-Regimes *Braithwaite*, Mod. L. Rev. 75 (2012), 779, 783, 800 ff.

<sup>50</sup> *Wielsch*, Mod. L. Rev. 81 (2018), 958.

<sup>51</sup> Vgl. *Shaffer*, Conn. L. Rev. 42 (2009), 147, 176.

Diskurs kaum überschätzt werden.<sup>52</sup> Damit werden staatliche Gerichte zu einem zentralen Forum der (Neu-)Ausrichtung des nationalen Rechts auf zunehmend transnational geprägte gesellschaftliche Ordnungszusammenhänge.<sup>53</sup> Sie erfahren ein *dédoublement fonctionnel* als einerseits kontrollierende staatliche Organe, andererseits die transnationale Ordnungsebene mitgestaltende Akteure.<sup>54</sup> Und tatsächlich finden sich gerade im Bereich des Finanzvertragsrechts insbesondere in der Rechtsprechung englischer und US-amerikanischer,<sup>55</sup> vereinzelt aber auch deutscher Gerichte<sup>56</sup> Anhaltspunkte dafür, dass eine Grundsensibilität für transnationale Ordnungszusammenhänge bereits vorhanden ist. Allerdings fehlt es hierbei bislang an einheitlichen dogmatischen Begriffen, welche diese eher „erspürten“ als klar definierten Zusammenhänge deutlich machen und auf einen gemeinsamen begrifflichen Nenner bringen können.

### III. Der Begriff des transnationalen Vertrages

Als dogmatische Figur, die eine solche Vereinheitlichung der Handhabe transnationaler Ordnungsregime wie derjenigen von ICC, LMA und ISDA im nationalen Recht leisten kann, wird hier der Begriff des *transnationalen Vertrages* vorgeschlagen. Dieser bezeichnet *privatrechtliche Verträge, die objektiv keinem gesetzlich geregelten Vertragstyp, aber im Wesentlichen den Vorgaben eines gesellschaftsbereichsspezifisch akzeptierten, in einem konsensualen Verfahren unter Einbeziehung der adressierten Verkehrskreise erzeugten und grenzüberschreitend verwendeten Musterdokuments entsprechen und deren Auslegung und Durchführung sich nach dem subjektiven Willen der Vertragsparteien an vertragsübergreifend vereinheitlichten normativen Maßstäben ausrichten sollen.*

Anstelle des zumindest *de lege lata* nicht weiterführenden Versuchs der Durchbrechung der staatlichen Rechtsquellenhierarchie wird dabei die Frage ins

---

<sup>52</sup> Vgl. *Galanter*, JLP 19 (1981), 1, 13; *Golden*, CMLJ 9 (2014), 299, 303 f.

<sup>53</sup> *P. Berman*, Tulsa J. Comp. & Int'l L. 12 (2004), 101 ff.

<sup>54</sup> *Viellechner*, Der Staat 51 (2012), 559, 579 (unter Bezugnahme auf *Scelle*, in: FS Wehberg (1956), 324 ff.); siehe auch *P. Berman*, Tulsa J. Comp. & Int'l L. 12 (2004), 101, 109; *Renner*, in: Dietz/Mattli (Hrsg.), International Arbitration & Global Governance (2014), 117, 119 f.

<sup>55</sup> Etwa *Lomas & ors (together the Joint Administrators of Lehman Brothers International (Europe) (in administration)) v. JFB Firth Rixson Inc. & ors* [2010] EWHC 3372 (Ch), Rn. 53, 75 ff.; *Anthracite Rated Investments (Jersey) Ltd. v. Lehmann Brothers Finance SA (in liquidation)* [2011] EWHC 1822 (Ch), Rn. 115. Weitere Beispiele bei *Mugasha*, BFLR 26 (2011), 381, 392 f., 397, 408 f., 436, 443; *Braithwaite*, The Financial Courts (2020), 71 ff.

<sup>56</sup> Zu den ERA etwa BGHZ 132, 313, 317 sowie die Beispiele bei *Jarass*, Privates Einheitsrecht (2019), 170 ff. Vgl. auch *Horn*, in: Berger (Hrsg.), The Practice of Transnational Law (2001), 67, 72 f. (allerdings in Bezug auf das CISG).



Zentrum gestellt, wie transnationale Ordnungszusammenhänge bei der Anwendung des staatlichen Rechts auf Einzelverträge problemangemessen verarbeitet werden können, welche die nachfolgend weiter ausbuchstabilten Elemente aufweisen und damit nach der hier vorgeschlagenen Definition in die Kategorie der transnationalen Verträge einzuordnen sind.

### 1. Privatrechtlicher Vertrag

Für das erste Element – den „privatrechtlichen“ Charakter eines Vertrages – ist maßgeblich, ob die in Rede stehende Verpflichtung freiwillig und auf Ebene der Gleichordnung eingegangen worden ist. Freilich können hieran nicht nur natürliche Personen und privatrechtliche Gesellschaften, sondern auch öffentlich-rechtliche Anstalten und Körperschaften beteiligt sein, soweit diese bei Vertragsschluss nicht in Ausübung hoheitlicher Befugnisse handeln.<sup>57</sup>

### 2. Objektive Komponente

Der Vertrag muss zweitens bei objektiver Betrachtung keinem gesetzlich geregelten Vertragstyp des deutschen Rechts (Kaufvertrag, Darlehensvertrag etc.), sondern im Wesentlichen den Vorgaben eines im betreffenden Gesellschaftsbereich weithin akzeptierten, in einem konsensualen Verfahren unter partizipativer Einbeziehung der unmittelbar adressierten Verkehrskreise erzeugten<sup>58</sup> und grenzüberschreitend verwendeten Musterdokuments entsprechend ausgestaltet sein. Ein solches wird dadurch charakterisiert, dass es von einer grenzüberschreitend tätigen Organisation – wie der ICC, LMA oder ISDA – unter Anwendung eigener Sekundärregeln generiert und mit dem Ziel zur Verfügung gestellt wird, eine weltweit einheitliche Ausgestaltung des jeweiligen Vertragstyps zu ermöglichen und hierdurch den jurisdiktionsübergreifenden Gleichlauf einer Vielzahl von Einzelverträgen sicherzustellen. Ist dies der Fall, handelt es sich bei dem zu beurteilenden Vertrag nicht mehr um einen im eigentlichen Sinne „atypischen“ Vertrag, sondern um einen auf transnationaler Ebene typisierten Vertrag.

<sup>57</sup> Dies betrifft etwa den Fall des Abschlusses von Swap-Verträgen durch Kommunen und kommunale Unternehmen; siehe hierzu *Lehmann*, ZBB 2015, 282 f.

<sup>58</sup> Auf dieser Eigenschaft fußt auch die privilegierte Behandlung der VOB/B in der deutschen Rechtsordnung; vgl. BGHZ 86, 135, 141; BGHZ 157, 346, 348 (schon bei geringer Abweichung von VOB/B greift AGB-Kontrolle im Ganzen); *Maurer*, Die Inhaltskontrolle transnationalen Rechts (2010), 9 f.; *Renner/Leidinger*, BKR 2015, 499, 500. Zum Zustandekommen der VOB/B *Damler*, Das gesetzlich privilegierte Muster im Privatrecht (2015), 47 ff.



### 3. Subjektive Komponente

Drittens müssen die Vertragsparteien auch den subjektiven Willen zum Ausdruck bringen, die Auslegung und Durchführung ihres nach dem Vorbild des einschlägigen Musterdokuments ausgestalteten Einzelvertrages an vertragsübergreifend vereinheitlichten normativen Maßstäben – sprich dem „Besonderen Vertragsrecht“ des zugehörigen transnationalen Vertragsrechtsregimes – auszurichten. Diese Maßstäbe können sich unter anderem in den durch die jeweilige Regelungsorganisation veröffentlichten Begleitmaterialien, Gutachten und Streitentscheidungen niederschlagen. Unter professionellen Marktakteuren wird ein dahingehender Wille in der Regel schon konkludent durch die Verwendung des jeweiligen Musterdokuments zum Ausdruck gebracht, soweit die Parteien nichts Gegenteiliges vereinbaren. Anderes gilt im Ausnahmefall einer Verbraucherbeteiligung: Hier wird es an einem entsprechenden subjektiven Einfügungswillen oder auch nur -bewusstsein seitens des Verbrauchers gegebenenfalls fehlen und bedarf es zusätzlicher Anhaltspunkte, um den in Rede stehenden Vertrag als transnationalen Vertrag qualifizieren zu können.

### 4. Rechtsfolgen

Mit dieser drei Elemente umfassenden Definition ist freilich noch keine Aussage über die Rechtsfolge des Vorliegens eines solchen transnationalen Vertrages im Einzelfall verbunden. Sie dient zunächst nur dazu, einen gemeinsamen begrifflichen Nenner für die Erfassung des Ordnungsphänomens einer grenz- und jurisdiktionsübergreifenden Vereinheitlichung bestimmter Vertragstypen durch transnationale Vertragsrechtsregime im staatlichen Recht bereitzustellen. Hierbei wird bewusst nicht das jeweilige auf transnationaler Ebene erzeugte Regelwerk selbst – das sich *de lege lata* kaum in die Rechtsquellenhierarchie des staatlichen Rechts einfügen lässt –, sondern der konkrete Einzelvertrag als dogmatischer Bezugspunkt gewählt, weil dieser das Bindeglied zwischen transnationaler und staatlicher Ordnungsebene darstellt: Staatliche Gerichte begegnen transnationalen Ordnungsstrukturen fast ausschließlich über die Beurteilung von Streitigkeiten aus Einzelverträgen, die transnationale Musterdokumente inkorporieren oder auf diese verweisen. Bei dieser einzelvertragsbezogenen Beurteilung kommt es aus Sicht responsiver Rechtsdogmatik dann entscheidend darauf an, erstens die transnationale Einbettung des Vertrages überhaupt zu erkennen und zweitens bei der konkreten Rechtsanwendung und Streitentscheidung im Einzelfall zu reflektieren, dass sich in dem zu beurteilenden Vertrag nicht nur die normativen Erwartungshaltungen der unmittelbar beteiligten Vertragsparteien, sondern die eines ganzen Gesellschaftsbereichs widerspiegeln, die zu den Wertungen des nationalen Rechts in Beziehung gesetzt werden müssen.

Für einen derart kontextsensiblen Umgang mit transnational eingebetteten Einzelverträgen bieten die Vorschriften des staatlichen Rechts schon *de lege lata* zahlreiche Anknüpfungspunkte. Solche potenziellen Schnittstellen zur transnationalen Ordnungsebene wurden, mit teils unterschiedlicher Schwerpunktsetzung, im Schrifttum zum transnationalen Recht unter anderem bereits als „Einfallstore“<sup>59</sup>, „Inklusionsnormen“<sup>60</sup>, „Öffnungsklauseln“<sup>61</sup>, „Rezeptionsmechanismen“<sup>62</sup>, *touchdown points*<sup>63</sup>, „Referenznormen“<sup>64</sup>, „Tertiärregeln“<sup>65</sup> oder „Transformationsnormen“<sup>66</sup> bezeichnet. Der letztgenannte Vorschlag erscheint für die Zwecke dieser Arbeit am passendsten, denn Transformation bedeutet, dass beide Beteiligten sich verändern<sup>67</sup> – und genau darum geht es: Um eine gesellschaftsadäquate Übersetzung transnationaler Ordnungszusammenhänge in das staatliche Recht einerseits und um eine damit verbundene Rekontextualisierung des staatlichen Rechts als ermöglichender, aber auch einhegender Bestandteil transnationaler Ordnungsstrukturen andererseits.<sup>68</sup> Diese Transformationsleistung kann auf drei unterschiedlichen, jedoch komplementären und vielfach ineinandergreifenden Ebenen des staatlichen Rechts erfolgen: im Kollisionsrecht, im materiellen Vertragsrecht und im Internationalen Zivilverfahrensrecht. Für alle drei Gebiete werden im Folgenden Möglichkeiten zu einem responsiven und gebietsübergreifend kohärenten Umgang mit transnationalen Verträgen aufgezeigt.

<sup>59</sup> Berger, in: FS Sandrock (2000), 49, 58; Calliess, in: ARSP-Beiheft 79 (2001), 61, 77.

<sup>60</sup> Köndgen, AcP 206 (2006), 477, 518 ff.; vgl. auch Schanze, in: Zumbansen/Calliess (Hrsg.), Law, Economics and Evolutionary Theory (2011), 335, 340 („inclusion rules“).

<sup>61</sup> Berger, in: FS Sandrock (2000), 49, 58.

<sup>62</sup> Mertens, AG 1982, 29, 36 f.; Jarass, Privates Einheitsrecht (2019), 93.

<sup>63</sup> Wai, Colum. J. Transnat'l L. 40 (2002), 209, 266.

<sup>64</sup> Schanze, in: Zumbansen/Calliess (Hrsg.), Law, Economics and Evolutionary Theory (2011), 335, 339.

<sup>65</sup> Michaels, in: Roughan/Halpin (Hrsg.), In Pursuit of Pluralist Jurisprudence (2017), 90, 108.

<sup>66</sup> Renner, AcP 213 (2013), 677, 687; Seinecke, Das Recht des Rechtspluralismus (2015), 330 f.

<sup>67</sup> C. Möllers, in: ARSP-Beiheft 79 (2001), 41, 57.

<sup>68</sup> Vgl. Shaffer/Halliday, in: Zumbansen (Hrsg.), The Oxford Handbook of Transnational Law (2021), 987, 1000; zum Begriff der Gesellschaftsadäquanz des Rechts Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik (1974), 50, 58.

## § 4 Transnationale Verträge im Kollisionsrecht

Als das speziell für den Umgang mit Rechtspluralität geschaffene Rechtsgebiet ist das staatliche Kollisionsrecht – als das „Rechtsanwendungsrecht“<sup>1</sup> einer Rechtsordnung – der erste und naheliegendste Ansatzpunkt für die erstrebte Transformationsleistung.<sup>2</sup> Es nimmt gleichsam die Rolle eines Türhüters ein,<sup>3</sup> der externen Rechtsnormen Geltung im innerstaatlichen Rechtsraum verschaffen, aber auch verwehren kann.<sup>4</sup> Dabei beruht es auf dem Eingeständnis, dass es auch außerhalb des eigenen Staates Regelungsstrukturen gibt, die sachgerechte Entscheidungsmaßstäbe für privatrechtliche Sachverhalte liefern und daher als anwendbares Recht berücksichtigungsfähig sein können.<sup>5</sup>

Primäres Ziel dieser „Öffnung nach außen“ – mit der spiegelbildlich eine Zurücknahme des Anwendungsanspruchs des heimischen Sachrechts einhergeht – ist die Herstellung eines internationalen Entscheidungseinklangs.<sup>6</sup> Im Anschluss an *von Savigny* geht insbesondere die kontinentaleuropäische Kollisionsrechtstradition von der Prämisse aus, dass ein solcher Entscheidungseinklang am ehesten durch die Zuordnung grenzüberschreitender Sachverhalte zu ihrem natürlichen „Sitz“ erreicht werden kann, unter dem herkömmlicherweise die mit dem Sachverhalt räumlich am engsten verbundene Rechtsordnung verstanden wird.<sup>7</sup> Eine vor allem an räumlichen Kriterien orientierte Betrachtungsweise erscheint allerdings für den Umgang mit transnationalen Ordnungsstrukturen wie den Vertragsrechtsregimen der ICC, LMA und ISDA nur bedingt geeignet, sind diese doch gerade durch die Zielsetzung der Überwindung territorialer

---

<sup>1</sup> *von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band I (2. Aufl. 2003), § 1, Rn. 2.

<sup>2</sup> Vgl. *Michaels*, in: P. Berman (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism* (2020), 629, 631, 636 ff.

<sup>3</sup> In Anlehnung an *Kafka*, *Vor dem Gesetz* (1915), abgedruckt in: *Hermes* (Hrsg.), *Franz Kafka. Die Erzählungen* (10. Aufl. 2008), 162 f.

<sup>4</sup> Vgl. *Siehr*, *RabelsZ* 52 (1988), 41, 84; *Hellgardt*, *RabelsZ* 82 (2018), 654, 681 f.

<sup>5</sup> *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht (9. Aufl. 2004), 6.

<sup>6</sup> Aus ökonomischer Sicht hätte ein internationaler Entscheidungseinklang insbesondere den Vorzug, die mit dem Abschluss und der Durchführung grenzüberschreitender Verträge verbundenen Transaktionskosten zu minimieren; vgl. *Basedow*, in: *FS Horn* (2006), 229, 234 ff.

<sup>7</sup> Grundlegend *von Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, Achter Band (1849), 28, 108, 118.

Grenzen geprägt und stattdessen primär über gesellschaftliche Funktionszusammenhänge definiert.<sup>8</sup> In Begegnung mit solchen transnationalen Bereichsordnungen steht das Kollisionsrecht daher vor der Herausforderung, nicht mehr nur territoriale, sondern auch funktional definierte rechtliche Geltungsansprüche abgrenzen und aufeinander abstimmen zu müssen.<sup>9</sup> Hierzu ist ein responsiv verstandenes Kollisionsrecht aber durchaus schon *de lege lata* in der Lage, wenn das bislang primär territoriale Kollisionsrechtsdenken durch ein gesellschaftliches Kollisionsrechtspadigma ergänzt wird. Wie dies in Bezug auf transnationale Verträge im Einzelnen aussehen kann, wird im Folgenden dargelegt.

## I. Rechtswahlfreiheit als Scharnier zur transnationalen Ordnungsebene

Das zentrale Instrument zur Überwindung des traditionellen reinen Territorialitätsparadigmas des Kollisionsrechts ist die Rechtswahlfreiheit (Parteiautonomie), die es Privatparteien ermöglicht, ihre Rechtsverhältnisse durch Vereinbarung einer beliebigen Rechtsordnung zu unterstellen.<sup>10</sup> Anders als bei einer lediglich „materiellrechtlichen Verweisung“ im Rahmen der sachrechtlichen Privatautonomie („unechte Rechtswahl“) – mit der die bloße Einbeziehung einer fremden Rechtsordnung oder fremder Rechtsvorschriften als Inhalt eines im Übrigen dem heimischen Recht unterliegenden Vertrages beschrieben wird – führt die echte kollisionsrechtliche Rechtswahl zum grundsätzlich vollständigen Austausch des auf den Sachverhalt anwendbaren Sachrechts.<sup>11</sup> Dadurch wird nicht nur eine Abweichung vom dispositiven, sondern gerade auch vom einfach zwingenden Recht derjenigen Rechtsordnung ermöglicht, die in Ermangelung einer Rechtswahl auf den Sachverhalt anwendbar wäre.<sup>12</sup> In jeder echten Rechtswahl liegt daher zugleich auch eine „Rechtsabwahl“.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> Vgl. *Galgano*, Ann. Surv. Int'l & Comp. L. 2 (1995), 99, 105; *Zumbansen*, *RabelsZ* 67 (2003), 637, 672. Siehe auch *Granovetter*, *Society and Economics* (2017), 33: „[...] it does not follow that such networks in a complex society must be locally defined.“

<sup>9</sup> Vgl. *Fischer-Lescano/Teubner*, *Regime-Kollisionen* (2006), 69 f.

<sup>10</sup> Vgl. *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 25 f.; *Grundmann/Grochowski*, in: *Grundmann/Grochowski* (Hrsg.), *European Contract Law and the Creation of Norms* (2021), 3, 8; mit kritischem Unterton *Pistor*, *The Code of Capital* (2019), 135, 179 f.

<sup>11</sup> Vgl. etwa *Reimann*, in: *Verschraegen* (Hrsg.), *Rechtswahl* (2010), 1, 17 f.; *Martiny*, in: *MüKo BGB*, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 15 f.

<sup>12</sup> *Renner*, *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 48, *Renner*, in: *Möslein* (Hrsg.), *Regelsetzung im Privatrecht* (2019), 165, 177 f.; vgl. auch *Leible*, in: *FS Jayme* (2004), 485.

<sup>13</sup> *Michaels*, *Party Autonomy* (2013), 5, 11 ff.; vgl. auch *Schurig*, *RabelsZ* 54 (1990), 217,

Speziell im Bereich des Schuldvertragsrechts kann die praktische Bedeutung der Parteiautonomie kaum überschätzt werden.<sup>14</sup> Rechtswahlbestimmungen in Vertragsgestaltungen des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs sind gang und gäbe,<sup>15</sup> und transnationale Finanzverträge bilden hiervon keine Ausnahme. Ganz im Gegenteil: Zumeist sehen schon die im Finanzbereich regelmäßig verwendeten Musterdokumente selbst – so etwa diejenigen von LMA und ISDA – ausdrückliche Rechtswahlklausen vor, um neben dem erstrebten Gleichlauf der im Muster ausbuchstabilten inhaltlichen Vertragsbestimmungen auch einen vertragsübergreifenden Gleichlauf der funktional unentbehrlichen Rückbindung des Vertragsrechtsregimes an das staatliche Recht abzusichern.<sup>16</sup> Diese grenzüberschreitend vereinheitlichte Rückbindung transnationaler Verträge an bewusst ausgewählte staatliche Rechtsordnungen kommt dem Bedürfnis der Vertragsparteien nach Rechtszuordnungssicherheit weit eher entgegen als jede Form der objektiven Anknüpfung an territoriale und einzelfallabhängige Kriterien wie den Sitz einer Vertragspartei, den Abschlussort des Vertrages oder den Erfüllungsort.<sup>17</sup> Solche räumlich definierten Kriterien sind bei grenzüberschreitenden Vertragsgestaltungen bisweilen schwierig zu ermitteln und oftmals für das spezifische Vertragsgepräge wenig aussagekräftig.<sup>18</sup> Zudem steigt mit der Komplexität der Vertragsgestaltung im Falle einer Anknüpfung nach räumlichen Kriterien auch die Gefahr einer Rechtszersplitterung, weil für unterschiedliche Vertragselemente gegebenenfalls unterschiedliche Rechtsordnungen zur Anwendung berufen werden können.<sup>19</sup> So würde es beispielsweise den Zusammenschluss einer Vielzahl weltweit verstreuter Kreditgeber zu einem einheitlichen Kreditkonsortium erheblich erschweren, wenn für die jeweilige Darlehensverpflichtung an den Sitz des einzelnen Kreditgebers angeknüpft werden

---

221; *Reimann*, in: *Verschraegen* (Hrsg.), *Rechtswahl* (2010), 1, 27 f.; *Hesse*, *Diktierte Parteiautonomie* (2022), 71.

<sup>14</sup> Vgl. *Leible*, in: *FS Jayme* (2004), 485, 486; *Michaels*, *Party Autonomy* (2013), 2.

<sup>15</sup> Vgl. *Hoffmann/Stegemann*, *JuS* 2013, 207; *Höbel*, *Vertragsauslegung bei Auseinanderfallen von Vertragssprache und Sprache des anwendbaren Rechts* (2017), 101.

<sup>16</sup> Am Beispiel grenzüberschreitender Konsortialkreditverträge *Renner*, *ZBB* 2018, 278, 281; *Renner*, in: *Grundmann* (Hrsg.), *Bankvertragsrecht*, Band 1 (2020), 4. Teil, Rn. 301; vgl. auch *Basedow*, in: *FS Horn* (2006), 229, 242.

<sup>17</sup> Vgl. *von Hoffmann*, *RabelsZ* 38 (1974), 396, 397; *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 24; *Mugasha*, *BFLR* 26 (2011), 381, 409 f.; *Engert*, *AcP* 213 (2013), 321, 347 f.; *Pertegás/Marshall*, *Brook. J. Int'l L.* 39 (2014), 975, 976. Siehe auch schon *Gamillscheg*, *AcP* 157 (1958), 303 f., laut dem Verkehrsbedürfnisse zwar nicht die vornehmste, wohl aber die wirksamste Quelle des Internationalen Schuldvertragsrechts sind.

<sup>18</sup> *Blaurock*, *ZEuP* 1993, 247, 259; *Kodek*, in: *Verschraegen* (Hrsg.), *Rechtswahl* (2010), 85, 87; *Basedow*, *The Law of Open Societies* (2015), 60.

<sup>19</sup> Vgl. *Engert*, *AcP* 213 (2013), 321, 364.

müsste.<sup>20</sup> Neben dem erstrebten Vereinheitlichungseffekt erlaubt die kollisionsrechtliche Rechtswahl überdies eine zielgenaue Rückbindung an für die einschlägige Vertragsgestaltung besonders bedarfsgerechte Rechtsordnungen, etwa solche, welche die Parteien selbst oder die das jeweilige transnationale Vertragsrechtsregime administrierenden Organisationen durch ein hohes Maß an Verbreitung, Vertrautheit, Zugänglichkeit oder eine ausdifferenzierte Rechtsprechung im betreffenden Rechtsgebiet überzeugen.<sup>21</sup> Damit ermöglicht die Rechtswahlfreiheit – komplementär zur materiellrechtlichen Vertragsfreiheit<sup>22</sup> – eine am Parteiwillen ausgerichtete Präzisierung des Inhalts bereichsspezifischer privater Rechtsbeziehungen, welche die typisierten und vorrangig auf innerstaatliche Sachverhalte ausgerichteten verallgemeinernden Interessenabwägungen des staatlichen Vertragsrechts ersetzen oder zumindest ergänzen kann.<sup>23</sup>

Mittlerweile wird die Rechtswahlfreiheit in nahezu allen staatlichen Rechtsordnungen anerkannt.<sup>24</sup> Im für Deutschland maßgeblichen vereinheitlichten Schuldvertragskollisionsrecht der EU wird sie nicht nur in Art. 3 Rom I-VO zum primären Anknüpfungsmoment erhoben, sondern in Erwägungsgrund 11 Rom I-VO gar als „Eckstein des Systems der Kollisionsnormen“ geadelt. Diese Sichtweise teilt augenscheinlich auch die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht, welche der Rechtswahlfreiheit „fundamental importance“ attestiert<sup>25</sup> und ihr mit den Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts weiteren Auftrieb zu verschaffen versucht.<sup>26</sup> Die positivrechtlichen Verankerungen der Rechtswahlfreiheit sind mittlerweile selbst außerhalb des

<sup>20</sup> Das wäre z. B. das Ergebnis einer objektiven Anknüpfung solcher Verträge nach Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom I-VO; vgl. *von Wilmsky*, *RabelsZ* 62 (1998), 1, 5, 16.

<sup>21</sup> Vgl. *Rühl*, in: *Gottschalk u. a. (Hrsg.), Conflict of Laws in a Globalized World* (2007), 153, 176 f.; *Rühl*, in: *FS von Hoffmann* (2011), 364, 366.

<sup>22</sup> *Jayme*, *IPRax* 1991, 429; *Leible*, in: *FS Jayme* (2004), 485; *Jud*, *JBL* 2006, 695; vgl. auch *von Hoffmann*, *RabelsZ* 38 (1974), 396, 397; *Lehmann*, *Vand. J. Transnat'l L.* 41 (2008), 381, 414. Für eine Abgrenzung hingegen *Junker*, *IPRax* 1993, 1, 2.

<sup>23</sup> Vgl. *von Hoffmann*, *RabelsZ* 38 (1974), 396, 397; *Berger*, *RIW* 1994, 12, 14, Fn. 14.

<sup>24</sup> Siehe schon *Gamillscheg*, *AcP* 157 (1958), 303, 341 („wahrhaft internationale Norm“); vgl. auch *Leible*, in: *FS Jayme* (2004), 485, 486; *Basedow*, *RabelsZ* 75 (2011), 32, 33 f.; *Basedow*, *The Law of Open Societies* (2015), 116.

<sup>25</sup> *Hague Conference on Private International Law, Choice of Law in International Contracts. Development Process of the Draft Instrument* (2011), abrufbar unter <<https://assets.hcch.net/docs/40c3c321-5da7-4bda-b50a-f00146481ed0.pdf>>, Annex IV, 1.

<sup>26</sup> Abrufbar unter <<https://www.hcch.net/de/instruments/conventions/full-text/?cid=135>>; ausführlich dazu *Pertegas/Marshall*, *Brook J. Int'l L.* 39 (2014), 975, 978 ff. Die Principles wurden von Paraguay und Uruguay bereits in nationales Recht inkorporiert; siehe die Implementierungsübersicht unter <<https://www.hcch.net/de/publications-and-studies/details4/?pid=6300&dtid=41>>.



Schuldvertragsrechts<sup>27</sup> so zahlreich,<sup>28</sup> dass manche Autoren sie gar bereits als Bestandteil des Gewohnheitsrechts oder als allgemeinen Rechtsgrundsatz einstuft wollen.<sup>29</sup> Zur theoretischen Untermauerung der Einräumung von Rechtswahlfreiheit wird zum einen auf ökonomische Argumente rekurriert – etwa, dass sie kosteneffiziente und flexible Lösungen zulasse sowie produktive Wettbewerbseffekte zwischen Rechtsordnungen erzeuge.<sup>30</sup> Zum anderen werden philosophische Argumente herangezogen und wird auf die aufklärerischen Ideale von Freiheit und Selbstbestimmung verwiesen, die jeder Form staatlicher Organisation vorausgingen.<sup>31</sup> Damit eng verwandt ist der Ansatz, die Rechtswahlfreiheit grund- und menschenrechtlich<sup>32</sup> oder unter Bezugnahme auf die europäischen Grundfreiheiten<sup>33</sup> herzuleiten und ihr somit eine über das einfachgesetzliche Recht hinausgehende Dimension zu verleihen.<sup>34</sup> Pragmatischere Begründungsansätze führen die Anerkennung von Rechtswahlvereinbarungen schlicht auf das Prinzip *pacta sunt servanda* zurück<sup>35</sup> oder verweisen auf die mit der Zulassung

---

<sup>27</sup> Vgl. etwa für das Unionsrecht die Gewährung von Rechtswahlfreiheit für außervertragliche Schuldverhältnisse nach Art. 14 Rom II-VO, für Ehescheidung oder Trennung nach Art. 5 Rom III-VO, für die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach Art. 22 EuErbVO, für das ehe- oder partnerschaftliche Güterrecht nach Art. 22 EuGüVO und Art. 22 EuPartVO.

<sup>28</sup> Vgl. *Reimann*, in: Verschraegen (Hrsg.), *Rechtswahl* (2010), 1, 4; *Basedow*, *RabelsZ* 75 (2011), 32, 33 ff.; *Basedow*, *The Law of Open Societies* (2015), 116 ff., *Nishitani*, *JYIL* 59 (2016) 300, 317 ff.; *Mills*, *Party Autonomy in Private International Law* (2018), 1 f.

<sup>29</sup> Vgl. *Lalive*, in: Sanders (Hrsg.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* (1987), 258, 301 ff.; *Lowenfeld*, *RdC* 245 (1994), 9, 256.

<sup>30</sup> Vgl. etwa *Ribstein*, *J. Corp. L.* 18 (1993), 245, 247 ff.; *O'Hara/Ribstein*, *U. Chi. L. Rev.* 67 (2000), 1151, 1152 ff.; *Guzman*, *Geo. L. J.* 90 (2002), 883, 894 ff.; *Basedow*, in: FS Horn (2006), 229, 241 ff.; *Rühl*, *Statut und Effizienz* (2011), 324, 343 ff., 435 ff. Mit kritischem Unterton zu dieser als „neoliberal“ gebrandmarkten Logik *Muir Watt*, *ERCL* 6 (2010), 250, 258 f.

<sup>31</sup> Vgl. etwa *Jayme*, in: *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Volume 64 (I) (1991), 13, 62 ff.; *Leible*, in: FS Jayme (2004), 485, 488; *Lehmann*, *Vand. J. Transnat'l L.* 41 (2008), 381, 413 ff.; *Basedow*, *RabelsZ* 75 (2011), 32, 50 ff.; *Basedow*, *The Law of Open Societies* (2015), 142 ff.

<sup>32</sup> Vgl. etwa *Beitzke*, *Grundgesetz und Internationalprivatrecht* (1961), 16 f.; *Jayme*, *IPRax* 1991, 429; *Jayme*, *RdC* 251 (1995), 9, 148; *Schinkels*, *GPR* 2007, 106, 109; *Kroll-Ludwigs*, *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht* (2013), 211 ff.; *Basedow*, *The Law of Open Societies* (2015), 146 ff.; *Hellgardt*, *RabelsZ* 82 (2018), 654, 672 ff.; im Überblick *Hesse*, *Diktierte Parteiautonomie* (2022), 22 ff.

<sup>33</sup> Vgl. etwa *von Wilmsowsky*, *RabelsZ* 62 (1998), 1, 3 ff.; *Grundmann*, in: FS Rolland (1999), 145, 148; *Kroll-Ludwigs*, *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht* (2013), 263 ff.

<sup>34</sup> Vgl. *Mansel*, in: Leible (Hrsg.), *General Principles of European Private International Law* (2016) 131, 145 f.

<sup>35</sup> Vgl. etwa *Yntema*, *New York Law Forum* 1 (1955), 46, 47; *Dalhuisen*, *Duke J. Comp. & Int'l L.* 18 (2008), 339, 354.

der Rechtswahl einhergehende Vereinfachung der kollisionsrechtlichen Arbeit von Gerichten.<sup>36</sup>

Historisch betrachtet ist diese Erfolgsgeschichte durchaus erstaunlich,<sup>37</sup> steht die Anerkennung der Rechtswahl doch in einem deutlichen Spannungsverhältnis zu traditionellen, von einem territorialstaatlichen Paradigma ausgehenden kollisionsrechtlichen Ansätzen, welche die Anknüpfung primär als eine Frage der Abgrenzung konkurrierender staatlicher Ordnungssphären verstehen.<sup>38</sup> Diese überkommene Sichtweise spiegelt sich noch immer in der in Teilen des deutschen Schrifttums befürworteten Einstufung der Rechtswahl als bloßer „Verlegenheitslösung“ für Konstellationen wider, in welchen die Anknüpfung nach objektiven Kriterien schwierig oder unklar ist.<sup>39</sup> Dem liegt die tradierte Vorstellung einer vom materiellen Recht zu trennenden „international-privatrechtlichen Gerechtigkeit“ zugrunde, deren Anspruch allein die „richtige“ Zuordnung jedes Sachverhalts zur räumlich mit ihm am engsten verbundenen Rechtsordnung

<sup>36</sup> Vgl. *Reese*, ASIL Proceedings 54 (1960), 49, 51.

<sup>37</sup> So war in der Geschichte des Kollisionsrechts lange Zeit ausschließlich eine Anknüpfung an personale (z. B. Staatsangehörigkeit) und örtliche Kriterien (z. B. Wohnsitz, Belegenheitsort, Geschehensort) üblich. Soweit dem Parteiwille überhaupt Beachtung geschenkt wurde – etwa von Autoren wie *Charles Dumoulin*, *Paul Voet*, *Jonannes Voet* und *Ulrich Huber* –, geschah dies zur Untermauerung der Richtigkeit bestimmter objektiver Anknüpfungsergebnisse. Auch im Verweisungssystem von *Savignys* sollten die subjektiven Vorstellungen der Parteien allenfalls mittelbar relevant sein, soweit sie sich auf den „wahren Sitz“ einer Obligation auswirkten (vgl. *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Achter Band (1849), 206, 248 f.). Erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts brach sich die Idee einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl bei Autoren wie *Pasquale Mancini* Bahn und fand vermehrt Eingang in die Rechtsprechung europäischer und US-amerikanischer Gerichte, blieb dann allerdings noch bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts umstritten. Die ausdrücklichen positivrechtlichen Verankerungen der Rechtswahlfreiheit in den 1970er und 1980er Jahren – beispielsweise in Europa in Art. 3 des EVÜ von 1980 und dessen nationalen Umsetzungen wie Art. 27 EGBGB, in den USA in § 1-105 UCC und im unverbindlichen, aber weithin als autoritativ anerkannten § 187 Restatement (Second) on the Conflict of Laws – besiegelten jedoch den Siegeszug des Rechtswahlfreiheit zumindest im Internationalen Schuldvertragsrecht. Ausführlich zum Ganzen *Rühl*, Statut und Effizienz (2011) 429 ff.; *Mills*, Party Autonomy in Private International Law (2018), 44 ff.; vgl. auch *Wicki*, Zur Dogmengeschichte der Parteiautonomie im internationalen Privatrecht (1965) sowie zur Entwicklung speziell im 20. Jahrhundert *Rühl*, in: *Gottschalk u. a.* (Hrsg.), Conflict of Laws in a Globalized World (2007), 153, 155 ff.

<sup>38</sup> *Mills*, Party Autonomy in Private International Law (2018), 3 f.; vgl. auch *Leible/Wilke*, in: *FS Kronke* (2020), 297, 303. Freilich konnten Parteien zu allen Zeiten zumindest in bestimmten Bereichen indirekt Einfluss auf die Bestimmung des anwendbaren Rechts ausüben, indem sie auf die in ihrer Einflussphäre liegenden objektiven Anknüpfungsmomente einwirkten, doch liegt hierin keine Ausprägung von Rechtswahlfreiheit im eigentlichen Sinne; vgl. *Mills*, Party Autonomy in Private International Law (2018), 14 ff.

<sup>39</sup> Grundlegend und bis heute *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht (9. Aufl. 2004), 653; vgl. auch *Kegel*, in: *FS Lewald* (1953), 259, 270; *Kegel*, in: *FS Beitzke* (1979), 551, 558 f.

sei.<sup>40</sup> Unter dieser Prämisse habe die Rechtswahlfreiheit lediglich Behelfsfunktion und vermittle kein subjektives Recht, könne vom Gesetzgeber also nach Belieben eingeschränkt oder abgeschafft werden.<sup>41</sup> Mit dem jedenfalls im deutschen und europäischen Schuldvertragskollisionsrecht positivrechtlich verankerten weitgehenden Vorrang der Rechtswahl gegenüber objektiven Anknüpfungsmomenten lässt sich dieser Standpunkt indes kaum mehr vereinbaren<sup>42</sup> und erscheint in einer immer weniger über territoriale Zugehörigkeiten definierten Gesellschaft auch nicht mehr zeitgemäß.<sup>43</sup>

## II. Die (Nicht-)Wählbarkeit transnationaler Musterdokumente als Vertragsstatut

Mit der Feststellung der grundsätzlichen Anerkennung der Rechtswahlfreiheit ist freilich noch nichts über die konkrete Reichweite dieser Freiheit in Bezug auf ihre Funktion in transnationalen Verträgen gesagt, eine von territorialen Begebenheiten des Einzelfalls unabhängige Anschlussfähigkeit an das jeweils einschlägige transnationale Vertragsrechtsregime sicherzustellen. Die weitreichendste Möglichkeit einer Öffnung des staatlichen Rechts für die transnationale Ordnungsebene wäre dabei die Zulassung einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl nicht nur zugunsten der innerhalb des betreffenden transnationalen Vertragsrechtsregimes herangezogenen staatlichen Auffangordnungen, sondern auch zugunsten der transnationalen Musterdokumente selbst. Diese würden damit – begrenzt auf ihren spezifischen Anwendungsbereich – zum Vertragsstatut, wären insoweit insbesondere nicht mehr am einfach zwingenden Recht irgendeiner staatlichen Rechtsordnung zu messen.

### 1. Allgemein

Ob eine echte Rechtswahl zugunsten nichtstaatlicher Regelwerke wie der Musterdokumente von ICC, LMA und ISDA möglich ist, ist in der kollisionsrechtlichen Literatur seit Langem umstritten.<sup>44</sup> Die hierauf gegebenen Antworten hän-

---

<sup>40</sup> Kegel, in: FS Lewald (1953), 259, 270.

<sup>41</sup> Vgl. zu Letzterem von Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Band I (2. Aufl. 2003), § 2, Rn. 76; Arnold, in: Arnold (Hrsg.), Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts (2016), 23, 31.

<sup>42</sup> Vgl. E. Lorenz, RIW 1987, 569, 570 f.; Michaels, in: Liber Amicorum Schurig (2012), 191, 195 f.

<sup>43</sup> Vgl. Leible/Wilke, in: FS Kronke (2020), 297, 303.

<sup>44</sup> Ausführliche Darstellungen bei W.-H. Roth, in: FS Jayme (2004), 757 ff.; Metzger; Extra legem, intra ius (2009), 254 ff.; Hellgardt, RabelsZ 82 (2018), 654; Mills, Party Autonomy in

gen maßgeblich von der jeweils zugrunde gelegten Kollisionsrechtskonzeption ab.<sup>45</sup> Wird das Kollisionsrecht mit der in Rechtsprechung und Schrifttum überwiegenden Ansicht als Koordinationsordnung (allein) zwischen staatlichen Rechtsordnungen aufgefasst,<sup>46</sup> so liegt der Schluss nahe, dass auch nur staatliche Rechtsordnungen Gegenstand der kollisionsrechtlichen Rechtswahl sein können.<sup>47</sup> Hiernach würde sich die Bedeutung einer zugunsten nichtstaatlicher Regelwerke getroffenen „Rechtswahl“ in einer bloß materiellrechtlichen Verweisung im Rahmen des dispositiven Vertragsrechts erschöpfen, die keinen Einfluss auf die Ermittlung des Vertragsstatuts hätte.<sup>48</sup>

Allerdings ist die Annahme, dass staatliches Kollisionsrecht *per definitionem* nur staatliches Recht zur Anwendung berufen könne, in dieser Pauschalität nicht überzeugend. Denn dem einzelnen staatlichen Gesetzgeber stünde es ohne Weiteres frei, eine kollisionsrechtliche Wahl nichtstaatlicher Regelungen ganz oder teilweise zuzulassen.<sup>49</sup> Deshalb kann die Frage der Wählbarkeit nichtstaatlicher Regelwerke nicht allgemein, sondern nur für jede Rechtsordnung einzeln beantwortet werden.<sup>50</sup> Und tatsächlich finden sich Beispiele für staatliche Rechtsvorschriften, die eine solche Rechtswahl sogar ausdrücklich zulassen – etwa in den Kollisionsrechten der US-Bundesstaaten Louisiana und Oregon<sup>51</sup> sowie in der Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts von 1994.<sup>52</sup> Auch die unverbindlichen, jedoch von einigen Staaten in nationales

---

Private International Law (2018), 491 ff. Zur demgegenüber vergleichsweise geringen Beachtung dieser Frage im englischen und US-amerikanischen Diskurs siehe *Michaels*, Wayne L. Rev. 51 (2005), 1209, 1210.

<sup>45</sup> *Mills*, Party Autonomy in Private International Law (2018), 520.

<sup>46</sup> Etwa *M. Stürner*, in: FS Kronke (2020), 557: „Das Internationale Privatrecht regelt räumliche Kollisionen zwischen gleichrangigen Rechtsordnungen souveräner Staaten.“

<sup>47</sup> So etwa *Bucher*, in: Schwind (Hrsg.), Aktuelle Fragen zum Europarecht aus der Sicht in- und ausländischer Gelehrter (1986), 11, 55; *von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band I (2. Aufl. 2003), § 2, Rn. 73; vgl. auch die ausführliche Darstellung dieser Tradition bei *Mills*, Party Autonomy in Private International Law (2018), 496 ff. Dieses staatsbezogene Verständnis mit kritischem Unterton als „Magna Charta des Internationalen Privatrechts“ bezeichnend *Berger*, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria (2. Aufl. 2010), 102.

<sup>48</sup> *Canaris*, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht (2000), 5, 17 ff.; *von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band I (2. Aufl. 2003), § 2, Rn. 86; *Basedow*, in: FS Horn (2006), 229, 240.

<sup>49</sup> *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 597; *Michaels*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 14 (2007), 447, 461; *Metzger*, *Extra legem, intra ius* (2009), 256; vgl. auch *U. Stein*, *Lex Mercatoria* (1995), 247; *Schinkels*, *GPR* 2007, 106, 108.

<sup>50</sup> Vgl. *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 597.

<sup>51</sup> Dazu *Nafziger*, *Willamette L. Rev.* 38 (2002), 397, 421; *Symeonides*, *Am. J. Comp. L.* 54 (2006 Supplement), 209, 221 f. Anders aber die in § 187 Restatement (Second) of Conflict of Laws und § 1-301 UCC verankerte Sichtweise.

<sup>52</sup> Siehe zu dieser *Mills*, Party Autonomy in Private International Law (2018), 502 ff.

Recht überführten Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts gehen in Art. 3 unter bestimmten Voraussetzungen von der Wählbarkeit nichtstaatlicher Regelwerke aus.<sup>53</sup> Wenngleich die in diesen Vorschriften verwendeten Formulierungen in erster Linie auf nichtstaatliche Regelwerke zum Allgemeinen Vertragsrecht wie die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts oder die Principles of European Contract Law zugeschnitten sind,<sup>54</sup> erscheint auch eine Anwendung auf Regelwerke zum Besonderen Vertragsrecht – wie die Musterdokumente von ICC, LMA und ISDA – durchaus denkbar. Denn obschon es sich hierbei nicht um vollständige Vertragsrechtsordnungen handelt, verbliebe Raum für eine kollisionsrechtliche Teilrechtswahl, die für die Parteien schon deshalb sinnvoll sein könnte, weil dem gewählten vertragsrechtlichen Musterdokument in seinem Regelungsbereich eine Freistellung von den einfach zwingenden Vorschriften der jeweils ergänzend heranzuziehenden staatlichen Auffangordnung verschafft würde. Ein solches Vorgehen böte aus Perspektive des staatlichen Rechtsanwenders die umfänglichste Gewähr für eine Wahrung des auf transnationaler Ebene getroffenen Interessenausgleichs und dessen grenzüberschreitend einheitliche Anwendung.<sup>55</sup>

## 2. Im Anwendungsbereich der Rom I-VO

Wie stellt sich die Rechtslage zur kollisionsrechtlichen Wählbarkeit transnationaler Musterdokumente auf Grundlage der für deutsche Gerichte im Internationalen Schuldvertragsrecht maßgeblichen Rom I-VO dar?<sup>56</sup> Könnten etwa eine deutsche Exporteurin und ein brasilianischer Importeur eine Kaufpreiszahlung per Dokumentenakkreditiv vereinbaren und diese mit Zustimmung der schweizerischen Akkreditivbank kollisionsrechtlich den ERA 600 unterstellen?<sup>57</sup> Wäre es für eine deutsche, eine englische und eine französische Bank möglich, einen

---

<sup>53</sup> „The law chosen by the parties may be the rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise.“ Siehe hierzu *Berger*, *Unif. L. Rev.* 19 (2014), 519, 527 f.; *Pertegás/Marshall*, *Brook. J. Int'l L.* 39 (2014), 975, 996 ff.; *Pfeiffer*, in: *FS U. Magnus* (2014) 501, 503 ff.

<sup>54</sup> Wenig überraschend gehen diese Regelwerke auch selbst davon aus, kollisionsrechtlich gewählt werden zu können; vgl. die Präambel der UNIDROIT Principles und Art. 1:101(2) PECL.

<sup>55</sup> Vgl. *W.-H. Roth*, in: *FS Jayme* (2004), 757, 768.

<sup>56</sup> Vgl. zum Meinungsstand zur Vorgängerregelung des EVÜ *Metzger*, *Extra legem, intra ius* (2009), 257.

<sup>57</sup> Vgl. als ablehnendes Beispiel aus der US-Rechtsprechung zu den ERA *Trans Meridian Trading Inc. v. Empresa Nacional de Comercializacion de Insumos*, 829 F.2d 949 (9th Cir. 1987), 953 f.; siehe dazu *Rühl*, in: *Gottschalk u. a. (Hrsg.), Conflict of Laws in a Globalized World* (2007), 153, 165.



Konsortialkredit auszugeben und im Innenverhältnis zueinander die Bestimmungen des einschlägigen Mustervertrages der LMA als „anwendbares Recht“ heranziehen? Könnten eine schwedische Investorin und eine deutsche Bank in einem Derivatvertrag bestimmen, dass sich ihre derivatbezogenen Rechte und Pflichten ausschließlich nach der Vertragsdokumentation der ISDA richten und lediglich für allgemeine schuldrechtliche Fragestellungen auf deutsches, schwedisches oder ein anderes staatliches Recht zu rekurrieren ist?

Ausgangspunkt zur Beantwortung dieser Fragen ist der Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO, nach welchem ein Vertrag grundsätzlich „dem von den Parteien gewählten Recht“ unterliegt. Auch eine Teilrechtswahl ist nach Art. 3 Abs. 1 S. 3 Rom I-VO möglich. Allerdings wird der Begriff des „Rechts“ in der Rom I-VO an keiner Stelle definiert. Die von einigen Autoren vorgetragene pauschale Behauptung, nichtstaatliche Regelungen seien schon begrifflich kein „Recht“,<sup>58</sup> kann deshalb im Anwendungsbereich der Rom I-VO nicht überzeugen<sup>59</sup> – ebenso wenig wie ihr Gegenteil.<sup>60</sup> Vielmehr ist die Formulierung des Art. 3 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO schlicht zu unbestimmt, um eindeutige Schlüsse zur Wählbarkeit nichtstaatlicher Regelwerke zuzulassen.<sup>61</sup> Zwar hätte sich, wäre eine solche Möglichkeit gewollt, eine klarstellende Formulierung vergleichbar Art. 3 der Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts angeboten, doch hat das Fehlen einer solchen Wortwahl allenfalls Indizcharakter.<sup>62</sup>

Nähert man sich der Problemstellung anhand der Gesetzssystematik, so fällt zunächst innerhalb von Art. 3 Rom I-VO eine Divergenz ins Auge: Während in den Absätzen 1 und 2 lediglich von der Wahl eines anderen „Rechts“ die Rede ist, beziehen sich die rechtswahleinschränkenden Absätze 3 und 4 ausdrücklich auf die Wahl des „Rechts eines anderen Staates“. Hieraus könnte man nun zwar folgern, dass wegen des engen systematischen Zusammenhangs auch in den Absätzen 1 und 2 nur die Wahl staatlichen Rechts gemeint sein könne.<sup>63</sup> Ebenso könnte man aber auch den Ausnahmecharakter der auf die Wahl eines fremden

<sup>58</sup> Vgl. etwa *Spickhoff*, *RabelsZ* 56 (1992), 116, 125 ff.; *von Bar/Mankowski*, *Internationales Privatrecht*, Band I (2. Aufl. 2003), § 2, Rn. 76.

<sup>59</sup> Vgl. *Schinkels*, *GPR* 2007, 106, 108, der zutreffend darauf hinweist, dass erst die kollisionsrechtliche Zulassung eine fremde Rechtsordnung zum Recht mache und deshalb auch ausländisches staatliches Recht zunächst einmal kein für inländische Organe maßgebliches „Recht“ sei.

<sup>60</sup> So aber etwa *Boele-Woelki*, *IPRax* 1997, 161, 167, nach deren Ansicht beispielsweise die UNIDROIT Principles „zweifellos“ unter den Begriff Recht fallen sollen.

<sup>61</sup> Vgl. *Metzger*, *Extra legem, intra ius* (2009), 257 ff.

<sup>62</sup> Vgl. in Bezug auf den Wortlautunterschied zu § 1051 Abs. 1 S. 1 ZPO *Schinkels*, *GPR* 2007, 106.

<sup>63</sup> Vgl. *Rühl*, in: *FS Kropholler* (2008), 187, 190.



staatlichen Rechts in Inlands- bzw. Binnenmarktfällen zugeschnittenen Absätze 3 und 4 betonen und aus deren engen Formulierung gerade den Umkehrschluss ziehen, dass Art. 3 Rom I-VO im Übrigen ein weiteres Verständnis von „Recht“ zugrunde liege.<sup>64</sup> Auch die systematische Zusammenschau mit anderen Vorschriften der Rom I-VO führt zu keinem eindeutigeren Ergebnis. So umschreibt etwa Art. 2 Rom I-VO den Grundsatz der universellen Anwendung mit den Worten, dass „das in dieser Verordnung bezeichnete Recht auch dann anzuwenden [ist], wenn es nicht das Recht eines Mitgliedstaates ist“. Einerseits könnte man aus dem zweiten Halbsatz folgern, dass es in der Rom I-VO stets um die Bezeichnung des Rechts eines Staates gehen müsse.<sup>65</sup> Andererseits ist jedoch im ersten Halbsatz wiederum nur von „Recht“ die Rede, nicht explizit von staatlichem Recht. Auch Art. 4 Rom I-VO, die Grundvorschrift zur objektiven Anknüpfung, lässt keine zweifelsfreien Schlüsse zu. Dort wird zwar in Ermangelung einer „Rechtswahl gemäß Art. 3“ objektiv stets an das Recht eines Staates angeknüpft, doch ist damit nicht gesagt, dass die ausgebliebene Rechtswahl sich nicht auf nichtstaatliche Regelwerke hätte beziehen können. Gleiches gilt für den Vergleich mit den objektiven Sonderanknüpfungsregeln der Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 UAbs. 1, Art. 6 Abs. 1, Abs. 2, Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2, Abs. 3 UAbs. 3, Art. 8 Abs. 2 bis Abs. 4 Rom I-VO, die zwar ebenfalls allesamt nur auf staatliches Recht verweisen,<sup>66</sup> dabei aber stets das Fehlen einer „Rechtswahl nach Art. 3“ voraussetzen. Eine gewisse Aussagekraft für die hier untersuchte Frage kommt allenfalls den subjektiven Sonderanknüpfungsregeln der Art. 5 bis 8 Rom I-VO zu, welche die Reichweite der Rechtswahl begrenzen: Die Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 7 Abs. 3 S. 1 Rom I-VO beschränken den Kreis der in ihrem Anwendungsbereich wählbaren Rechte nämlich eindeutig auf bestimmte staatliche Rechtsordnungen. Indes besagt dies nicht zwangsläufig, dass die Rechtswahl außerhalb der Anwendungsbereiche dieser Vorschriften ebenfalls auf staatliches Recht begrenzt sein muss, selbst wenn diese Annahme nahe liegt. Auch das in den Art. 6 Abs. 2 S. 2 und Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO vorgesehene Günstigkeitsprinzip für Verbraucher und Arbeitnehmer schränkt die Rechtswahl zwar in ihren Wirkungen, nicht aber notwendigerweise auch in ihrem Gegenstand ein. Schließlich kann man ergänzend noch Art. 20 Rom I-VO heranziehen, der klarstellt, dass mit dem „nach dieser Verordnung anzuwendenden Recht eines Staates“ die „in diesem Staat geltenden Rechtsnormen unter Ausschluss derjenigen des Internationalen Privatrechts“ gemeint sind. Diese Formulierung lässt wieder-

---

<sup>64</sup> Vgl. noch zu Art. 27 EGBGB *Kappus*, IPRax 1993, 137, 140.

<sup>65</sup> *Martiny*, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 29.

<sup>66</sup> Darauf abstellend *Martiny*, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 29.

rum vermuten, dass die Rom I-VO nur auf staatliches Recht verweisen will,<sup>67</sup> rechtfertigt diesen Schluss jedoch nicht mit Sicherheit, weil man Art. 20 Rom I-VO auch als Sondervorschrift zur Frage des Ausschlusses der kollisionsrechtlichen Rück- und Weiterverweisung lesen könnte, die sich überhaupt nur bei Verweisen auf staatliches Recht stellt. Insgesamt bestehen damit aus systematischer Perspektive zwar einige Indizien für eine Beschränkung der Rechtswahlmöglichkeit auf staatliches Recht, aber keine letzte Gewissheit.

Angesichts der Offenheit des Wortlauts und der Ambivalenzen des systematischen Vergleichs ist das stärkste Argument zur Frage der Wählbarkeit nichtstaatlicher Regelwerke auf Grundlage der Rom I-VO ein historisches: Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens hatte die Europäische Kommission einen Formulierungsvorschlag unterbreitet, der ausdrücklich auf die Erstreckung der Rechtswahlmöglichkeit auf nichtstaatliche Regelwerke ausgelegt war.<sup>68</sup> Art. 3 Abs. 2 des Vorschlags lautete: „(1) Die Parteien können als anzuwendendes Recht auch auf internationaler oder Gemeinschaftsebene anerkannte Grundsätze und Regeln des materiellen Vertragsrechts wählen. (2) Für Fragen in Bezug auf Rechtsgebiete, die diesen Grundsätzen oder Regeln unterliegen und die nicht ausdrücklich von ihnen geregelt werden, gelten die ihnen zugrunde liegenden allgemeinen Grundsätze oder in Ermangelung dieser Grundsätze das mangels Rechtswahl anwendbare Recht nach Maßgabe dieser Verordnung.“ Mit „Regeln des materiellen Vertragsrechts“ waren insbesondere die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, die Principles of European Contract Law und das damals geplante künftige optionale Einheitsinstrument der EU gemeint.<sup>69</sup> Im Schrifttum stieß der Vorschlag auf ein weitgehend positives Echo.<sup>70</sup> Kritik wurde hingegen unter anderem von der deutschen Bundesrechtsanwaltskammer erhoben, die in der drohenden „Entnationalisierung“ des anwendbaren Rechts allgemeine Grundsätze des Internationalen Privatrechts verletzt sah und erhebliche Anwendungsprobleme für nationale Gerichte befürchtete.<sup>71</sup> Letztlich konnte sich der

<sup>67</sup> Rühl, in: FS Kropholler (2008), 187, 190.

<sup>68</sup> Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) vom 15.12.2005, KOM(2005) 650, 5 f.

<sup>69</sup> Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) vom 15.12.2005, KOM(2005) 650, 5.

<sup>70</sup> Etwa Jud, JBL 2006, 695, 698; F. Schäfer, GPR 2006, 54, 58; Lando/Nielsen, J. Priv. Int'l L. 3 (2007), 29, 31 ff.; Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, RabelsZ 71 (2007), 225, 244 f; Schinkels, GPR 2007, 106.

<sup>71</sup> Bundesrechtsanwaltskammer, Vorläufige Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnis [sic] anzuwendende Recht (Rom I) KOM(2005) 650 endgültig,

Formulierungsvorschlag der Kommission im Gesetzgebungsverfahren dann auch nicht durchsetzen<sup>72</sup> und wurde der Absatz zur Wählbarkeit nichtstaatlicher Regelwerke aus der endgültigen Fassung ersatzlos herausgestrichen.<sup>73</sup> Hieraus wird ganz überwiegend gefolgert, dass die Rom I-VO der Wahl eines nichtstaatlichen Regelwerks eine Absage erteile.<sup>74</sup> Dagegen könnte man zwar noch einwenden, dass der Kommissionsvorschlag für Art. 3 Abs. 2 möglicherweise gegenüber Art. 3 Abs. 1 keine erweiternde, sondern lediglich eine klarstellende Funktion hätte haben sollen, wofür zumindest die Formulierung spricht, dass die einschlägigen nichtstaatlichen Grundsätze und Regeln als „anzuwendendes Recht“, nicht etwa als eine vom Recht im Sinne des Abs. 1 zu unterscheidende Kategorie hätten wählbar sein sollen. Dementsprechend wollen einzelne Autoren vor dem Hintergrund der im Gesetzgebungsverfahren zu Tage getretenen Meinungsdivergenzen der offenen Formulierung des Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO einen bewussten Kompromisscharakter zuschreiben, der einer Fortentwicklung der Rechtslage in Rechtsprechung und Wissenschaft nicht im Weg stehe.<sup>75</sup> Gegen diese Interpretation spricht allerdings deutlich Erwägungsgrund 13, der klarstellt, dass die Rom I-VO „die Parteien nicht daran [hindere], in ihrem Vertrag auf ein nichtstaatliches Regelwerk [...] Bezug zu nehmen“ – womit nur eine materielle Verweisung gemeint sein kann. Es liegt auf der Hand, hieraus den Umkehrschluss ziehen, dass die Verordnung eine entsprechende kollisionsrechtliche Verweisung gerade nicht zulässt.<sup>76</sup> Auch Erwägungsgrund 14 weist klar in diese Richtung, indem er die Möglichkeit einer kollisionsrechtlichen Wahl etwaiger zukünftiger Regeln des materielle Vertragsrechts der EU davon abhängig macht, dass der künftige Rechtsakt diese spezialgesetzlich vorsieht – was gar nicht erforderlich wäre, wenn diese Option schon in der Rom I-VO selbst ange-

---

BRAK-Stellungnahme-Nr. 6/2006, abrufbar unter <<https://brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2006/februar/stellungnahme-der-brak-2006-06.pdf>>, 1.

<sup>72</sup> *Calliess/Hoffmann*, ZRP (2009), 1, 3.

<sup>73</sup> *Diedrich*, RIW 2009, 378, 384.

<sup>74</sup> Dies wird selbst von Autoren konzediert, die eine Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts rechtspolitisch begrüßen würden; vgl. etwa *Leible/Lehmann*, RIW 2008, 528, 533; *Rühl*, in: FS Kropholler (2008), 187, 189 f.; *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 113.

<sup>75</sup> Vgl. *Metzger*, *Extra legem, intra ius* (2009), 258 ff.; *Böhle*, *Das Recht des internationalen Kreditkonsortiums* (2022), 116 f.

<sup>76</sup> *Rühl*, in: FS Kropholler (2008), 187, 190; *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 113; *Berger*, *Unif. L. Rev.* 19 (2014), 519, 526 f.; *de Lima Pinheiro*, in: FS von Hoffmann (2011), 242, 247; *Arnold*, in: Arnold (Hrsg.), *Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts* (2016), 23, 43 f.; *Leible/Wilke*, in: FS Kronke (2020), 297, 302; *Thorn/Thon*, in: FS Kronke (2020), 569, 574.

legt wäre.<sup>77</sup> Vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte lassen diese Erwägungsgründe kaum eine andere Lesart als den Ausschluss der Möglichkeit einer echten Rechtswahl nichtstaatlicher Regelwerke zu.

Inwieweit sich dieses schwerlich bezweifelbare Auslegungsergebnis auch teleologisch absichern lässt, erscheint allerdings durchaus fragwürdig, zumal sich die insoweit üblicherweise gegen die kollisionsrechtliche Wählbarkeit nichtstaatlicher Regelwerke vorgebrachten Kritikpunkte nicht ohne Weiteres auf die transnationalen Musterdokumente der ICC, LMA, ISDA und vergleichbarer Organisationen übertragen lassen. Nicht überzeugen kann etwa das verbreitete Argument, dass schon die Unvollständigkeit nichtstaatlicher Regelwerke diese als Gegenstand einer Rechtswahl disqualifiziere.<sup>78</sup> Abgesehen davon, dass der hierbei unterstellte Nimbus der Vollständigkeit des gewählten Rechts auch von staatlichen Rechtsordnungen kaum aufrechterhalten werden kann,<sup>79</sup> sieht Art. 3 Abs. 1 S. 3 Rom I-VO ausdrücklich die Möglichkeit einer Teilrechtswahl vor. Deshalb könnte die Wahl eines „unvollständigen“ nichtstaatlichen Musterdokuments durchaus als bloße Teilverweisung interpretiert werden, die sich auf den sachlichen Anwendungsbereich des Regelwerks beschränkt und im Übrigen einen Rückgriff auf eine – ebenfalls gewählte oder objektiv anzuknüpfende – staatliche Auffangordnung erlauben würde.<sup>80</sup> Zu kurz greift auch der Verweis auf die vermeintliche Unbestimmtheit nichtstaatlicher Regelwerke, welche der mit der Rechtswahlfreiheit verbundenen Zielsetzung der Rechtssicherheit abträglich sei.<sup>81</sup> Zwar mag dieser Einwand eine Berechtigung haben, soweit Vertragspar-

---

<sup>77</sup> Vgl. *Reimann*, in: Verschraegen (Hrsg.), *Rechtswahl* (2010), 1, 21, Fn. 100.

<sup>78</sup> Siehe zum Unvollständigkeitsargument schon oben § 2 II. 3. (S. 134 ff.) sowie *Bucher*, in: *Schwind* (Hrsg.), *Aktuelle Fragen zum Europarecht aus der Sicht in- und ausländischer Gelehrter* (1986), 11, 40 ff. (der das Argument allerdings in der Folge teilweise wieder entkräftet); *Diedrich*, *RIW* 2009, 378, 380 ff. (der jedoch insoweit zwischen der Sammelbezeichnung *lex mercatoria* und einzelnen nichtstaatlichen Regelwerken differenziert). Vgl. auch die eingehende Auseinandersetzung mit diesem Einwand bei *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 118 ff.

<sup>79</sup> Siehe etwa das ausdrückliche Eingeständnis in § 1 Abs. 2 ZGB, welcher lautet: „Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.“ Vgl. zur Unvollständigkeit des staatlichen Rechts auch *W.-H. Roth*, in: *FS Jayme* (2004), 757, 767; *Dalhuisen*, in: *FS Horn* (2006), 931, 938; *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 119 f.; *Rühl*, *Building Competence in Commercial Law in the Member States* (2018), 47.

<sup>80</sup> *W.-H. Roth*, in: *FS Jayme* (2004), 757, 767; *Hellgardt*, *RabelsZ* 82 (2018), 654, 693; vgl. auch *Kappus*, *IPRax* 1993, 137, 140.

<sup>81</sup> Siehe zum Unbestimmtheitsargument schon oben § 2 II. 1. (S. 133) sowie *Spickhoff*, *RabelsZ* 56 (1992), 116, 127 f.; *Mankowski*, *RIW* 2003, 2, 13; *Kodek*, in: *Verschraegen* (Hrsg.), *Rechtswahl* (2010), 85, 102 f.; allerdings jeweils bezogen auf den Begriff der *lex mercatoria*.

teien pauschal die Anwendbarkeit der *lex mercatoria* oder „allgemeiner Rechtsgrundsätze des internationalen Handelsverkehrs“ vereinbaren sollten – was in der Praxis freilich kaum vorkommen dürfte und zudem auf Risiko der Parteien selbst geschähe.<sup>82</sup> Das Gegenteil ist aber der Fall bei Verweisen auf ausdifferenzierte bereichsspezifische Regelwerke wie die Musterdokumente der ICC, LMA und ISDA, die sich durch einen Detailgrad auszeichnen, der den Vertragstypenregelungen staatlicher Rechtsordnungen in nichts nachsteht und zudem durch zahlreiche Begleitinstrumente und -mechanismen laufend weiter konkretisiert wird.<sup>83</sup> Insoweit relativiert sich auch die Befürchtung möglicher Ermittlungsschwierigkeiten bezüglich des Inhalts nichtstaatlicher Regelwerke. Im Regelfall wird der Inhalt eines branchenweit verwendeten, meist in verschiedenen, jedenfalls in englischer Sprache verfügbaren und auf ein vergleichsweise enges Sachgebiet zugeschnittenen Musterdokuments sogar leichter zu ermitteln sein als der Inhalt eines dem Rechtsanwender gänzlich unvertrauten staatlichen Vertragsrechts.<sup>84</sup> Soweit die verwendeten Musterdokumente nichtöffentlich bzw. nur kostenpflichtig einzusehen sind, obläge deren Beibringung in einem gerichtlichen Verfahren den Parteien und erschiene es zudem für deutsche Gerichte als gangbarer Weg, in Analogie zu § 293 ZPO daneben auch andere Erkenntnisquellen wie Sachverständigenauskünfte heranzuziehen.<sup>85</sup> Etwaige Mehrkosten, die hierdurch anfallen könnten, hätten nach deutschem Prozessrecht die Parteien selbst zu tragen.<sup>86</sup>

Gewichtiger als diese Verweise auf (vermeintliche) funktionale Unzulänglichkeiten nichtstaatlicher Regelwerke erscheint hingegen zumindest auf den ersten Blick ein Strang der teleologischen Kritik, der auf mögliche normative Defizite abzielt.<sup>87</sup> So lasse sich die weitgehende Zulassung einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl zugunsten ausländischer Vertragsrechte nur vor dem Hintergrund

---

Eingehende Auseinandersetzung mit diesem Einwand bei *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 78 ff.

<sup>82</sup> Vgl. *Kappus*, IPRax 1993, 137, 139; *W.-H. Roth*, in: FS Jayme (2004), 757, 766 f.; *Hellgardt*, *RabelsZ* 82 (2018), 654, 692. Einige Beispiele einer ausnahmsweisen Anwendung der *lex mercatoria* als Entscheidungsgrundlage sind dargestellt bei *Höbel*, *Vertragsauslegung bei Auseinanderfallen von Vertragssprache und Sprache des anwendbaren Rechts* (2017), 119 ff.

<sup>83</sup> Vgl. *W.-H. Roth*, in: FS Jayme (2004), 757, 766.

<sup>84</sup> Vgl. *W.-H. Roth*, in: FS Jayme (2004), 757, 766 f.; *Metzger*, *Extra legem, intra ius* (2009), 542, Fn. 336; *Reimann*, in: *Verschraegen* (Hrsg.), *Rechtswahl* (2010), 1, 26 f.

<sup>85</sup> *Hellgardt*, *RabelsZ* 82 (2018), 654, 691 f. Vgl. zu den auch durch die Wahl ausländischen Rechts entstehenden Kosten *Rühl*, *RabelsZ* 71 (2007) 559, 568 ff.

<sup>86</sup> Vgl. *Rühl*, in: *Gottschalk u. a. (Hrsg.), Conflict of Laws in a Globalized World* (2007), 153, 178 f.; *Rühl*, *Building Competence in Commercial Law in the Member States* (2018), 47. Differenzierend allerdings *Rühl*, *RabelsZ* 71 (2007) 559, 572 ff., da nur diejenigen Kosten von der unterlegenen Partei zu tragen seien, die gesondert entstanden und klar identifizierbar seien.

<sup>87</sup> Vgl. etwa *Canaris*, in: *Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung*



der Vermutung der Ausgewogenheit staatlichen Rechts erklären: Jede staatliche Rechtsordnung enthalte zwingende Normen, welche die Vertragsfreiheit begrenzen und Aspekte wie den Schutz Schwächerer oder die Durchsetzung von Gemeinwohlbelangen bezweckten. Nichtstaatliche Regelwerke böten diese Gewähr nicht.<sup>88</sup> Auch dieser im Grundsatz plausible Gedankengang verliert aber an Überzeugungskraft, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die unterstellte Ausgewogenheit staatlicher Rechtsordnungen bei der Anerkennung einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl gerade kein Kriterium ist, obwohl zwischen verschiedenen Rechtsordnungen insoweit erhebliche Unterschiede bestehen.<sup>89</sup> Die Tatsache allein, dass ein Staat in der Völkerrechtsgemeinschaft anerkannt ist,<sup>90</sup> lässt keinerlei Aussage über die Qualität von dessen Rechtsordnung zu, sondern ist oftmals schlicht historisch oder machtpolitisch bedingt. Zudem sind über das Instrument der Teilrechtswahl nach Art. 3 Abs. 1 S. 3 Rom I-VO unzweifelhaft auch Gestaltungen möglich, die Elemente verschiedener staatlicher Rechtsordnungen miteinander kombinieren und den zu beurteilenden Sachverhalt somit einem Regelungsrahmen unterwerfen, der ohnehin keiner einheitlichen, intern aufeinander abgestimmten staatlichen Rechtsordnung mehr entspricht.<sup>91</sup> Das notwendige Korrektiv besteht in diesen Fällen gerade nicht im pauschalen Ausschluss der kollisionsrechtlichen Wählbarkeit, sondern in der Sonderanknüpfung von spezifischen Schutzvorschriften (beispielsweise des Verbraucherrechts, Art. 6 Rom I-VO) und Eingriffsnormen (Art. 9 Rom I-VO) sowie der Ergebniskontrolle im Rahmen des *ordre public*-Vorbehalts (Art. 21 Rom I-VO). Auf diese zielgenaueren Korrekturmechanismen könnte auch im Falle der Rechtswahl nichtstaatlicher Regelwerke zurückgegriffen werden, um mögliche inhaltliche Unausgewogenheiten zu kompensieren.<sup>92</sup> Nicht überzeugen kann schließlich auch der häufig als Ausschlussgrund für die Wählbarkeit nichtstaatlicher Regelwerke vorgebrachte Verweis auf deren unzureichende demokratische Legitimation.<sup>93</sup> Denn die demokratische Legitimation des Sachregelsetzers ist unstrittig

---

und deutsches Recht (2000), 5, 19, 26; *Wendland*, in: BeckOGK (2022), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 16.1, 75.4 ff.

<sup>88</sup> Vgl. zum Ganzen schon RG JW 65 (1936), 2058, 2059; siehe auch *Spickhoff*, *RabelsZ* 56 (1992), 116, 132; *Wichard*, *RabelsZ* 60 (1996), 269, 284, der dieses Argument aber im Hinblick auf die von ihm untersuchten UNIDROIT Principles nicht für durchgreifend hält.

<sup>89</sup> *Bucher*, in: Schwind (Hrsg.), *Aktuelle Fragen zum Europarecht aus der Sicht in- und ausländischer Gelehrter* (1986), 11, 39 f.; *W.-H. Roth*, in: FS Jayme (2004), 757, 764; *Reimann*, in: Verschraegen (Hrsg.), *Rechtswahl* (2010), 1, 26, Fn. 127 f.

<sup>90</sup> Darauf abstellend *Spickhoff*, *RabelsZ* 56 (1992), 116, 139.

<sup>91</sup> *Schinkels*, GPR 2007, 106, 108.

<sup>92</sup> Vgl. *Leible/Wilke*, in: FS Kronke (2020), 297, 305.

<sup>93</sup> So etwa *U. Magnus*, in: Staudinger (2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 40; vgl. auch *von Bar/Mankowski*, *Internationales Privatrecht*, Band I (2. Aufl. 2003), § 2, Rn. 76.



auch bei der kollisionsrechtlichen Wahl eines staatlichen Rechts kein Kriterium.<sup>94</sup> So kann ein Vertrag beispielsweise ohne Weiteres iranischem oder nordkoreanischem Recht unterstellt werden, obschon die Rechtsetzung in diesen Staaten dem Demokratieprinzip unzweifelhaft nicht genügt.<sup>95</sup> Dass kollisionsrechtliche Verweise auf das Recht solcher Staaten dennoch auch in demokratischen Staaten wie Deutschland möglich sind, ohne das Demokratieprinzip zu verletzen, beruht vielmehr auf folgender Erwägung: Die in einem demokratischen Staat unabdingbare Legitimation einer gerichtlichen Entscheidung, die unter Anwendung eines kollisionsrechtlich berufenen ausländischen Rechts ergeht, folgt gerade nicht aus dem etwaigen demokratischen Zustandekommen der anzuwendenden ausländischen Regelungen, sondern vielmehr aus dem demokratischen Zustandekommen der Kollisionsregel selbst: Verweist eine demokratisch legitimierte Kollisionsregel auf ein ausländisches Recht, so ist dessen Anwendung – unabhängig von dessen Entstehungsprozess – ebenfalls demokratisch legitimiert.<sup>96</sup> Dieser Gedankengang ließe sich ohne Weiteres auf eine demokratisch legitimierte kollisionsrechtliche Zulassung eines möglicherweise nicht selbst demokratisch legitimierten nichtstaatlichen Regelwerks übertragen. Angesichts der Unschlüssigkeit des Demokratiearguments vermuten denn auch Autoren, die eine kollisionsrechtliche Wählbarkeit nichtstaatlicher Regelwerke zumindest *de lege ferenda* begrüßen würden, wohl zu Recht, dass der eigentliche Grund für die verbreitete Ablehnung der kollisionsrechtlichen Wählbarkeit nichtstaatlicher Regelwerke zuvörderst im staatlichen Interesse an der Wahrung des eigenen Rechtsetzungsmonopols und der Verteidigung des Konzepts uneingeschränkter Souveränität zu finden sei.<sup>97</sup>

Trotz der Fragwürdigkeit der gegen die kollisionsrechtliche Wählbarkeit nichtstaatlicher Regelwerke vorgebrachten teleologischen Argumente bleibt es

---

<sup>94</sup> Rühl, Building Competence in Commercial Law in the Member States (2018), 47; vgl. auch Reimann, in: Verschraegen (Hrsg.), Rechtswahl (2010), 1, 26.

<sup>95</sup> Maurer, Lex Maritima (2012), 79 f., der als Beispiele BGH NJW 1981, 1899 f. (objektive Anknüpfung eines Handelsvertretervertrages an iranisches Recht) und OLG Köln, OLGR Köln 2002, 392 ff. (Anknüpfung an chinesisches Recht) nennt. Kritisch zum Niveau der demokratischen Legitimation von Gesetzen selbst in demokratischen Staaten Calliess, in: Riesenhuber/Takayama (Hrsg.), Rechtsangleichung (2006), 109, 116 f.; Calliess, Ind. J. Global Legal Stud. 14 (2007), 469, 477 f.

<sup>96</sup> Insofern ist selbst die Anwendung beispielsweise französischen Sachrechts durch ein deutsches Gericht nicht etwa deshalb demokratisch legitimiert, weil die Rechtsetzung in Frankreich ebenfalls demokratischen Prinzipien genügt, sondern deshalb, weil sie durch eine demokratisch legitimierte Regel des deutschen Kollisionsrechts zugelassen wird.

<sup>97</sup> Michaels, Wayne L. Rev. 51 (2005), 1233, 1243 f., 1249 f.; Michaels, Ind. J. Global Legal Stud. 14 (2007), 447, 461 f.; Reimann, in: Verschraegen (Hrsg.), Rechtswahl (2010), 1, 30; Collins, in: Grundmann/Möslein/Riesenhuber (Hrsg.), Contract Governance (2015), 383, 402.

aber bei Gesamtbetrachtung aller Auslegungskriterien einschließlich systematischer Indizien sowie insbesondere der Gesetzgebungsgeschichte der Rom I-VO im Ergebnis dabei, dass in deren Anwendungsbereich eine solche Rechtswahl *de lege lata* nicht zulässig ist.<sup>98</sup> Letztlich spiegelt sich diese Einschätzung zum *law in the books* auch in der Rechtspraxis – und damit im *law in action* – wider.<sup>99</sup> So ist etwa nicht ein einziges Urteil eines staatlichen Gerichts bekannt, in welchem auf Grundlage der Rom I-VO eine kollisionsrechtliche Wahl nichtstaatlicher Regelwerke anerkannt worden wäre. Folgerichtig gehen auch die regelsetzenden privaten Organisationen selbst offenbar nicht davon aus, dass ihre Musterdokumente kollisionsrechtlich als bereichsspezifisches Vertragsstatut gewählt werden könnten.<sup>100</sup> Beispielsweise geht aus den Formulierungen der empfohlenen Rechtswahlklausen der LMA und ISDA eindeutig hervor, dass die diesen unterliegenden Verträge in Gänze dem jeweils gewählten staatlichen Vertragsstatut unterliegen sollten. Auch wäre der ausdrückliche Hinweis der LMA, dass bei den auf deutsches Recht zugeschnittenen Fassungen ihrer Musterverträge eine

---

<sup>98</sup> Ob man dieses einfachgesetzliche Auslegungsergebnis mit *Hellgardt*, *RebelsZ* 82 (2018), 654, 665 ff. *de lege lata* dadurch überspielen kann, die Versagung der Rechtswahlmöglichkeit als primärrechts- bzw. grundrechtswidrig einzustufen, erscheint angesichts der Ungewissheit über Herleitung, Schutzbereich und Schranken des hierfür ins Spiel gebrachten „Unionsgrundrechts der Privatautonomie“ zumindest zweifelhaft; vgl. *Wegen/Asbrand*, *RIW* 2016, 557, 558; *Wendland*, in: *BeckOGK* (2022), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 75.8.; *von Hein*, in: *Rauscher* (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, Band 3 (5. Aufl. 2023), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 55. Eine andere Frage ist freilich, ob dieser Status quo unter der Rom I-VO *de lege ferenda* überzeugt. Eine Zulassung der kollisionsrechtlichen Rechtswahl zugunsten nichtstaatlicher Regelwerke könnte nicht nur grenzüberschreitende Vertragsschlüsse vereinfachen, sondern auch einen Wertungsgleichlauf zwischen staatlicher Gerichtsbarkeit und privater Schiedsgerichtsbarkeit erzeugen, in deren Rahmen eine kollisionsrechtliche Wahl nichtstaatlicher Regelwerke nach nahezu einhelliger Auffassung möglich ist (vgl. die weite Formulierung des § 1051 Abs. 1 S. 1 ZPO, der sich an den Vorgaben des Art. 28 Abs. 1 S. 1 UNCITRAL ML orientiert; siehe hierzu etwa *G. Schulze*, in: *FS von Hoffmann* (2011), 856, 858; *Martiny*, in: *MüKo BGB*, Band 13 (8. Aufl. 2021), Vor Art. 1 Rom I-VO, Rn. 108). Angesichts der Tatsache, dass private Schiedsverfahren vom staatlichen Recht unter anderem über die Berücksichtigung der Schiedseinrede sowie die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen als prinzipiell gleichwertige Säule zivilrechtlicher Streitbeilegung anerkannt werden, erscheint eine divergierende Behandlung der Rechtswahlmöglichkeiten vor staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten keineswegs zwingend, zumal ein Vertrag schon *ex ante* rechtssichere Orientierung bieten muss und sich dessen Pflichtenprogramm durch die angestrebte, nicht selten erst nach Aufkommen einer Streitigkeit festgelegten Form der Rechtsdurchsetzung nicht ändert; so auch *McGuire*, *SchiedsVZ* 2011, 257, 259; ferner *G. Wagner*, in: *FS Schumann* (2002), 535, 551 f.; *W.-H. Roth*, in: *FS Jayme* (2004), 757, 770 f.

<sup>99</sup> Vgl. *Horn*, in: *FS Schmidt* (2009), 705, 715 f.

<sup>100</sup> Vgl. *Gößling*, *Europäisches Kollisionsrecht und Internationale Schiedsgerichtsbarkeit* (2019), 134.

Vereinbarkeit mit deutschem AGB-Recht nicht gesichert sei,<sup>101</sup> überflüssig, würde die Organisation davon ausgehen, dass der Mustervertrag selbst als kollisionsrechtlich wählbares Vertragsstatut einer Überprüfung an den Maßstäben des einfach zwingenden staatlichen Rechts wie §§ 305 ff. BGB ohnehin entzogen wäre. Diesen organisationsseitigen Erwartungshaltungen entsprechend wird im Zweifel auch auf Seiten der Verwender der Musterdokumente kein Bewusstsein für deren etwaige kollisionsrechtliche Wählbarkeit vorliegen und demgemäß bei Vertragsschluss auch kein hierzu korrelierender individueller Rechtswahlwille einschließlich eines entsprechenden Erklärungsbewusstseins vorhanden sein.<sup>102</sup> In ihrer jetzigen Konfiguration sind die transnationalen Vertragsrechtsregime von ICC, LMA, ISDA und vergleichbaren Organisationen demnach trotz ihres bereichsspezifischen, an Marktteilnehmer gerichteten Geltungsanspruchs nicht darauf zugeschnitten, von den funktional einbezogenen staatlichen Rechtsordnungen kollisionsrechtlich auf Ebene der Gleichordnung und als mögliches Vertragsstatut anerkannt zu werden.

### III. Möglichkeiten einer responsiven kollisionsrechtlichen Verarbeitung *de lege lata*

Trotz der Versagung der Transformationsmöglichkeit einer kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlicher Regelwerke auf Grundlage der aus Perspektive der deutschen Rechtsordnung maßgeblichen Rom I-VO greift jedoch die daran häufig anschließende Folgerung zu kurz, dass das Internationale Privatrecht damit unergiebig für die Verarbeitung transnationaler Ordnungsstrukturen wäre.<sup>103</sup> Die Absage an eine kollisionsrechtliche Gleichordnung bedeutet nämlich keineswegs, dass transnationalen Ordnungskontexten bei der kollisionsrechtlichen Zuordnung eines Vertragsverhältnisses gar keine Bedeutung zukommen könnte. Wie im Folgenden aufgezeigt wird, bieten auch die Vorschriften des geltenden Kollisionsrecht durchaus Ansatzpunkte, die dem staatlichen Rechtsanwender einen responsiven Umgang mit transnationalen Verträgen ermöglichen. Deren Beson-

<sup>101</sup> Etwa *LMA*, Users Guide to the German Law Version of Form of Facility Agreement for Real Estate Finance Multiproperty Investment Transactions (2016), 3; *LMA*, Supplemental Users Guide to the German Law Version of the LMA Recommended Form for Primary Documents (2020), 1.

<sup>102</sup> *Böhle*, Das Recht des internationalen Kreditkonsortiums (2022), 139 f. Vgl. zur Erforderlichkeit eines auf die Rechtswahl bezogenen Erklärungsbewusstseins bzw. Gestaltungswillens BGH NJW 1991, 1292, 1293; BGH NJW-RR 2000, 1002, 1004; BGH NJW 2009, 1205, 1206; *Mansel*, in: Jauernig, BGB (18. Aufl. 2021), Vorbemerkungen zur Rom I-VO, Rn. 15.

<sup>103</sup> In diese Richtung etwa *Maurer*, *Lex Maritima* (2012), 166, 172; *Jarass*, *Privates Einheitsrecht* (2019), 101 f.

derheiten kann namentlich schon bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs der Rom I-VO, sodann bei den Anforderungen an die Rechtswahl und deren Begrenzungen sowie schließlich im Rahmen der bei Fehlen einer Rechtswahl vorzunehmenden objektiven Anknüpfung Rechnung getragen werden.

### *1. Eröffnung des Anwendungsbereichs der Rom I-VO*

Dass transnationale Verträge im Finanzbereich sehr häufig Rechtswahlklauseln zugunsten bestimmter staatlicher Rechtsordnungen enthalten – LMA-basierte Konsortialkreditverträge etwa zumeist zugunsten englischen, gegebenenfalls aber auch deutschen, französischen oder spanischen Rechts, ISDA-basierte Kreditderivatverträge üblicherweise zugunsten englischen oder New Yorker Rechts –, ist eine Tatsache. Dass diese Rechtswahlklauseln allerdings aus der internen Perspektive der deutschen Rechtsordnung gerade an den vergleichsweise großzügigen Maßstäben des Schuldvertragskollisionsrechts und namentlich Art. 3 Rom I-VO zu messen sind, ist keineswegs selbstverständlich, sondern hängt davon ab, ob die einschlägigen Verträge im Einzelfall überhaupt dem Anwendungsbereich der Rom I-VO unterfallen. Schon bei der Beantwortung dieser Frage kann sich bei responsivem Verständnis der transnationale Charakter eines kollisionsrechtlich zu beurteilenden Vertrages weichenstellend auswirken. Grundsätzlich findet die Rom I-VO nach Art. 1 Abs. 1 S. 1 Anwendung auf „vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen“, die eine „Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen“, sieht hiervon in Art. 1 Abs. 2 jedoch einige Ausnahmen vor.

#### *a) Vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen*

Die Einordnung transnationaler Verträge als „vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen“ bereitet keine Probleme, zumal sich diese Voraussetzung mit dem ersten Definitionselement transnationaler Verträge als „privatrechtlicher Vertrag“ deckt: „Vertraglich“ ist ein Schuldverhältnis – auch nach dem Verständnis des EuGH zur Rom I-VO –, wenn die in Rede stehende Verpflichtung freiwillig eingegangen worden ist,<sup>104</sup> und eine „Zivil- und Handelssache“ liegt im Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO vor, wenn das Schuldverhältnis nicht durch Ausübung hoheitlicher Befugnisse entstanden und daher nicht dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.<sup>105</sup> Dies ist bei transnationalen

---

<sup>104</sup> Vgl. zur gleichlautenden Formulierung in Art. 7 Nr. 1 lit. a Brüssel Ia-VO bzw. deren Vorgängervorschriften EuGH, Urteil vom 17.6.1992, Rs. C-26/91 – Handte/TMCS, Rn. 15; EuGH, Urteil vom 17.9.2002, Rs. C-334/00 – Tacconi, Rn. 27; EuGH, Urteil vom 20.1.2005, Rs. C-27/02 – Engler, Rn. 50 ff.

<sup>105</sup> Vgl. zur gleichlautenden Formulierung in Art. 7 Nr. 1 lit. a Brüssel Ia-VO bzw. deren

Verträgen schon definitionsgemäß der Fall; auch dann, wenn eine Vertragspartei der öffentlichen Hand beteiligt ist.<sup>106</sup> Der Unterscheidung zwischen Zivil- und Handelssachen selbst kommt keine eigenständige Bedeutung zu: Handelssachen sind privatrechtliche Sachverhalte mit wirtschaftlichem Bezug und bilden daher lediglich einen Unterfall der Zivilsachen.<sup>107</sup>

#### b) Verbindung zum Recht verschiedener Staaten

Das Erfordernis einer „Verbindung zum Recht verschiedener Staaten“ in Art. 1 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO scheint auf den ersten Blick überflüssig: Wofür sollte Kollisionsrecht überhaupt relevant sein, wenn dem zu beurteilenden Sachverhalt eine Auslandsverbindung fehlt? Dementsprechend wird von einigen Autoren vertreten, dass Kollisionsrecht in solchen Fallkonstellationen ohnehin nicht anwendbar sei.<sup>108</sup> Diese Ansicht kann jedoch aus zweierlei Gründen nicht überzeugen: Zum Ersten geht jeder Sachrechtsanwendung die Frage nach dem anzuwendenden Recht logisch voraus, mag diese auch bei Fehlen einer Auslandsverbindung leicht zu beantworten sein.<sup>109</sup> Zum Zweiten erfordert die Frage, ob im Einzelfall ein relevanter Auslandsbezug besteht, bereits eine Anwendung des Kollisionsrechts, denn nur dieses kann Kriterien dafür vorgeben, welche Arten von Auslandsverbindung überhaupt berücksichtigungsfähig sind.<sup>110</sup> Tatsächlich gehört die Frage, wann der Tatbestand einer Auslandsverbindung nach Art. 1 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO erfüllt ist, sogar zu den besonders häufig diskutierten Auslegungsproblemen des europäischen Kollisionsrechts,<sup>111</sup> wobei als mögliche Bezugspunkte unter anderem die Staatsangehörigkeit der Parteien, deren Wohnsitz,

---

Vorgängervorschriften EuGH, Urteil vom 14.10.1976, Rs. 29/76 – LTU/Eurocontrol, Rn. 4 f.; EuGH, Urteil vom 11.4.2013, Rs. C-645/11 – Sapir u. a., Rn. 33; *Martiny*, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 1 Rom I-VO, Rn. 6; *D. Paulus*, in: BeckOGK (2022), Art. 1 Rom I-VO, Rn. 20 f.

<sup>106</sup> Dies kann etwa bei Konsortialkrediten sowie bei Swap- und Derivatverträgen durchaus vorkommen; siehe etwa EuGH, Urteil vom 12.5.2011, Rs. C-144/10 – BVG; zu diesem noch ausführlich unten § 6 II. 1. a) aa) (3) (b) (S. 351 ff.). Vgl. auch *Lehmann*, ZBB 2015, 282 f.

<sup>107</sup> *Martiny*, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 1 Rom I-VO, Rn. 6; vgl. auch *U. Magnus*, in: Staudinger (2021), Art. 1 Rom I-VO, Rn. 17.

<sup>108</sup> Etwa *E. Lorenz*, ZRP 1982, 148, 149; *de Lima Pinheiro*, in: FS von Hoffmann (2011), 242, 243.

<sup>109</sup> *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht (9. Aufl. 2004), 6 f.; *Spickhoff*, in: BeckOK BGB (65. Ed. 2023), Art. 1 Rom I-VO, Rn. 34; vgl. auch *Lüttringhaus*, in: Ferrari (Hrsg.), Rome I-Regulation (2015), Art. 1 Rom I-VO, Rn. 37. Aus Kompetenzgründen zwischen Unionsrecht und nationalem Kollisionsrecht differenzierend *R. Magnus*, ZEuP 2018, 507, 509 f.

<sup>110</sup> Vgl. *Spickhoff*, in: BeckOK BGB (65. Ed. 2023), Art. 1 Rom I-VO, Rn. 34.

<sup>111</sup> Vgl. Generalanwalt am EuGH *Szpunar*, Schlussanträge vom 2.3.2017, Rs. C-54/16 – *Vinyls Italia*, Rn. 93 f.



gewöhnlicher Aufenthalt, Satzungs- oder Verwaltungssitz, Gründungs-, Register- oder Niederlassungsort sowie der Abschlussort und die Sprache des Vertrages erwogen werden.<sup>112</sup> Wenngleich hier im Einzelnen vieles streitig ist, lässt sich aus der Debatte für die Zwecke der hiesigen Untersuchung als wesentliche Erkenntnis destillieren, dass die Schwelle des geforderten Auslandsbezugs äußerst niedrig anzusetzen ist und letztlich jedes internationale Sachverhaltselement genügt, das nicht nur einen bloß zufälligen Begleitumstand darstellt, sondern inhaltliche Bedeutung für den streitgegenständlichen Vertrag hat.<sup>113</sup> So ergibt sich etwa im Umkehrschluss aus Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO, dass allein die Wahl eines fremden Rechts schon ausreicht, um eine Auslandsverbindung im Sinne des Art. 1 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO zu begründen.<sup>114</sup>

Vor diesem Hintergrund wird das Erfordernis einer Verbindung zum Recht verschiedener Staaten bei Vorliegen eines transnationalen Vertrages kaum je Probleme aufwerfen. In den meisten Fällen weisen die einschlägigen Sachverhaltskonstellationen bereits objektive, dem Erfordernis des Art. 1 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO unzweifelhaft genügende Verbindungen zu mehreren Staaten auf,<sup>115</sup> schon weil das Vorhandensein von räumlichen Berührungspunkten zu mehreren Jurisdiktionen in der Praxis zu den Hauptgründen für die Verwendung transnationaler Musterdokumente wie derjenigen von ICC, LMA und ISDA gehört. Doch selbst wenn es im Einzelfall an einem solchen objektiven Auslandssachverhaltselement fehlen sollte – wenn etwa ein deutscher Automobilzulieferer als Kreditnehmer einen Konsortialkreditvertrag mit mehreren deutschen Banken auf Grundlage eines LMA-Mustervertrages schließt –, würde es für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Rom I-VO genügen, dass die Vertragsparteien subjektiv einen konkreten Auslandsbezug herstellen, beispielsweise in Form einer Rechtswahl- oder Gerichtsstandsklausel zugunsten ausländischen Rechts bzw. ausländischer Gerichte. Letztlich dürfte sogar schon die Verwendung eines transnationalen Musterdokuments als solche einen hinreichenden internationalen Bezug im Sinne des Art. 1 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO begründen. Im Gegensatz zum deutschen

---

<sup>112</sup> Umfassend zu möglichen Bezugspunkten *R. Magnus*, ZEuP 2018, 507, 516 ff.; vgl. auch *Martiny*, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 1 Rom I-VO, Rn. 24; *U. Magnus*, in: Staudinger (2021), Art. 1 Rom I-VO, Rn. 11 f.

<sup>113</sup> Vgl. *R. Magnus*, ZEuP 2018, 507, 526; *Martiny*, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 1 Rom I-VO, Rn. 24.

<sup>114</sup> *U. Magnus*, in: Staudinger (2021), Art. 1 Rom I-VO, Rn. 10; *Martiny*, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 1 Rom I-VO, Rn. 24; *von Hein*, in: Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band 3 (5. Aufl. 2023), Art. 1 Rom I-VO, Rn. 21; vgl. auch *Mills*, Party Autonomy in Private International Law (2018), 472; noch zu Art. 1 Abs. 1 EVÜ *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge (2006), 27; a.A. *D. Paulus*, in: BeckOGK (2022), Art. 1 Rom I-VO, Rn. 49.

<sup>115</sup> Vgl. etwa zum Dokumentenakkreditiv *von Bar*, ZHR 152 (1988), 38.



Wortlaut der Vorschrift, nach welchem eine Sachverhaltsverbindung zum Recht eines konkreten anderen Staates erforderlich scheint, verlangen die ebenso offiziellen englischen und französischen Sprachfassungen des Art. 1 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO lediglich „situations involving a conflict of laws“ bzw. „situations comportant un conflit des lois“, und auch die einschlägige primärrechtliche Kompetenzgrundlage der EU – Art. 81 Abs. 1 AEUV – verlangt lediglich einen *grenzüberschreitenden* Bezug, nicht einen solchen zu einem konkreten anderen Staat. Ein grenzüberschreitendes Gepräge erhält ein Vertrag aber auch dann, wenn er auf einem transnationalen Musterdokument beruht und von den Parteien in ein transnationales Vertragsrechtsregime eingebettet wird, das seine Kompatibilität mit einer Vielzahl von Einzelverträgen gleichen Typs sicherstellen soll, auch und gerade solchen, die räumlich zum Teil oder ganz in anderen Staaten angesiedelt sind.<sup>116</sup>

### c) Bereichsausnahmen

Art. 1 Abs. 2 Rom I-VO sieht eine Reihe von Bereichsausnahmen vor, darunter für wertpapierrechtliche Verpflichtungen (lit. d), Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen (lit. e),<sup>117</sup> Fragen des Gesellschaftsrechts (lit. f) und vorvertragliche Schuldverhältnisse (lit. i). Ist eine dieser Ausnahmen einschlägig, richtet sich deren Anknüpfung nicht nach der Rom I-VO, sondern teilweise nach anderen Unionsrechtsakten, im Übrigen nach nationalem Kollisionsrecht. Die Anwendung der Bereichsausnahmen kann allerdings Abgrenzungsschwierigkeiten aufwerfen, insbesondere bei Rechtsverhältnissen, die in verschiedenen Privatrechtsordnungen unterschiedlich qualifiziert werden.<sup>118</sup> Nicht ohne Grund wurde das Problem der Qualifikation bereits als das „schwierigste des ganzen IPR“ ausgemacht.<sup>119</sup>

Auch im Rahmen dieser Qualifikationsproblematik kann der transnationale Charakter eines kollisionsrechtlich zu beurteilenden Vertrages eine Rolle spie-

<sup>116</sup> Vgl. *Dalhuisen*, *Arbitration in International Finance* (2012), 1.

<sup>117</sup> Zur Problematik der fehlenden Abstimmung zwischen dieser Ausnahme für Gerichtsstandsvereinbarungen und den Regelungen der Brüssel Ia-VO siehe unten § 6 II. 1. a) aa) (2) (d) (aa) (S. 341 ff.).

<sup>118</sup> So werden etwa Ansprüche aus vorvertraglichen Schuldverhältnissen beispielsweise im deutschen Recht als vertragliche oder quasi-vertragliche, im französischen Recht hingegen als gesetzliche Ansprüche eingestuft. Insoweit trifft Art. 1 Abs. 2 lit. i Rom I-VO in Zusammenarbeit mit der Rom II-VO indes ausdrücklich eine vom französischen Modell ausgehende Lösung und finden sich die maßgeblichen Kollisionsregeln daher in Art. 12 Rom II-VO. Vgl. zu kollisionsrechtlichen Qualifikationsproblemen speziell im Finanzbereich *Sebastianutti*, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 3 (2009), 155, 157 ff.

<sup>119</sup> *Ferid*, *Internationales Privatrecht* (3. Aufl. 1986), 148. Grundlegend schon *Rabel*, *RabelsZ* 5 (1931), 241 ff.

len. Dies lässt sich anhand der Bereichsausnahme des Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO für „Fragen betreffend das Gesellschaftsrecht“ veranschaulichen, deren Reichweite unter anderem für transnationale Konsortialkreditverträge nach dem Muster der LMA, speziell für das in diesen geregelte Innenverhältnis der Konsorten von Bedeutung ist.<sup>120</sup> Wie andere transnational geprägte Vertragsgestaltungen auch ist der Konsortialkreditvertrag in den meisten staatlichen Rechtsordnungen nicht oder nur geringfügig kodifiziert und wird von diesen teils sehr unterschiedlich eingeordnet.<sup>121</sup> Im englischen Recht etwa – welches bei Verwendung der Musterdokumente der LMA häufig gewählt wird – wird das Innenverhältnis der Konsorten schuldvertraglich qualifiziert,<sup>122</sup> sodass der Anwendungsbereich der Rom I-VO eröffnet und damit auch der Weg zu einer Rechtswahl nach Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO bereitet wäre. Im deutschen Recht hingegen geht die überwiegende Auffassung von einer gesellschaftsrechtlichen Qualifikation des Konsortiums aus: Aufgrund der gemeinsamen Zweckverfolgung in Form der Ausreichung eines gemeinsamen Kredits handele es sich um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach §§ 705 ff. BGB.<sup>123</sup> Nach dieser Deutung würde das Innenverhältnis der Konsorten der Bereichsausnahme des Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO unterfallen, sodass eine Rechtswahl jedenfalls nicht auf Art. 3 Rom I-VO gestützt werden könnte und für Fragen der Anknüpfung stattdessen das autonome Internationale Gesellschaftsrecht maßgeblich wäre, welches grundsätzlich keine unmittelbaren Rechtswahlmöglichkeiten einräumt.<sup>124</sup> Zwar will die herrschende Ansicht

---

<sup>120</sup> Ausführlich *Estevan de Quesada/Renner*, ERCL 13 (2017), 164, 181 ff. Das Außenverhältnis zum Kreditnehmer ist demgegenüber unproblematisch als schuldvertraglich zu qualifizieren.

<sup>121</sup> Vgl. *Sebastianutti*, Law & Fin. Mkt. Rev. 3 (2009), 155, 157.

<sup>122</sup> Vgl. etwa *Redwood Master Fund Ltd. v. TD Bank Europe Ltd.* [2002] EWHC 2703 (Ch), Rn. 91: „The starting point is that the facility agreement is a commercial contract between a large multitude of lending bankers and their borrowers.“ Siehe dazu auch *Wenzel*, Rechtsfragen internationaler Konsortialkreditverträge (2006), 255 f.

<sup>123</sup> So etwa *De Meo*, Bankenkonsortien (1994), 34 ff.; *Brandt/Sonnenhol*, WM 2001, 2329, 2331; *Wenzel*, Rechtsfragen internationaler Konsortialkreditverträge (2006), 256 ff.; *Freitag*, in: Staudinger (2015), § 488, Rn. 79; *Diem/C. Jahn*, Akquisitionsfinanzierungen (4. Aufl. 2019), § 31, Rn. 1 ff.; *C. Schäfer*, in: MüKo BGB, Band 7 (8. Aufl. 2020), Vor § 705, Rn. 59; *Pamp*, in: Ellenberger/Bunte (Hrsg.), Bankrechtshandbuch (6. Aufl. 2022), § 51, Rn. 122; *Sprau*, in: Grüneberg (Hrsg.), BGB (82. Aufl. 2023), § 705, Rn. 44. A.A. für Kreditkonsortien auf Grundlage von LMA-Musterverträgen *Rauch/Kaufmann*, WM 2018, 652, 653 ff.; *Walgenbach*, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar (3. Aufl. 2020), 16. Kapitel, Rn. 6a; *Böhle*, Das Recht des internationalen Kreditkonsortiums (2022), 69 ff.

<sup>124</sup> Folgt das autonome Gesellschaftskollisionsrecht eines Staates der Gründungstheorie, so wäre eine Wahl des Gesellschaftsstatuts freilich zumindest indirekt über die Wahl des Inkorporationsortes möglich. Anderes gilt aber für Staaten wie Deutschland, die grundsätzlich an den tatsächlichen Verwaltungssitz anknüpfen, wobei einschränkend zumindest in Unionssachver-

im deutschen Schrifttum hiervon für reine Innengesellschaften eine Ausnahme machen, weil von deren Rechtsverhältnissen ausschließlich die Gesellschafter selbst betroffen seien.<sup>125</sup> Damit ist das aufgeworfene Qualifikationsproblem aber nicht ausgeräumt, zumal Kreditkonsortien zum Teil als Außengesellschaften am Rechtsverkehr teilnehmen<sup>126</sup> und jedenfalls in dieser Konstellation nach in Deutschland vorherrschendem Verständnis einer Wahl des im Innenverhältnis anwendbaren Rechts die Wirkung zu versagen wäre.

Auch aufgrund solcher nationalstaatlichen Divergenzen kann die Frage, ob das Innenverhältnis eines Kreditkonsortiums gesellschaftsrechtlich oder schuldvertraglich zu qualifizieren ist und damit unter die Bereichsausnahme des Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO fällt oder nicht, grundsätzlich nur durch Auslegung des Unionsrechts beantwortet werden.<sup>127</sup> Allerdings sind der Rom I-VO selbst keine Präzisierungen zum Begriff des „Gesellschaftsrechts“ zu entnehmen. Nationale Gerichte greifen in der Praxis daher auch bei Anwendung der Rom I-VO typischerweise doch auf das Verständnis ihrer jeweiligen *lex fori* zurück. Nicht zuletzt deshalb ist es bei Konsortialkreditverträgen auf Grundlage der LMA-Musterdokumente üblich, neben der Rechtswahl auch Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten englischer Gerichte einzufügen, welche – vom englischen, schuldvertraglichen Verständnis des Konsortialverhältnisses ausgehend – eine Rechtswahlmöglichkeit auf Grundlage der Rom I-VO (bzw. des diese mit dem EU-Austritt des Vereinigten Königreichs und dem Ablauf der Übergangsfrist des Art. 66 lit. a Austrittsabkommen<sup>128</sup> nahezu wortgleich in nationales Recht überführenden Law Applicable to Contractual Obligations and Non-Contractual Obligations<sup>129</sup>) beja-

---

halten die Rechtsprechung des EuGH zur Reichweite der Niederlassungsfreiheit zu berücksichtigen ist. Vgl. zum Ganzen *Estevan de Quesada/Renner*, ERCL 13 (2017), 164, 181 f.

<sup>125</sup> Vgl. *Kieninger*, in: Ferrari u. a. (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht (3. Aufl. 2018), Art. 1 Rom I-VO, Rn. 21; *Diem/C. Jahn*, Akquisitionsfinanzierungen (4. Aufl. 2019), § 27, Rn. 16; *Schücking*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1 (5. Aufl. 2019), § 1, Rn. 35; *Martiny*, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 1 Rom I-VO, Rn. 74. Vgl. auch BGH NJW 2004, 3706, 3708 (zu stiller Gesellschaft und noch zu Art. 37 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB).

<sup>126</sup> Vgl. *Diem/C. Jahn*, Akquisitionsfinanzierungen (4. Aufl. 2019), § 30, Rn. 11 f.

<sup>127</sup> *Renner*, ZBB 2018, 278, 281. Allgemein zur autonomen Auslegung von Verordnungsbegriffen EuGH, Urteil vom 22.3.1983, Rs. C-34/82 – Peters/ZNAV, Rn. 9 f.; EuGH, Urteil vom 8.3.1988, Rs. 9/87 – Arcado/Haviland, Rn. 10 f.; EuGH, Urteil vom 27.10.1998, Rs. C-51/97 – Réunion européenne u. a., Rn. 15.

<sup>128</sup> Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs und Nordirland aus der EU und der EAG, 2019/C 384/01.

<sup>129</sup> The Law Applicable to Contractual Obligations and Non-Contractual Obligations (Amendment etc.) (UK Exit) Regulations 2019 (SI 2019/834). Zur möglichen künftigen Auseinanderentwicklung von nationalem UK-Recht und EU-Recht in diesem Bereich *Dickinson*,

hen.<sup>130</sup> Würde ein deutsches Gericht im Falle seiner internationalen Zuständigkeit ebenso vorgehen und sich am deutschrechtlichen Verständnis orientieren, könnte der getroffenen Rechtswahlbestimmung hingegen die kollisionsrechtliche Wirkung versagt bleiben.<sup>131</sup> Als Gegenmodell zu diesem behelfsmäßigen Rückgriff auf das Verständnis der eigenen *lex fori* ist aber an dieser Stelle, wie im Folgenden gezeigt wird, eine für transnationale Ordnungszusammenhänge responsive Auslegung auch durch deutsche Gerichte möglich.

Der Wortlaut des Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO allein hilft für die zu beurteilende Qualifikationsfrage nicht weiter, setzt er doch die Einordnung eines Rechtsverhältnisses als Gesellschaft (bzw. als Verein oder juristische Person) bereits voraus, ohne selbst Kriterien für diese Einordnung vorzugeben. Aufschlussreicher erscheint jedoch ein Vergleich mit der Brüssel Ia-VO, zumal nach Erwägungsgrund 7 der Rom I-VO der materielle Anwendungsbereich und die Bestimmungen der Rom I-VO mit den entsprechenden Bestimmungen der Brüssel Ia-VO in Einklang stehen sollen.<sup>132</sup> Eine Parallelvorschrift zu Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO findet sich dort in Art. 24 Nr. 2 Brüssel Ia-VO, der für gesellschaftsrechtliche Fragen betreffende Klagen eine ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte des Sitzstaates der Gesellschaft statuiert und hierdurch in diesem Bereich die Möglichkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung versagt. Zwar enthält auch die Brüssel Ia-VO keine nähere Bestimmung des Begriffs der „gesellschaftsrechtlichen Streitigkeit“, doch ist insoweit eine Konkretisierung durch den EuGH erfolgt, der diese zuständigkeitsrechtliche Vorschrift in ständiger Rechtsprechung überaus eng auslegt – insbesondere in Abgrenzung zu den weiten Begriffen des „Vertrages“ und der „Ansprüche aus Vertrag“ in Art. 5 Nr. 1 lit. a Brüssel Ia-VO.<sup>133</sup> So wird eine ausschließliche Zuständigkeit nach Art. 24 Nr. 2 Brüssel Ia-VO nur für solche Fragen angenommen, welche „die Gültigkeit [von Ent-

---

IPRax 2021, 213, 214 ff. Zur zu verneinenden Frage eines Wiederauflebens des EVÜ im Verhältnis zum Vereinigten Königreich *Mankowski*, EuZW-Sonderausgabe 1/2020, 3, 6 f.

<sup>130</sup> Vgl. *Renner*, ZBB 2018, 278, 282. Siehe zur allgemeinen Üblichkeit der Verbindung von Rechtswahl- und Gerichtsstandsvereinbarungen in grenzüberschreitenden Finanzverträgen *Sebastianutti*, Law & Fin. Mkt. Rev. 3 (2009), 155, 157.

<sup>131</sup> Kompetenziell korrekt wäre in solchen Zweifelsfällen der entscheidungsrelevanten Auslegung von Unionsrecht in einem Gerichtsverfahren freilich nur eine Anrufung des EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV, der sich zur hier aufgeworfenen Frage allerdings noch nicht geäußert hat; vgl. *Estevan de Quesada/Renner*, ERCL 13 (2017), 164, 183.

<sup>132</sup> *Estevan de Quesada/Renner*, ERCL 13 (2017), 164, 183.

<sup>133</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 22.3.1983, Rs. C-34/82 – *Peters/ZNAV*, Rn. 15; EuGH, Urteil vom 8.3.1988, Rs. 9/87 – *Arcado/Haviland*, Rn. 12 f.; EuGH, Urteil vom 10.3.1992, Rs. C-214/89 – *Powell Duffryn/Petereit*, Rn. 21; EuGH, Urteil vom 2.10.2008, Rs. C-372/07 – *Hassett und Doherty*, Rn. 18, 26; EuGH, Urteil vom 12.5.2011, Rs. C-144/10 – *BVG*, Rn. 30 ff.; siehe auch *M.-P. Weller*, ZGR 2012, 606, 623 f.

scheidungen der Gesellschaftsorgane] im Hinblick auf das geltende Gesellschaftsrecht oder die satzungsmäßigen Vorschriften über das Funktionieren dieser Organe“ betreffen.<sup>134</sup> Vor dem Hintergrund des in Erwägungsgrund 7 vorgesehenen Kohärenzgebots liegt es nahe, diese restriktive Auslegung mit dem EuGH<sup>135</sup> auch auf die Bereichsausnahmevorschrift des Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO zu übertragen und selbst bei unstreitig als Gesellschaft zu qualifizierenden Rechtsverhältnissen den Anwendungsbereich der Bereichsausnahme auf rein interne Organisationsfragen zu begrenzen.<sup>136</sup> Erst recht sollte dann bei in nationalstaatlichen Rechtsordnungen unterschiedlich behandelten Zweifelsfällen im Interesse eines Gleichlaufs zwischen Zuständigkeits- und Kollisionsrecht bei der Qualifikation eines Rechtsverhältnisses als „gesellschaftsrechtlich“ im Sinne des Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO Zurückhaltung geboten sein.

Dies gilt umso mehr, wenn das anzuknüpfende Rechtsverhältnis auf transnationaler Ordnungsebene eine Vereinheitlichung erfahren hat, die von einer schuldrechtlichen Qualifikation ausgeht, wie es bei Konsortialkreditverträgen im Rahmen des von der LMA orchestrierten Vertragsrechtsregimes der Fall ist. Die Möglichkeit einer gezielten Zuordnung zu einem einheitlichen Vertragsstatut – im Beispiel der LMA insbesondere des englischen Schuldvertragsrechts – ist von entscheidender Bedeutung für die Fähigkeit des im konkreten Fall zu beurteilenden Einzelvertrages, sich in den Auslegungs- und Anwendungskontext des zugehörigen transnationalen Vertragsrechtsregimes einzufügen und auf diesem Wege einen grenzüberschreitenden Gleichlauf mit anderen, unter Umständen rechtlich oder wirtschaftlich mit ihm verbundenen Einzelverträgen gleichen Typs sicherzustellen.<sup>137</sup> Nur durch Erreichen dieses Gleichlaufs kann über das transnationale Vertragsrechtsregime bereichsspezifische Rechtssicherheit geschaffen werden. Hinzu kommt, dass erst die grenzüberschreitende Harmonisierung einzelvertraglicher Rechte und Pflichten die im Bereich des Konsortialkreditwesens verbreitete Handelbarkeit einzelner Kreditanteile am Sekundärmarkt möglich macht, welche beispielsweise der Refinanzierung dienen kann.<sup>138</sup> Die grundsätzliche Ermöglichung derartiger Verhandlungslösungen in grenzüberschreitenden Vertragsverhältnissen ist ein Anliegen, das der Unionsgesetzgeber auch vor dem Hintergrund der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheiten mit der Priorisierung der Rechtswahlfreiheit als Anknüpfungskriterium in der Rom I-VO un-

<sup>134</sup> EuGH, Urteil vom 2.10.2008, Rs. C-372/07 – Hassett und Doherty, Rn. 26; vgl. auch EuGH, Urteil vom 12.5.2011, Rs. C-144/10 – BVG, Rn. 38 ff.

<sup>135</sup> So nunmehr EuGH, Urteil vom 8.5.2019, Rs. C-25/18 – Kerr, Rn. 33 f.; EuGH, Urteil vom 3.10.2019, Rs. C-272/18 – Verein für Konsumenteninformation, Rn. 35 ff.

<sup>136</sup> Vgl. *Estevan de Quesada/Renner*, ERCL 13 (2017), 164, 183.

<sup>137</sup> Vgl. *Estevan de Quesada/Renner*, ERCL 13 (2017), 164, 184.

<sup>138</sup> Vgl. *Estevan de Quesada/Renner*, ERCL 13 (2017), 164, 184.



mittelbar bezweckt hat.<sup>139</sup> Daher kann bei einer transnationalen Ordnungskontexte mitberücksichtigenden Auslegung nur eine grundsätzlich restriktive Interpretation von Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO und anderen Bereichsausnahmen überzeugen, die den Parteien transnationaler Verträge den Weg zur Rechtswahlfreiheit nach Art. 3 Rom I-VO offenhält.

Im Ergebnis führt eine responsive Auslegung des Art. 1 Rom I-VO im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen also zu einer möglichst großzügigen Eröffnung des Anwendungsbereichs der Rom I-VO. Dazu gehört erstens ein weites Verständnis des Kriteriums der „Verbindung des Vertrages zum Recht verschiedener Staaten“, für welche bei transnationalen Verträgen sogar schon der durch Verwendung eines transnationalen Musterdokuments und den hierdurch erfolgenden Anschluss an das zugehörige transnationale Vertragsrechtsregime gegebene grenzüberschreitende Bezug ausreicht. Zweitens gebietet ein responsiver Ansatz eine restriktive Auslegung der Bereichsausnahmen des Art. 1 Abs. 2 Rom I-VO, da diese gerade bei einem Rückgriff auf rein nationale Qualifikationsvorstellungen den Weg zur schuldvertragskollisionsrechtlichen Rechtswahlfreiheit verbauen könnten, die für die Abstimmung zwischen transnationaler und nationalstaatlicher Ordnungsebene essenziell ist.

## 2. Anforderungen an die Rechtswahl

Ist nach den vorgenannten Maßgaben der Anwendungsbereich der Rom I-VO eröffnet, kann der transnationale Charakter eines kollisionsrechtlich zu beurteilenden Vertrages sodann für die Frage relevant werden, welche konkreten Anforderungen an das Zustandekommen einer Rechtswahlvereinbarung zu stellen sind.

### a) Erklärung

Dies betrifft zunächst das Erfordernis einer Rechtswahlerklärung. Der unproblematische Fall einer ausdrücklichen Erklärung der Rechtswahl tritt bei transnationalen Verträgen insbesondere dann auf, wenn das dem Einzelvertrag zugrunde liegende Musterdokument eine Rechtswahlklausel enthält, die von den Parteien unverändert übernommen wird. Keine Schwierigkeiten wirft auch die – in der Praxis freilich unwahrscheinliche – Konstellation auf, dass Vertragsparteien eine vom Musterdokument explizit abweichende, dann selbstverständlich vorrangige Rechtswahlvereinbarung treffen.

Schwieriger zu beurteilen ist hingegen die Frage, unter welchen Umständen trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Rechtswahlbestimmung in einem trans-

---

<sup>139</sup> Renner, ZGR 2014, 452, 477; Estevan de Quesada/Renner, ERCL 13 (2017), 164, 183; vgl. auch Rühl, Statut und Effizienz (2011), 435 f.



nationalen Vertrag von einer konkludenten Rechtswahlvereinbarung ausgegangen werden kann. Erwägen könnte man namentlich, ob schon aus der Bezugnahme auf das einschlägige transnationale Musterdokument auf eine Wahl desjenigen staatlichen Rechts zu schließen ist, das von der regelsetzenden Organisation empfohlen wird, auf welches das Musterdokument erkennbar ausgerichtet ist oder welches in gleichgelagerten Verträgen üblicherweise verwendet wird. Hierdurch würde jedenfalls das von den Parteien mit der Verwendung des Regelwerks verfolgte Ziel eines grenzüberschreitenden Gleichlaufs mit anderen Verträgen desselben Typs am ehesten gewährleistet sein. Wäre also beispielsweise ein unter Verwendung von Musterdokumenten der ISDA geschlossener Kreditderivatvertrag zwischen einer deutschen und einer spanischen Bank subjektiv an englisches Vertragsrecht anzuknüpfen, obschon die Parteien keine explizite Bestimmung hierzu getroffen haben?

Eine konkludente Rechtswahl ist nach Art. 3 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 Rom I-VO grundsätzlich möglich, setzt allerdings voraus, dass sie sich „eindeutig“ aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Einzelfalls ergibt (in der englischen Fassung „clearly demonstrated“, in der französischen „façon certaine“). Im Vergleich zum Wortlaut des EVÜ, der lediglich eine „hinreichende Sicherheit“ („reasonable certainty“) verlangte, stellt dies eine Verschärfung dar.<sup>140</sup> Diese erklärt sich nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass unter der Vorgängerregelung Kritik an der Praxis deutscher und englischer Gerichte aufgekommen war, vorschnell konkludente Rechtswahlvereinbarungen anzunehmen, um hierdurch zur Anwendbarkeit des heimischen Sachrechts zu gelangen oder um Auslegungsschwierigkeiten bei einer ansonsten erforderlichen objektiven Anknüpfung zu umgehen.<sup>141</sup> Auch eine konkludente Rechtswahl erfordert aber stets einen echten Gestaltungswillen der Parteien, der nicht durch rein hypothetische Erwägungen ersetzt werden kann.<sup>142</sup> Von einem solchen Gestaltungswillen ist nur dann auszugehen, wenn anzunehmen ist, dass die tatsächlichen Erwartungen der Parteien bei Vertragsschluss auch die Möglichkeit von Modifikationen des anwendbaren Rechts mit einschließen.<sup>143</sup>

<sup>140</sup> Leible/Lehmann, RIW 2008, 528, 532; Kroll-Ludwigs, Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht (2013), 49. Unverändert allerdings der Wortlaut der französischen Fassung, der schon im EVÜ von „façon certaine“ sprach.

<sup>141</sup> Vgl. Mills, Party Autonomy in Private International Law (2018), 341.

<sup>142</sup> Vgl. Mansel, in: Jauernig, BGB (18. Aufl. 2021), Vorbemerkung Rom I-VO, Rn. 15; Wendland, in: BeckOGK (2022), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 132 ff.; von Hein, in: Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band 3 (5. Aufl. 2023), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 11 f.; BGH NJW 1991, 1292, 1293; BGH NJW-RR 2000, 1002, 1004; BGH NJW 2009, 1205, 1206.

<sup>143</sup> Vgl. in Bezug auf die stillschweigende Wahl der *lex mercatoria Kappus*, IPRax 1993, 137, 141 f.

Die bewusste Verwendung transnationaler Musterdokumente kann jedoch zumindest unter professionellen Akteuren ein deutlicher Anhaltspunkt hierfür sein, wenn das Musterdokument auf ein bestimmtes staatliches Recht zugeschnitten ist – insbesondere wenn aus mehreren zur Verfügung stehenden Mustern das auf ein bestimmtes staatliches Recht ausgerichtete Muster Verwendung findet – oder wenn die überragende Zahl gleichgelagerter, möglicherweise mit dem in Rede stehenden Vertrag auch rechtlich oder wirtschaftlich verbundener Verträge nach einem bestimmten staatlichen Recht abgewickelt wird.<sup>144</sup> Ein verstärkendes Indiz kann außerdem das Bestehen vorheriger Vertragsbeziehungen gleicher Art zwischen den Parteien sein, wenn bereits diese auf ein bestimmtes staatliches Recht ausgelegt waren.<sup>145</sup> Des Weiteren können ausdrückliche Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarungen auf eine gewünschte Anwendbarkeit des Rechts des Gerichtsstands<sup>146</sup> bzw. des Schiedsortes<sup>147</sup> hindeuten, wenn diese im jeweiligen transnationalen Vertragsrechtsregime zu einem typischerweise herangezogenen staatlichen Sachrecht korrelieren. Wendet man diese Maßstäbe auf den geschilderten Beispielsfall an, so dürfte die Tatsache der Verwendung von ISDA-Musterdokumenten isoliert betrachtet zwar noch nicht für eine subjektive Anknüpfung an englisches Vertragsrecht ausreichen, da innerhalb des ISDA-Regimes neben dem englischen Recht ebenfalls empfohlene Wahlmöglichkeiten zugunsten New Yorker Rechts sowie mittlerweile auch zugunsten französischen oder irischen Rechts bestehen. Hätten die Parteien aber zudem etwa eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten englischer Gerichte in ihren Vertrag eingefügt oder in vorherigen Derivatgeschäften miteinander bereits englisches Recht herangezogen, ließe dies auf eine konkludente Rechtswahl zugunsten englischen Vertragsrechts schließen. Bei Beherrschung dieser Maßgaben dürften in der Praxis angesichts der Professionalität der im Regelfall rechtlich beratenen Verwender transnationaler Musterdokumente im Finanzbereich letztlich nur selten Fälle

---

<sup>144</sup> *Giuliano/Lagarde*, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. Nr. C 282 vom 31.10.1980, 17; unmittelbar darauf Bezug nehmend *Mills*, *Party Autonomy in Private International Law* (2018), 330; vgl. auch *Wendland*, in: BeckOGK (2022), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 161.

<sup>145</sup> *Giuliano/Lagarde*, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. Nr. C 282 vom 31.10.1980, 17; unmittelbar darauf Bezug nehmend *Mills*, *Party Autonomy in Private International Law* (2018), 330.

<sup>146</sup> So ausdrücklich Erwägungsgrund 12 der Rom I-VO. Siehe auch *Giuliano/Lagarde*, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. Nr. C 282 vom 31.10.1980, 17; *Mills*, *Party Autonomy in Private International Law* (2018), 330. Vgl. außerdem BGH NJW 2004, 3706, 3708; OLG Frankfurt am Main RIW 1998, 477; ebenso schon *Gamillscheg*, AcP 157 (1958), 303, 318, 332 f.

<sup>147</sup> *Gamillscheg*, AcP 157 (1958), 303, 318, 332 f.; *Kodek*, in: Verschaegen (Hrsg.), *Rechtswahl* (2010), 85, 98.

auftreten, in welchen im transnationalen Einzelvertrag weder eine ausdrückliche Rechtswahlvereinbarung getroffen wird noch hinreichende Anhaltspunkte für eine konkludente Rechtswahl bestehen. Nur in diesen Ausnahmefällen wird man noch auf eine objektive Anknüpfung zurückgreifen müssen.<sup>148</sup>

#### b) Wirksamkeitsvoraussetzungen

In Bezug auf die formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Rechtswahl ergeben sich aus dem transnationalen Charakter eines Vertrages keine Besonderheiten. Formanforderungen sieht die Rom I-VO selbst nicht vor, sondern knüpft nach Art. 3 Abs. 5 i. V. m. Art. 11 alternativ an das gewählte Vertragsstatut, das Recht der Aufenthaltsorte der Vertragsparteien bei Vertragsschluss und das Recht von deren gewöhnlichen Aufenthaltsorten an. Auch da zwischen der Formwirksamkeit des Hauptvertrages und derjenigen der Rechtswahl zu trennen ist, führt dies in aller Regel dazu, dass die Rechtswahl selbst formfrei möglich ist.<sup>149</sup>

Für die materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen verweist Art. 3 Abs. 5 i. V. m. Art. 10 Rom I-VO auf das gewählte Recht, was sich nicht zuletzt dadurch erklärt, dass auf Unionsebene bislang keine einheitliche Rechtsgeschäftslehre existiert.<sup>150</sup> Gerade für transnationale Verträge kann in diesem Zusammenhang die Streitfrage relevant werden, ob zu diesen materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen neben den Vorschriften zur allgemeinen Rechtsgeschäftslehre auch diejenigen zur Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu zählen sind.<sup>151</sup> Nicht überzeugen kann es jedenfalls, eine solche Kontrolle – wie es in der Rechtsprechung bisweilen geschieht – stets nach der *lex fori* vorzunehmen,<sup>152</sup> da dies dem Vorrang der Art. 3 ff. Rom I-VO vor nationalem Recht zuwiderliefe.<sup>153</sup> Durchaus denkbar erscheint aber eine Überprüfung der Rechts-

<sup>148</sup> Dazu unten § 4 III. 4. (S. 255 ff.). Unter den untersuchten Beispielen von Finanzgeschäften dürfte dies am ehesten noch für Dokumentenakkreditive gelten, weil die ERA 600 selbst keine Rechtswahlklauseln enthalten, solchen allerdings auch nicht entgegenstehen.

<sup>149</sup> Vgl. *Maultzsch*, in: von Hein/Rühl (Hrsg.), *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union* (2016), 153, 173; *Spickhoff*, in: BeckOK BGB (65. Ed. 2023), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 17.

<sup>150</sup> *Maultzsch*, in: von Hein/Rühl (Hrsg.), *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union* (2016), 153, 174.

<sup>151</sup> Vgl. *Renner*, ZHR 185 (2021), 840, 874 f.

<sup>152</sup> In diese Richtung etwa, allerdings jeweils in Bezug auf Verbraucherstreitigkeiten, OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 1132; OLG Düsseldorf IPRax 1997, 115, 117 f.; OLG Düsseldorf IPRax 1997, 118, 120; LG Hamburg IPRax 2015, 348, 349 m. kritischer Anm. *Pfeiffer*, IPRax 2015, 320; vgl. auch BGH IPRax 2013, 557, 561, Rn. 30 ff. m. kritischer Anm. *W.-H. Roth*, IPRax 2013, 515.

<sup>153</sup> *Martiny*, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 13; vgl. auch *W.-H. Roth*, IPRax 2013, 515, 521.

wahlklausel – und zunächst nur dieser – am Maßstab der AGB-Vorschriften des gewählten oder des gegebenenfalls nach den Schutzbestimmungen der Art. 3 Abs. 3 und Abs. 4 oder Art. 5 bis 8 Rom I-VO objektiv anzuknüpfenden Sachrechts.<sup>154</sup> Auch der EuGH geht, jedenfalls im Anwendungsbereich der EU-Klauselrichtlinie<sup>155</sup>, von der Gebotenheit einer solchen AGB-Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln aus.<sup>156</sup>

Vor diesem Hintergrund erscheint es zumindest *de lege lata* bei responsiver Auslegung zielführend, nicht die Möglichkeit einer AGB-Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in transnationalen Verträgen per se abzulehnen,<sup>157</sup> sondern vielmehr den Besonderheiten transnationaler Verträge bei der Durchführung dieser Kontrolle Rechnung zu tragen.<sup>158</sup> So wäre bei Anwendbarkeit deutschen AGB-Rechts auf die Rechtswahlvereinbarung etwa zu hinterfragen, ob überhaupt von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, insbesondere dem „Stellen durch einen Verwender“ ausgegangen werden kann. Auch wird die Verwendung einer schon im herangezogenen Musterdokument enthaltenen, von der einschlägigen Regelsetzungsorganisation empfohlenen oder zumindest branchenüblichen Rechtswahlklausel jedenfalls im unternehmerischen Verkehr den Klauselgegner weder i. S. d. § 305c Abs. 1 BGB „überraschen“ noch i. S. d. § 307 Abs. 1 BGB unangemessen benachteiligen.<sup>159</sup> Doch selbst bei einer ausnahmsweisen Verbraucherbeteiligung erschiene es unwahrscheinlich, dass allein die Wahl eines ausländischen Rechts schon zu einer unangemessenen Benachteiligung führen könnte, zumal den Schutzinteressen des Verbrauchers über die speziellen Sonderanknüpfungen verbraucherschützenden Sachrechts nach Art. 6 Rom I-VO und Art. 46b EGBGB und dessen Anwendung auf den Hauptvertrag hinreichend Rechnung getragen werden kann.<sup>160</sup> Im Regelfall dürfte nach diesen Maßgaben

<sup>154</sup> Vgl. etwa *W.-H. Roth*, IPRax 2013, 515, 519, *Ferrari*, in: Ferrari u. a. (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht (3. Aufl. 2018), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 8. Zum Sonderproblem sich widersprechender Rechtswahlklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen *Dutta*, ZVglRWiss 104 (2005), 461 ff.; *Möll*, Kollidierende Rechtswahlklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Internationalen Vertragsrecht (2012), 188 ff.

<sup>155</sup> Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

<sup>156</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-191/15 – Verein für Konsumenteninformation, Rn. 46 ff.; EuGH, Urteil vom 3.10.2019, Rs. C-272/18 – Verein für Konsumenteninformation, Rn. 58 f.

<sup>157</sup> In diese Richtung aber, unter Verweis auf den abschließenden Charakter des Kollisionsrechts hinsichtlich der inhaltlichen Grenzen der Rechtswahlfreiheit in Art. 3 Abs. 3, Abs. 4 sowie Art. 5 bis 8 Rom I-VO, *Martiny*, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 13.

<sup>158</sup> Dazu in Bezug auf den Hauptvertrag noch ausführlich unten § 5 IV. 1. (S. 286 ff.).

<sup>159</sup> Vgl. *Renner*, ZHR 185 (2021), 840, 875.

<sup>160</sup> Dazu unten § 4 III. 3. b) bb) (S. 236 ff.). Auf deren Anwendbarkeit muss der Verbraucher

der formell- und materiellrechtlichen Wirksamkeit einer in einem transnationalen Vertrag getroffenen Rechtswahlbestimmung also nichts entgegenstehen.

### 3. Begrenzungen der Rechtswahlfreiheit

Unabhängig davon, ob man die in Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO positivrechtlich verankerte Rechtswahlfreiheit mit ökonomischen, philosophischen, grund- und menschenrechtlichen oder rein pragmatischen Erklärungsansätzen untermauern will,<sup>161</sup> lassen sich aus jeder dieser Perspektiven gute Gründe für die Tatsache finden, dass diese Freiheit in keiner staatlichen Rechtsordnung schrankenlos gewährleistet wird.<sup>162</sup> In den Begrenzungen der Rechtswahlfreiheit spiegelt sich im Kollisionsrecht die für das gesamte Privatrecht zentrale Grundspannung zwischen Dispositivität und privater Selbststeuerung einerseits, zwingendem Recht und der Durchsetzung gemeinwohldienlicher Ordnungsanliegen andererseits wider.<sup>163</sup> Im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen wird diese Verhältnisbestimmung umso dringlicher, weil auf der transnationalen Ordnungsebene der privaten Selbststeuerungskomponente bislang keine korrelierende, transnational organisierte Gemeinwohlinstanz gegenübersteht, welche die Partikularinteressen der unmittelbar adressierten Verkehrskreise mit den Interessen Schwächerer, außenstehender Dritter und der Allgemeinheit in Ausgleich bringen könnte. Daher kommt hier dem staatlichen Recht eine Lückenfüllungsfunktion zu, die auch und gerade über das Kollisionsrecht vermittelt werden kann. An diesem Funktionsmaßstab müssen sich die positivrechtlichen Einschränkungen der Parteiautonomie aber im transnationalen Ordnungskontext bei responsivem Verständnis auch messen und festhalten lassen.<sup>164</sup>

#### a) Wählbarkeitsbeschränkungen

Die erste Art von Einschränkungen der Rechtswahl betrifft deren Gegenstand („Wählbarkeitsbeschränkungen“):<sup>165</sup> Worauf kann sich die Rechtswahl beziehen?

---

dann allerdings hingewiesen werden; vgl. EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-191/15 – Verein für Konsumenteninformation, Rn. 69; EuGH, Urteil vom 3.10.2019, Rs. C-272/18 – Verein für Konsumenteninformation, Rn. 58.

<sup>161</sup> Dazu oben § 4 I. (S. 191 f.).

<sup>162</sup> Allgemein *Mills*, *Party Autonomy in Private International Law* (2018), 84 ff. Speziell aus ökonomischer Sicht *Rühl*, *Statut und Effizienz* (2011), 443 f.; *Rühl*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 287, 292 ff.; *Rühl*, *J. Priv. Int'l L.* 10 (2014), 335, 343 ff. Speziell aus grundfreiheitenrechtlicher Sicht *von Wilimowsky*, *RabelsZ* 62 (1998), 1, 20 ff.

<sup>163</sup> Vgl. *Maultzsch*, in: FS von Hoffmann (2011), 304.

<sup>164</sup> Vgl. *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), *Regelsetzung im Privatrecht* (2019), 165, 173 ff.

<sup>165</sup> *Leible/Wilke*, in: FS Kronke (2020), 297, 300. Selbstverständlich sind auch andere Kate-



*aa) Begrenzung auf staatliches Recht*

Es wurde bereits ausführlich dargelegt, dass die kollisionsrechtliche Rechtswahl zugunsten eines transnationalen Musterdokuments wie jenen von ICC, LMA und ISDA den Parteien eines transnationalen Vertrages jedenfalls im Anwendungsbereich der Rom I-VO versagt und die Wahlmöglichkeiten auf staatliches Recht beschränkt bleiben.<sup>166</sup> Wenngleich man dies *de lege ferenda* kritisieren kann,<sup>167</sup> haben sich wie gezeigt sowohl die privaten Regelsetzungsorganisationen der untersuchten transnationalen Vertragsrechtsregime als auch die Parteien transnationaler Einzelverträge auf diese Situation eingestellt und streben eine kollisionsrechtliche Gleichordnung mit staatlichem Recht gar nicht erst an.<sup>168</sup> Vielmehr suchen sie durch Rechtswahlbestimmungen bewusst den Anschluss an ausgesuchte staatliche Rechtsordnungen, auf welche die einschlägigen Musterdokumente genauestens abgestimmt werden.

*bb) Begrenzung auf das Recht räumlich verbundener Staaten?*

Diese für transnationale Verträge essenzielle Gestaltungsmöglichkeit würde indes erheblich eingeschränkt, würde das Kollisionsrecht – wie zum Teil in der früheren deutschen Rechtsprechung<sup>169</sup> und in manchen Rechtsordnungen noch heute gefordert<sup>170</sup> – die Rechtswahl auf Staaten beschränken, zu welchen der jeweilige Sachverhalt eine räumliche Nähebeziehung aufweist. Unter dieser Prämisse wäre es beispielsweise einem aus deutschen, französischen und schweizerischen Banken zusammengesetzten Kreditkonsortium bei Ausreichung eines gemeinsamen Kredits an einen österreichischen Kreditnehmer verwehrt, sein an einem LMA-Muster orientiertes vertragliches Innenverhältnis englischem Recht zu unterstellen. In der aus deutscher Sicht maßgeblichen Rom I-VO bestehen für eine solche Beschränkung jedoch keinerlei Anhaltspunkte.<sup>171</sup> Im Gegenteil:

---

gorisierungen der Rechtswahleinschränkungen als die hier vorgeschlagenen möglich; vgl. etwa *Rühl*, in: FS Kropholler (2008), 187, 200 ff.; *Reimann*, in: Verschraegen (Hrsg.), Rechtswahl (2010), 1, 5.

<sup>166</sup> Dazu oben § 4 II. 2. (S. 195 ff.).

<sup>167</sup> Dazu oben § 4 II. 2. (S. 200 ff.).

<sup>168</sup> Dazu oben § 4 II. 2. (S. 204 f.).

<sup>169</sup> So etwa RG JW 65 (1936), 2058, 2059.

<sup>170</sup> Vgl. etwa zum U.S.-amerikanischen Recht § 187 (2) (a) Restatement (Second) of Conflict of Laws und § 1-301 a) UCC; eingehend dazu *Ribstein*, J. Corp. L. 18 (1993), 245, 262 ff. Allerdings weichen die bundesstaatlichen Kollisionsrechte hiervon teilweise ab und werden überdies nur sehr niedrige Anforderungen an die geforderte Verbindung gestellt; vgl. *Rühl*, in: Gottschalk u. a. (Hrsg.), Conflict of Laws in a Globalized World (2007), 153, 161 ff.; *Rühl*, Statut und Effizienz (2011), 494 f.; *Reimann*, in: Verschraegen (Hrsg.), Rechtswahl (2010), 1, 8; *Mills*, Party Autonomy in Private International Law (2018), 361.

<sup>171</sup> Vgl. *Ferrari*, in: Ferrari u. a. (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht (3. Aufl. 2018), Art. 3



Art. 2 Abs. 1 Rom I-VO stellt zunächst außer Zweifel, dass auch drittstaatliches Recht gewählt werden kann,<sup>172</sup> und aus Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO, der die Reichweite der Rechtswahl in reinen Inlandsfällen betrifft, lässt sich ableiten, dass die Wahl eines mit dem Sachverhalt räumlich nicht verbundenen Rechts zumindest in Fällen mit Auslandsbezug möglich sein muss.<sup>173</sup> Letzteres lässt sich zudem mit einem Umkehrschluss aus Art. 5 Abs. 3 lit. a bis e und Art. 7 Abs. 3 lit. a bis c Rom I-VO untermauern, die den Kreis der wählbaren Rechte bei Beförderungs- und Versicherungsverträgen ausdrücklich auf solche beschränken, zu welchen eine räumliche Verbindung besteht. Daraus folgt, dass außerhalb dieser Sondervorschriften in der Rom I-VO keine solche Verbindung vorausgesetzt wird.<sup>174</sup> Gerade im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen kann dieses Ergebnis auch teleologisch abgesichert werden, weil die Wahl einer bestimmten staatlichen Rechtsordnung hier durch zahlreiche nicht raumbezogene Erwägungen – beispielsweise deren Ausgewogenheit, Neutralität, Vertrautheit, Zugänglichkeit, Responsivität oder auch schlicht deren Abstimmung auf die Erwartungshaltungen der involvierten Verkehrskreise – motiviert sein kann.<sup>175</sup> Es ist kein Grund ersichtlich, warum eine an diesen funktionalen Kriterien orientierte Wahl durch das generelle Erfordernis einer für die einschlägige Geschäftsart zu meist bedeutungslosen räumlichen Nähebeziehung zum gewählten Recht ergänzt werden müsste.<sup>176</sup>

### cc) Begrenzung auf geltendes Recht

Aus der Formulierung des Art. 20 Rom I-VO lässt sich ableiten, dass das kollisionsrechtlich in Bezug genommene Recht eines Staates nur dessen *geltende* Rechtsvorschriften umfasst (englische Fassung: „rules of law in force“; französi-

---

Rom I-VO, Rn. 14; *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), *Regelsetzung im Privatrecht* (2019), 165, 178; *U. Magnus*, in: Staudinger (2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 42; *Martiny*, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 23; *Spickhoff*, in: BeckOK BGB (65. Ed. 2023), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 8; *von Hein*, in: Rauscher (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, Band 3 (5. Aufl. 2023), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 47.

<sup>172</sup> *Rühl*, in: FS Kropholler (2008), 187, 192.

<sup>173</sup> *Rühl*, in: FS Kropholler (2008), 187, 192; *Rühl*, *Statut und Effizienz* (2011), 494; *Mills*, *Party Autonomy in Private International Law* (2018), 369.

<sup>174</sup> *Rühl*, in: FS Kropholler (2008), 187, 192 f.; *Rühl*, *Statut und Effizienz* (2011), 494; *Rühl*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 287, 295 f.

<sup>175</sup> Vgl. etwa *Gamillscheg*, AcP 157 (1958), 303, 312 f., 333; *Pertegás/Marshall*, *Brook. J. Int'l L.* 39 (2014), 975, 988.

<sup>176</sup> Allgemein zum Verzicht auf dieses Kriterium in den meisten modernen Kollisionsrechten schon *Bucher*, in: Schwind (Hrsg.), *Aktuelle Fragen zum Europarecht aus der Sicht in- und ausländischer Gelehrter* (1986), 11, 39.

sche Fassung: „règles de droit matériel en vigueur“).<sup>177</sup> Daraus wird nahezu einhellig geschlossen, dass eine kollisionsrechtliche Rechtswahl zugunsten einer bereits überholten Rechtslage nicht möglich ist.<sup>178</sup> Im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen ist diese Möglichkeit allerdings ohnehin rein hypothetisch, schon weil die regelsetzenden Organisationen ihre Musterdokumente innerhalb kürzester Zeit auf Rechtsänderungen in den einschlägigen staatlichen Rechtsordnungen abstimmen.

Stärker umstritten ist die Frage, ob Rechtswahlvereinbarungen statisch ausgestaltet werden und die zum Zeitpunkt der Rechtswahl geltende Rechtslage für das Vertragsverhältnis gegenüber etwaigen späteren Rechtsänderungen abschirmen können (sog. „Versteinerungsklauseln“).<sup>179</sup> Überwiegend wird dies abgelehnt und die Wirkung derartiger Abreden auf materiellrechtlich zulässige Abweichungen vom dispositiven Recht beschränkt, wobei zur Begründung wiederum auf den Wortlaut des Art. 20 Rom I-VO („geltendes Recht“) abgestellt<sup>180</sup> sowie das teleologische Argument bemüht wird, dass die Parteien sonst Teile der gewählten Rechtsordnung „ausschalten“ könnten.<sup>181</sup> Beide Argumente erscheinen indes nicht zwingend. Erstens ist eine Bezugnahme auf das geltende Recht auch bei Versteinerungsklauseln nicht zu leugnen (eben begrenzt auf das zur Zeit der Rechtswahl geltende Recht). Zweitens ist eine „Ausschaltung“ von Teilen der gewählten Rechtsordnung z. B. auch durch Teilrechtswahl zugunsten einer anderen Rechtsordnung unzweifelhaft möglich, stehen hier wie dort jedoch hinreichende Begrenzungsmöglichkeiten durch zwingende Sonderanknüpfungen und *ordre public*-Kontrolle zur Verfügung. Für transnationale Verträge hat letztlich aber auch diese Frage kaum praktische Relevanz, da hier dynamische Rechtswahlklauseln schon deshalb vorherrschen, weil ein grenzüberschreitender Gleichlauf nicht nur mit gegenwärtig bestehenden, sondern gerade auch mit in Zukunft erst noch zu schließenden Verträgen gleichen Typs angestrebt wird. Exemplarisch zeigt sich dies an der weitverbreiteten Praxis von Verwendern der ISDA-Musterdokumente, auch die erst nach Vertragsschluss verabschiedeten

<sup>177</sup> Rühl, in: FS Kropholler (2008), 187, 194.

<sup>178</sup> Etwa Ferrari, in: Ferrari u. a. (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht (3. Aufl. 2018), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 14; U. Magnus, in: Staudinger (2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 50; Martiny, MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 23.

<sup>179</sup> Grundlegend Sandrock, in: FS Riesenfeld (1983), 211 ff. Zum verwandten Phänomen von „Stabilisierungsklauseln“ in Verträgen mit staatlicher Beteiligung Merkt, Investitionsschutz durch Stabilisierungsklauseln (1990), insbesondere 161 ff.; Fiedler, Stabilisierungsklauseln und materielle Verweisung im internationalen Vertragsrecht (2001), insbesondere 125 ff.

<sup>180</sup> Rühl, Statut und Effizienz (2011), 502.

<sup>181</sup> Ferrari, in: Ferrari u. a. (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht (3. Aufl. 2018), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 17; Martiny, MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 27; vgl. auch von Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Band II (2. Aufl. 2019), § 1, Rn. 201.

ISDA-Protokolle zur Mustervertragsmodifikation vollumfänglich in bereits bestehenden Vertragsverhältnisse zu übernehmen.

*b) Wirkungsbeschränkungen*

Die zweite Art von Einschränkungen der Rechtswahl betrifft deren Reichweite („Wirkungsbeschränkungen“):<sup>182</sup> In welchem Umfang lässt das Kollisionsrecht mit der Rechtswahl auch eine spiegelbildliche Rechtsabwahl des ansonsten anwendbaren und insbesondere des heimischen Sachrechts des Forumstaates zu?

*aa) Inlands- und Binnenmarktsachverhalte*

Wie bereits erläutert enthebt die Möglichkeit der kollisionsrechtlichen Rechtswahl die Parteien eines Rechtsverhältnisses zumindest im Grundsatz auch von der Bindung an zwingende Vorschriften der Rechtsordnung, die bei objektiver Anknüpfung auf den Sachverhalt anzuwenden wären.<sup>183</sup> Ebenfalls aufgezeigt wurde, dass die Rom I-VO hierfür keine räumliche Beziehung zwischen dem Sachverhalt und der gewählten Rechtsordnung verlangt.<sup>184</sup> Allerdings kann umgekehrt das Vorhandensein einer besonders engen räumlichen Beziehung des Sachverhalts zu einer bestimmten Rechtsordnung die Reichweite der Rechtswahl einschränken. Diese Art der Einschränkung ist Gegenstand von Art. 3 Abs. 3 und Abs. 4 Rom I-VO.

*(1) Inlandssachverhalte*

Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO begrenzt die Reichweite der Rechtswahlfreiheit in Fällen, in welchen „alle Elemente eines kollisionsrechtlich zu beurteilenden Sachverhalts zum Zeitpunkt der Rechtswahl in einem anderen Staat als demjenigen Staat belegen sind, dessen Recht gewählt wurde“ (sog. Inlandssachverhalt). Liegt dieser Tatbestand vor, berührt die Rechtswahl als Rechtsfolge nicht „die Anwendung derjenigen Bestimmungen des Rechts des anderen Staates, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden kann“. Mit dieser Formulierung ist – in Abgrenzung zu den auch international zwingenden Normen im Sinne von Art. 9 Rom I-VO – das gesamte nichtdispositive Recht gemeint.<sup>185</sup> Ob

<sup>182</sup> *Leible/Wilke*, in: FS Kronke (2020), 297, 300.

<sup>183</sup> *Renner*, Zwingendes transnationales Recht (2010), 48; *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), *Regelsetzung im Privatrecht* (2019), 165, 177 f.; vgl. auch *Leible*, in: FS Jayme (2004), 485.

<sup>184</sup> Dazu oben § 4 III. 3. a) bb) (S. 220 f.).

<sup>185</sup> *Ferrari*, in: Ferrari u. a. (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht* (3. Aufl. 2018), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 56; *U. Magnus*, in: Staudinger (2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 144; *Martiny*: in: *MüKo BGB*, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 87; *Spickhoff*, in: *BeckOK BGB* (65. Ed. 2023), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 36.

eine konkrete Vorschrift zu diesem gehört, ist, soweit nicht ausdrücklich durch den Gesetzgeber vorgegeben, durch Auslegung zu ermitteln, wobei ein zwingender Charakter insbesondere bei solchen Rechtsnormen naheliegt, die dem Schutz Schwächerer, Dritter oder der Allgemeinheit zu dienen bestimmt sind.<sup>186</sup> Hintergrund der Rechtswahlbegrenzung des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO ist, dass den Parteien eines Binnensachverhalts keine „Flucht aus dem eigenen Recht“<sup>187</sup> bzw. kein *opting out of regulation*<sup>188</sup> gestattet werden soll.<sup>189</sup> Darin spiegelt sich die vor allem in Kontinentaleuropa gewachsene Tradition wider, grundsätzlich auch privatrechtliche Streitigkeiten als öffentliche Angelegenheiten zu begreifen, in welchen die staatliche Rechtsordnung ein Mindestmaß an Steuerungswirkung beansprucht.<sup>190</sup>

Über die Interpretation der Rechtsfolge des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO herrscht allerdings Uneinigkeit. Manche Autoren gehen davon aus, dass eine Rechtswahl in Inlands Sachverhalten keine kollisionsrechtliche Wirkung entfaltet, sondern als bloße materiellrechtliche Verweisung zu behandeln ist.<sup>191</sup> Nach der Gegenansicht liegt eine echte Rechtswahl vor, welche lediglich durch Sonderanknüpfung aller zwingenden Vorschriften des Inlandsrechts in ihrer Reichweite begrenzt wird.<sup>192</sup> Danach käme es zu einem *law mix* aus gewähltem Recht und zwingendem Inlandsrecht.<sup>193</sup> Für diese kollisionsrechtliche Sichtweise streitet insbeson-

<sup>186</sup> Vgl. Renner, in: Calliess/Renner (Hrsg.), Rome Regulations (3. Aufl. 2020), Art. 9 Rome I, Rn. 10. Hierzu gehören im deutschen Recht beispielsweise die Vorschriften zur AGB-Kontrolle; vgl. Pfeiffer, NJW 2012, 1169.

<sup>187</sup> Ferrari, in: Ferrari u. a. (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht (3. Aufl. 2018), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 49; U. Magnus, in: Staudinger (2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 131.

<sup>188</sup> Formulierung nach O'Hara, Vand. L. Rev. 53 (2000), 1551.

<sup>189</sup> Für diejenigen Autoren, die die Rechtswahl von vornherein als „Verlegenheitslösung“ einordnen, liegt eine andere Erklärung der Einschränkung näher: Da in Inlands Sachverhalten von vornherein keine Unsicherheit über das objektiv anzuknüpfende Recht bestehe, bestehe für einen behelfsmäßigen Rekurs auf die Rechtswahlfreiheit schlicht kein Bedarf. Vgl. dazu, unter Bezugnahme auf Kegel, Gößling, Europäisches Kollisionsrecht und Internationale Schiedsgerichtsbarkeit (2019), 139.

<sup>190</sup> Maultzsch, in: FS von Hoffmann (2011), 304, 315. Vgl. zu dieser Tradition auch G. Wagner, AcP 206 (2006), 352, 422 ff.

<sup>191</sup> So etwa Mankowski, IHR 2008, 133, 145; Koloseus, in: Verschraegen (Hrsg.), Rechtswahl (2010), 33, 35; Thorn/Thon, in: FS Kronke (2020), 569, 570; U. Magnus, in: Staudinger (2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 131; Martiny, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 92; noch zur Vorgängerregelung Martiny, IPRax 1987, 277; Stoll, in: FS Kegel (1987), 623, 630.

<sup>192</sup> So etwa de Lima Pinheiro, in: FS von Hoffmann (2011), 242, 244; Maultzsch, in: FS von Hoffmann (2011), 304, 308; Maultzsch, RabelsZ 75 (2011), 60, 63; Michaels, in: Liber Amicorum Schurig (2012), 191, 198 f.; noch zur Vorgängerregelung E. Lorenz, RIW 1987, 569, 571.

<sup>193</sup> Rühl, in: FS Kropholler (2008), 187, 203; Rühl, in: BeckOGK (2022), Art. 6 Rom I-VO, Rn. 256.

dere der Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO, welcher davon ausgeht, dass das Recht eines anderen Staates *gewählt* wurde – wohingegen Erwägungsgrund 13 bei der als bloß materiellrechtliche Verweisung behandelten Wahl nichtstaatlicher Regelwerke nur von einer *Bezugnahme* spricht. Zudem dürfte diese Interpretation dem Willen der Vertragsparteien näherkommen, etwa weil bei Behandlung des gewählten Rechts als Vertragsstatut dieses nach Art. 12 Rom I-VO auch unter anderem für Fragen der Auslegung und Erfüllung heranzuziehen wäre. Zwar kann ein solcher *law mix* mit einer gewissen Unübersichtlichkeit verbunden sein, doch ist dies im Kollisionsrecht, welches auch die Möglichkeit einer Teilrechtswahl zulässt, nichts Ungewöhnliches.<sup>194</sup> Freilich dürfte die praktische Relevanz dieser in erster Linie rechtstechnischen Unterscheidung auf Rechtsfolgenseite als gering anzusehen sein.<sup>195</sup>

Anderes gilt hingegen für das gerade für transnationale Verträge sehr viel folgenreichere Auslegungsproblem, das durch den Tatbestand des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO aufgeworfen wird: Unter welchen Umständen ist überhaupt von einem Inlandssachverhalt auszugehen? Maßgeblich ist nach dem Wortlaut, dass mit Ausnahme der Rechtswahl „alle Elemente des Sachverhalts“ im Inland belegen sind. Der Begriff des Sachverhaltselements wird jedoch nicht näher definiert. Offensichtlich ist nur, dass allein die Wahl eines ausländischen Rechts – anders als bei Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO – kein maßgebliches Kriterium sein kann, da für Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO andernfalls keinerlei Anwendungsbereich verbliebe. Zudem lässt sich aus Erwägungsgrund 15 der Rom I-VO ableiten, dass auch eine Gerichtsstandsvereinbarung allein nicht zur Begründung eines grenzüberschreitenden Bezugs im Sinne des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO ausreicht.<sup>196</sup> Im Übrigen aber erscheint eine kategorische Unterteilung in relevante und irrelevante räumlich definierte Kriterien nicht zielführend<sup>197</sup> und kann es stattdessen grundsätzlich nur auf den Einzelfall und die Frage ankommen, ob ein für das konkrete Rechtsverhältnis relevantes Element den Sachverhalt „internationalisiert“.<sup>198</sup> Dies wird zum Beispiel regelmäßig der Fall sein, wenn *essentialia negotii* des Vertrages oder die in Art. 4 Rom I-VO als objektive Anknüpfungskriterien vorgesehenen Elemente in verschiedenen Staaten belegen sind, etwa die Vertragsparteien ihren Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in unterschiedlichen Staaten

<sup>194</sup> Vgl. *Michaels*, in: *Liber Amicorum Schurig* (2012), 191, 198.

<sup>195</sup> So auch *Schurig*, *RabelsZ* 54 (1990), 217, 222.

<sup>196</sup> *Leible/Lehmann*, *RIW* 2008, 528, 534; *Kroll-Ludwigs*, *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht* (2013), 63; *Mills*, *Party Autonomy in Private International Law* (2018), 474 f.

<sup>197</sup> *Schurig*, *RabelsZ* 54 (1990), 217, 223.

<sup>198</sup> Vgl. *Schurig*, *RabelsZ* 54 (1990), 217, 223; *Michaels*, in: *Liber Amicorum Schurig* (2012), 191, 201 f.



oder Vertragsleistungen in mehr als einem Staat zu erbringen haben.<sup>199</sup> Zweifelsfälle dürften unter anderem ein Vertragsschluss im Ausland,<sup>200</sup> die Verwendung einer fremden Vertragssprache<sup>201</sup> oder die Staatsangehörigkeit von am Vertragsschluss beteiligten natürlichen Personen sein,<sup>202</sup> wohingegen etwa der bloßen Belegenheit eines E-Mail-Servers im Ausland bei einem Vertragsschluss per E-Mail<sup>203</sup> in aller Regel keinerlei inhaltliche Bedeutung für das zu beurteilende Rechtsverhältnis zukommen dürfte.

Wie aber steht es um die „Internationalität“ des Sachverhalts, wenn gerade ein transnationaler Vertrag zu beurteilen ist? Gewiss: Häufig werden hier ein oder mehrere territorialitätsbezogene Sachverhaltselemente vorliegen, die ganz unproblematisch einen hinreichenden inhaltlichen Auslandsbezug vermitteln. Das liegt vor allem beim speziell auf die Außenhandelspraxis zugeschnittenen Dokumentenakkreditiv auf der Hand, stellt aber auch bei transnationalen Konsortialkredit- und Derivatverträgen den Regelfall dar, schon weil an diesen oftmals Parteien aus mehreren Jurisdiktionen beteiligt sind. Zwingend ist dies jedoch freilich nicht. Doch auch im gegenteiligen Fall des Fehlens eines räumlichen Auslandsbezugs könnte man erwägen, ob schon die besonderen Eigenschaften eines transnationalen Vertrages, insbesondere die Verwendung eines transnationalen Musterdokuments und der hierdurch gesuchte Anschluss an ein transnationales Vertragsrechtsregime, für sich genommen den Sachverhalt internationalisieren und aus dem Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO ausnehmen können. Begründet etwa die Nutzung eines LMA-Mustervertrages zwischen deutschen Banken mit der Intention, künftig Konsortialkreditanteile am grenz-

---

<sup>199</sup> Vgl. *Kodek*, in: Verschraegen (Hrsg.), *Rechtswahl* (2010), 85, 94; *Ferrari*, in: Ferrari u. a. (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht* (3. Aufl. 2018), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 51 f.; *Calliess*, in: *Calliess/Renner* (Hrsg.), *Rome Regulations* (3. Aufl. 2020), Art. 3 Rome I, Rn. 53 f.; *Thorn/Thon*, in: *FS Kronke* (2020), 569, 571 f.; *U. Magnus*, in: *Staudinger* (2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 138; *Martiny*, in: *MüKo BGB*, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 91.

<sup>200</sup> Tendenziell für eine Berücksichtigung etwa *Rühl*, in: *Gottschalk u. a.* (Hrsg.), *Conflict of Laws in a Globalized World* (2007), 153, 160; *U. Magnus*, in: *Staudinger* (2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 139; tendenziell gegen eine Berücksichtigung etwa *von Hoffmann/Thorn*, *Internationales Privatrecht* (9. Aufl. 2007), § 10, Rn. 30; *Mills*, *Party Autonomy in Private International Law* (2018), 474.

<sup>201</sup> Für eine Berücksichtigung etwa *Dexia Crediop S.p.A. v. Comune di Prato* [2017] EWCA Civ 428, Rn. 132; tendenziell gegen eine Berücksichtigung etwa *Höbel*, *Vertragsauslegung bei Auseinanderfallen von Vertragssprache und Sprache des anwendbaren Rechts* (2017), 103; *Mills*, *Party Autonomy in Private International Law* (2018), 474.

<sup>202</sup> Differenzierend *Martiny*, in: *MüKo BGB*, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 91; tendenziell gegen eine Berücksichtigung etwa *von Hoffmann/Thorn*, *Internationales Privatrecht* (9. Aufl. 2007), § 10, Rn. 30; *U. Magnus*, in: *Staudinger* (2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 140.

<sup>203</sup> *Mills*, *Party Autonomy in Private International Law* (2018), 474.



überschreitenden Sekundärmarkt veräußern zu können, bereits eine hinreichende Internationalität, welche in Verbindung mit der Wahl ausländischen, beispielsweise englischen Rechts einer Anwendung unter anderem der §§ 305 ff. BGB entgegensteht?<sup>204</sup> Und kann schon die Einbindung eines in Italien zwischen dort ansässigen Parteien geschlossenen ISDA-basierten Derivatvertrages in eine Kette von Verträgen mit Beteiligten auch aus anderen Staaten die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO ausschließen? Dass diese Fragen praktisch relevant werden können, haben in jüngerer Zeit eindrücklich die Entscheidungen englischer Gerichte in den Fällen *Dexia Crediop S.p.A. v. Comune di Prato*<sup>205</sup> und *Banco Santander Totta S.A. v. Companhia de Carris de Ferro*<sup>206</sup> gezeigt. Beide Fälle betrafen Streitigkeiten im Zusammenhang mit Zinsswap-Verträgen,<sup>207</sup> mittels derer sich ein Kreditnehmer, der zur Zahlung eines variablen, an einem Referenzzinssatz orientierten Zinssatzes verpflichtet ist, gegen Zinsschwankungen absichern kann. Die Funktionsweise ist der von Kreditderivaten ähnlich: Der Vertragspartner (die „Swap-Bank“) zahlt dem Kreditnehmer diejenigen Beträge, die zur Begleichung der variablen Zinsverpflichtung erforderlich sind und erhält im Gegenzug vom Kreditnehmer eine Zahlung derjenigen Beträge, die bei Zugrundelegung eines festen Zinssatzes angefallen wären.<sup>208</sup> Hierdurch gewinnt der Kreditnehmer Planungssicherheit und die Swap-Bank im Gegenzug die Möglichkeit, von einem etwaigen Absinken des variablen Zinssatzes zu profitieren.

Im Fall *Dexia v. Prato* waren an diesem Vertragsverhältnis eine italienische Bank und die italienische Gemeinde Prato beteiligt, im Fall *Banco Santander v. Companhia de Carris de Ferro* eine portugiesische Bank und ein portugiesisches Transportunternehmen. Die streitgegenständlichen Verträge waren jeweils in Italien bzw. in Portugal ausgehandelt und abgeschlossen worden und sollten dort auch erfüllt werden. Sie beruhten allerdings auf Musterdokumenten der ISDA, die eine Rechtswahlklausel zugunsten englischen Rechts und eine Gerichtsstandsklausel zugunsten englischer Gerichte vorsahen. Auch hatten die beteiligten Swap-Banken zum Zwecke der Risikodiversifizierung jeweils branchenübliche *back-to-back* Verträge mit zum Teil im Ausland ansässigen Dritten geschlos-

<sup>204</sup> Vgl. Renner, ZBB 2018, 278, 282.

<sup>205</sup> *Dexia Crediop S.p.A. v. Comune di Prato* [2015] EWHC 1746 (Comm); *Dexia Crediop S.p.A. v. Comune di Prato* [2017] EWCA Civ 428.

<sup>206</sup> *Banco Santander Totta S.A. v. Companhia de Carris de Ferro de Lisboa S.A.* [2016] EWHC 465 (Comm); *Banco Santander Totta S.A. v. Companhia de Carris de Ferro de Lisboa S.A.* [2016] EWCA Civ 1267.

<sup>207</sup> Für einen ähnlich gelagerten Fall in Deutschland, allerdings ohne kollisionsrechtliche Problematik, vgl. BGHZ 205, 117 sowie die Anmerkung hierzu von Zoller, NJW 2015, 2220.

<sup>208</sup> Braithwaite, Mod. L. Rev. 75 (2012), 779, 783 f.; vgl. auch. Fülbier, ZIP 1990, 544, 545.

sen. Zum Auslöser der Streitigkeit wurde in beiden Fällen ein Zahlungsstopp der Kreditnehmer an die Swap-Bank, nachdem sich die variablen Zinszahlungsverpflichtungen aus deren Sicht außerordentlich vorteilhaft entwickelt hatten und im Zuge der Finanzkrise von 2008 von knapp 5 % auf weniger als 0,5 % gesunken waren. In den daraufhin von den Swap-Banken vor englischen Gerichten erhobenen Zahlungsklagen beriefen sich die Kreditnehmer auf einfach zwingende Vorschriften des italienischen bzw. des portugiesischen Heimatrechts,<sup>209</sup> sodass die angerufenen Gerichte die Frage zu beantworten hatten, ob diese Vorschriften trotz der ausdrücklichen Wahl englischen Rechts nach Maßgabe des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO anzuwenden waren.<sup>210</sup>

Die im Fall *Dexia v. Prato* erstinstanzlich zuständige Kammer des High Court nahm dies mit Blick auf die Einheitlichkeit des Sitzes der Parteien sowie des Verhandlungs-, Abschluss- und Erfüllungsortes des Vertrages an und wies die Zahlungsklage ab.<sup>211</sup> Zum gegenteiligen Ergebnis kam die für den Fall *Banco Santander v. Companhia de Carris de Ferro* in erster Instanz zuständige Kammer des High Court mit der Begründung, dass im Interesse der Rechtssicherheit für die Nichtanwendung des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO keine Verbindung zu einem konkreten anderen Staat zu fordern sei, sondern schon ein relevanter internationaler Bezug genüge.<sup>212</sup> Ein solcher sei durch die Verwendung des einschlägigen Mustervertrages der ISDA gegeben, welcher im Interesse der Vertragsparteien die Einbindung in einen grenzüberschreitenden Markt und vernetzte Vertragsstrukturen wie beispielsweise *back-to-back* Verträge ermögliche sowie eine Abtretung von Vertragsansprüchen unter anderem an ausländische Tochtergesellschaften ausdrücklich erlaube.<sup>213</sup> Dieser Sichtweise schloss sich auch der in beiden Fällen als Rechtsmittelinstanz angerufene Court of Appeal an:<sup>214</sup> Schon

<sup>209</sup> Im Fall *Dexia v. Prato* auf die italienische Vorschrift des Art. 30.6 und 7 Tesco Unico della Finanza, wonach der Vertrag mangels Belehrung über ein siebentägiges Widerrufsrecht nichtig war; im Fall *Banco Santander v. Companhia de Carris de Ferro* auf Art. 437 des portugiesischen Código Civil, der den Wegfall der Geschäftsgrundlage betrifft.

<sup>210</sup> Zum damaligen Zeitpunkt war das Vereinigte Königreich als EU-Mitglied noch unmittelbar an die Rom I-VO gebunden. Nach dem EU-Austritt des Vereinigten Königreichs hätten englische Gerichte nach dem Law Applicable to Contractual Obligations and Non-Contractual Obligations (Amendment etc.) (UK Exit) Regulations 2019 (SI 2019/834) anzuknüpfen, welches allerdings die Rom I-VO nahezu vollständig in nationales Recht überführt.

<sup>211</sup> *Dexia Crediop S.p.A. v. Comune di Prato* [2015] EWHC 1746 (Comm), Rn. 211.

<sup>212</sup> *Banco Santander Totta S.A. v. Companhia de Carris de Ferro de Lisboa S.A.* [2016] EWHC 465 (Comm), Rn. 404.

<sup>213</sup> *Banco Santander Totta S.A. v. Companhia de Carris de Ferro de Lisboa S.A.* [2016] EWHC 465 (Comm), Rn. 400, 411.

<sup>214</sup> *Banco Santander Totta S.A. v. Companhia de Carris de Ferro de Lisboa S.A.* [2016] EWCA Civ 1267, Rn. 57, 67; darauf Bezug nehmend *Dexia Crediop S.p.A. v. Comune di Prato* [2017] EWCA Civ 428, Rn. 128.

die Verwendung eines international gebräuchlichen Mustervertrages, mittels derer die Vertragsparteien Anschlussfähigkeit an einen grenzüberschreitenden Markt sicherstellen wollen, schließe einen reinen Inlandsfall nach Art. 3 Abs. 3 Rom-VO aus.<sup>215</sup> Gleiches gelte für die in beiden Fällen gegebene und branchenübliche Einbindung des Einzelvertrages in eine internationale Vertragskette.<sup>216</sup> Die Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH nach Art. 267 AEUV erachtete der Court of Appeal im Fall *Banco Santander v. Companhia de Carris de Ferro* unter Verweis auf die unionsrechtliche *acte claire*-Doktrin als nicht geboten<sup>217</sup> und wurde vom die Revision nicht zulassenden Supreme Court überhaupt nicht thematisiert.<sup>218</sup> Ungeachtet dieses kompetenziell zweifelhaften Vorgehens stellt sich die Frage, ob die vom Court of Appeal vorgeschlagene restriktive Auslegung des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO in der Sache überzeugt. Wird ein Sachverhalt letztlich schon dadurch „internationalisiert“ und dem auf reine Inlandssachverhalte begrenzten Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO entzogen, dass die Definitionselemente eines transnationalen Vertrages vorliegen?

Ausgangspunkt der Auslegung ist zunächst der Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO. Der maßgebliche Begriff „Elemente des Sachverhalts“ wird zwar nicht näher definiert, ist aber jedenfalls weit gefasst.<sup>219</sup> Zum „Sachverhalt“ können potenziell alle Gesichtspunkte gehören, welche für die rechtliche Beurteilung des Vertrages relevant werden können, beispielsweise auch dessen wirtschaftliche Begleitumstände, die Motivlage der Parteien oder der gesellschaftliche Kontext, in dem der Vertrag geschlossen wird und eingebunden ist. Sogar noch offener klingt die Formulierung der englischen und französischen Fassungen der Rom I-VO, welche von „all other elements relevant to the situation“ bzw. von „tous les autres éléments de la situation“ sprechen. Hätte der Ordnungsgeber von einem engen Verständnis von Internationalität ausgehen wollen, so hätten sich eher Formulierungen wie „alle Elemente des Vertrages“ oder „alle für den Vertrag wesentlichen Elemente“ angeboten.<sup>220</sup>

Dies belegt auch ein Blick in die Entstehungsgeschichte der Vorschrift sowie insbesondere ihrer Vorgängerregelung Art. 3 Abs. 3 EVÜ, welche ausweislich von Erwägungsgrund 15 der Rom I-VO trotz modifizierten Wortlauts inhaltlich

<sup>215</sup> *Dexia Crediop S.p.A. v. Comune di Prato* [2017] EWCA Civ 428, Rn. 132, 134.

<sup>216</sup> *Dexia Crediop S.p.A. v. Comune di Prato* [2017] EWCA Civ 428, Rn. 133 f.

<sup>217</sup> *Banco Santander Totta S.A. v. Companhia de Carris de Ferro de Lisboa S.A.* [2016] EWCA Civ 1267, Rn. 77.

<sup>218</sup> Vgl. *Bartholomew*, Supreme Court blocks Prato appeal in Dexia swap ruling, Reuters vom 18.1.2018, abrufbar unter <<https://www.reuters.com/article/supreme-court-blocks-prato-appeal-in-dex/supreme-court-blocks-prato-appeal-in-dexia-swaps-ruling-idUSL8N1PD4LO>>.

<sup>219</sup> *Banco Santander Totta S.A. v. Companhia de Carris de Ferro de Lisboa S.A.* [2016] EWHC 465 (Comm), Rn. 395; *Böhle*, ZEuP 2019, 72, 80.

<sup>220</sup> Vgl. *Böhle*, ZEuP 2019, 72, 80.

unverändert in die Rom I-VO übernommen werden sollte.<sup>221</sup> Die für Art. 3 Abs. 3 EVÜ ursprünglich vorgesehene Tatbestandsformulierung lautete: „Ist der *Vertrag* [...] nur mit einem Land verbunden“.<sup>222</sup> Hiernach hätte es für die Bejahung eines Inlandssachverhalts genügt, dass alle im Vertrag selbst abgebildeten Elemente im gleichen Staat belegen sind. Dieser Entwurf wurde allerdings im Laufe der Verhandlungen zum EVÜ aufgegeben und durch die Tatbestandsformulierung ersetzt, dass „alle anderen Teile des *Sachverhalts* [...] in ein und demselben Staat belegen“ sein müssen [Hervorhebungen des Verfassers].<sup>223</sup> Durch die damit einhergehende Erhöhung der Anforderungen an die Annahme eines Inlandssachverhalts sollte insbesondere der Position der britischen Verhandlungsdelegation entgegengekommen werden, welche für eine unbeschränkte Rechtswahlmöglichkeit auch in Inlandsfällen eingetreten war und Art. 3 Abs. 3 EVÜ ganz streichen wollen.<sup>224</sup> Der letztlich ins EVÜ eingegangene Kompromissbegriff des „Sachverhalts“ ist deutlich weiter als der des „Vertrages“ und erlaubt deshalb auch die Einbeziehung von Begleit- und Gesamtumständen als potenziell relevante „internationalisierende“ Faktoren.<sup>225</sup> Zu diesen könnten durchaus auch die Verwendung eines transnationalen Musterdokuments und der damit erstrebte Anschluss an ein transnationales Vertragsrechtsregime gehören.

In systematischer Hinsicht könnte man allerdings erwägen, aus der Tatsache, dass – in Abgrenzung zu Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO – die bloße Wahl eines ausländischen Rechts ausdrücklich nicht zur Nichtanwendung des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO ausreicht, den Schluss zu ziehen, dass eine bloße Bezugnahme auf ein grenzüberschreitend verwendetes Musterdokument in einem transnationalen Vertrag erst recht nicht zur Ablehnung des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO führen könne.<sup>226</sup> Gegen diese Argumentation spricht jedoch, dass eine solche Bezugnahme in ihrer Reichweite über die Wahl eines fremden staatlichen Rechts deutlich hinausgeht: Hier wird eben nicht nur im Regelfall ein ausländisches Recht gewählt, sondern der Vertrag zudem auch einem transnationalen Vertragsrechtsregime sowie dessen gesellschaftsbereichsspezifischen normativen Vorgaben unterworfen und hierdurch zu einer Vielzahl gleichgelagerter grenzüberschreitender Verträge in Beziehung gesetzt. Dass ein solches Vorgehen gerade im Anwendungsbereich

---

<sup>221</sup> U. Magnus, in: Staudinger (2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 130; Martiny, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 90; ferner Böhle, ZEuP 2019, 72, 81.

<sup>222</sup> Mäsch, Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz (1993), 91; Böhle, ZEuP 2019, 72, 81.

<sup>223</sup> Mäsch, Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz (1993), 91 f.

<sup>224</sup> Giuliano/Lagarde, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. Nr. C 282 vom 31.10.1980, 18.

<sup>225</sup> Vgl. Böhle, ZEuP 2019, 72, 81.

<sup>226</sup> Ostendorf, IPRax 2018, 630, 632; Thorn/Thon, in: FS Kronke (2020), 569, 574; von Hein, in: FS Hopt (2020), 1405, 1412.

der Rom I-VO möglich sein sollte, lässt sich auch mit primärrechtlichen Gesichtspunkten untermauern:<sup>227</sup> Art. 26 Abs. 1 AEUV enthält den Auftrag zur Verwirklichung des Binnenmarktes und verpflichtet in Verbindung mit Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV und den Grundfreiheiten die Unionsorgane – einschließlich des Europäischen Gerichtshofs und mitgliedstaatlicher Gerichte, soweit diese Unionsrecht anwenden – stets das Binnenmarktziel bei der Anwendung des Unionsrechts zu berücksichtigen.<sup>228</sup> Sind mehrere Auslegungen einer unionsrechtlichen Vorschrift möglich, verdient daher grundsätzlich diejenige den Vorzug, die am ehesten zur Verwirklichung des Binnenmarktziels beiträgt.<sup>229</sup> Bezogen auf Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO ist dies fraglos eine Auslegung, die im Zweifel nicht von einem Inlandssachverhalt ausgeht und so beispielsweise die Etablierung eines bestimmten Vertragsrechts als ortsunabhängiger Binnenmarktstandard für bereichsspezifische Transaktionen erleichtern kann, wie sie in transnationalen Vertragsrechtsregimen angestrebt wird.<sup>230</sup>

Schließlich stützen auch teleologische Erwägungen eine restriktive Handhabung von Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen. Die Grundentscheidung des Ordnungsgebers für die Rechtswahlfreiheit als vorrangiges Anknüpfungsmoment spiegelt nicht nur einen anhaltenden internationalen Trend wider,<sup>231</sup> der sich beispielsweise auch in den Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts niederschlägt.<sup>232</sup> Sie hat zugleich handfeste praktische Gründe, etwa die Ermöglichung bedarfsgerechter Vertragsgestaltungen<sup>233</sup> sowie die Förderung der Rechtssicherheit im europäischen Rechtsraum, welche ausweislich Erwägungsgrund 16 das vorrangige Ziel der Rom I-VO darstellt.<sup>234</sup> Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO nimmt sich demgegenüber als Vorbehalt zugunsten nationalstaatlicher Gestaltungsansprüche auf eigenem

<sup>227</sup> Böhle, ZEuP 2019, 72, 83.

<sup>228</sup> Etwa Lux, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge Kommentar (6. Aufl. 2013), Art. 26 AEUV, Rn. 8; Schröder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV (3. Aufl. 2018), Art. 26 AEUV, Rn. 20.

<sup>229</sup> Vgl. Leible/Domröse, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre (4. Aufl. 2021), 209, 212.

<sup>230</sup> Böhle, ZEuP 2019, 72, 83; vgl. auch Engert, AcP 213 (2013), 321, 358.

<sup>231</sup> Vgl. zu diesem Basedow, The Law of Open Societies (2015), 115 ff.

<sup>232</sup> Die Haager Prinzipien gehen in Art. 1 Abs. 2 schon dann von einem ihren Anwendungsbereich eröffnenden „internationalen“ Vertrag aus, wenn nicht „jede Vertragspartei ihren Sitz im gleichen Staat hat und die Beziehung der Vertragsparteien wie auch alle anderen relevanten Elemente, abgesehen vom gewählten Recht, ausschließlich mit diesem Staat verbunden sind“ [Übersetzung des Verfassers]. Vgl. auch Böhle, ZEuP 2019, 72, 93.

<sup>233</sup> Vgl. Rühl, Statut und Effizienz (2011), 500 f.; Böhle, ZEuP 2019, 72, 84.

<sup>234</sup> Böhle, ZEuP 2019, 72, 81; kritisch hingegen Thorn/Thon, in: FS Kronke (2020), 569, 571, die darauf abstellen, dass die Frage der Rechtssicherheit überhaupt nur in internationalen Sachverhalten relevant wird, weil ansonsten keinerlei Zweifel hinsichtlich des anwendbaren Rechts bestünden.



Gebiet aus, hinter dem letztlich das traditionelle völkerrechtliche Leitbild der territorialen Staatensouveränität steht.<sup>235</sup> Gerade das aus diesem resultierende mögliche Nebeneinander einfach zwingender Vorschriften mehrerer staatlicher Rechtsordnungen in einem einzigen Sachverhalt kann jedoch dem vom Verordnungsgeber ausgehenden Ziel der grenzüberschreitenden Rechtssicherheit abträglich sein, zumal es häufig Auslegungsfrage ist und nicht klar abgesehen werden kann, welche nationalstaatlichen Vorschriften zum einfach zwingenden Recht gehören und welche nicht. Zwar sollte keineswegs in Abrede gestellt werden, dass einfach zwingendes nationalstaatliches Recht im Regelfall berechnete Ordnungsanliegen verfolgt, beispielsweise im Falle von Finanzverträgen den Ausgleich von Informationsasymmetrien oder die Verhinderung wettbewerbschädigender Absprachen. Doch können diese Belange, soweit nicht ohnehin auch im gewählten ausländischen Recht ein gleichwertiges Schutzniveau besteht und ein angemessener Interessenausgleich hergestellt wird, kollisionsrechtlich zielgenauer durch bereichsspezifische Sonderanknüpfungen wie Art. 6 Rom I-VO und Art. 46b EGBGB zu Verbraucherverträgen sowie eine responsive Handhabung von Eingriffsnormen und *ordre public*-Vorbehalt abgesichert werden.<sup>236</sup> Die Territorialität eines Sachverhalts als solche hingegen steht mit dem Maß an Schutzwürdigkeit Schwächerer, Dritter und der Allgemeinheit in keinem Zusammenhang, weshalb der allzu breite „Pinselstrich“ eines vom konkreten Vertragstyp und den beteiligten Parteien unabhängigen, allein räumlich begründeten Allgemeinvorbehalts zugunsten des einfach zwingenden Rechts im europäisierten Kollisionsrecht zunehmend anachronistisch wirkt.<sup>237</sup> Hinzu kommt, dass in Zeiten steigender Mobilität und Vernetzung das Fehlen eines konkreten Auslandsbezugs im Einzelfall nicht nur von Zufällen abhängen, sondern auch leicht umgangen werden kann<sup>238</sup> – etwa durch die auch in transnationalen Finanzverträgen häufig vorzufindende Kombination der Rechtswahl mit einer korrespondierenden Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarung.<sup>239</sup>

Im Ergebnis erscheint es deshalb vorzugswürdig, Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen eng auszulegen und schon die

---

<sup>235</sup> Vgl. *Böhle*, ZEuP 2019, 72, 82.

<sup>236</sup> Vgl. *Böhle*, ZEuP 2019, 72, 82, 92 f., der zutreffend darauf hinweist, dass jedenfalls innerhalb der EU von einem Mindeststandard in den jeweiligen Vertragsrechten ausgegangen werden kann, welcher zusätzlich durch den unionsrechtlichen *acquis communautaire* abgesichert und ergänzt wird.

<sup>237</sup> Vgl. *Böhle*, ZEuP 2019, 72, 82; anders hingegen *Thorn/Thon*, in: FS Kronke (2020), 569, 571, welche die Vorschrift als legitimes Instrument zur Verhinderung von Gesetzesumgehungen verteidigen.

<sup>238</sup> Vgl. *Böhle*, ZEuP 2019, 72, 92.

<sup>239</sup> *Rühl*, Building Competence in Commercial Law in the Member States (2018), 48; bezogen auf das deutsche AGB-Recht *Sommerfeld*, AGB-Reform und Rechtsflucht (2021), 116 ff.



Verwendung eines transnationalen Musterdokuments und den hierdurch erstrebten Anschluss des Einzelvertrages an das zugehörige transnationale Vertragsrechtsregime zur „Internationalisierung“ des Sachverhalts ausreichen zu lassen.<sup>240</sup> Für das rechtssichere Ineinandergreifen von bereichsspezifischen Vertragsnetzwerken und Vertragsketten wie in den Fällen *Dexia v. Prato* und *Banco Santander v. Companhia de Carris de Ferro* ist der Gleichlauf der involvierten Einzelverträge von zentraler Bedeutung, wobei es auf die – häufig ohnehin zufällige – Reihenfolge der Einzelvertragsabschlüsse nicht entscheidend ankommen kann.<sup>241</sup> Eben dieser Gleichlauf mit einer potenziellen Vielzahl anderer Einzelverträge innerhalb eines einheitlichen grenzüberschreitenden Auslegungs- und Anwendungskontextes ist es, welche Vertragsparteien mit Abschluss eines transnationalen Vertrages erreichen wollen. Die mit der Anwendung von Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO verbundene territoriale Einhegung würde den Einzelvertrag gegen den Willen der Vertragsparteien aus seinem funktionalen gesellschaftlichen Kontext herauslösen und so grenzüberschreitende Kooperationen erheblich erschweren.<sup>242</sup> Mit einem für transnationale Ordnungsstrukturen responsiven Kollisionsrechtsverständnis ist dies nicht kompatibel.

## (2) Binnenmarktsachverhalte

Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO überträgt den Gedanken des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO auf Sachverhalte, deren Elemente ausschließlich in einem oder mehreren Mitgliedstaaten der EU belegen sind (sog. „Binnenmarktsachverhalte“). In diesen Fällen lässt die Wahl des Rechts eines Drittstaates die Anwendbarkeit der zwingenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts unberührt.<sup>243</sup> Soweit diese nicht ohnehin vereinheitlicht gelten, sondern wie im Falle von Richtlinien nach Art. 288 Abs. 3

<sup>240</sup> Mit ähnlicher Argumentation schließt *Franco Ferrari* auf die Internationalität von Verträgen, die sich an Einheitsrechtskonventionen wie der UNIDROIT Convention on International Factoring von 1988 orientieren; siehe dazu *Ferrari*, in: Ferrari u. a. (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht (3. Aufl. 2018), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 53. Diese sind in der Praxis aufgrund der geringen Verbreitung von internationalen Einheitsrechtskonventionen freilich deutlich weniger häufig und bedeutsam als Verträge, die auf transnationalen Musterdokumenten der ICC, LMA, ISDA oder vergleichbarer Organisationen beruhen. Dezidiert gegen die Möglichkeit einer durch Willensakt begründbaren „Internationalität“ des Sachverhalts hingegen *Thorn/Thon*, in: FS Kronke (2020), 569, 573 f.; *U. Magnus*, in: Staudinger (2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 137.

<sup>241</sup> *Böhle*, ZEuP 2019, 72, 84 ff.; vgl. auch *Maultzsch*, RabelsZ 75 (2011), 60, 72 f.; *Martiny*, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 91; dennoch a.A., allerdings speziell bezogen auf Verbraucherverträge, *Mäsch*, Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz (1993), 107 f.

<sup>242</sup> Vgl. *Böhle*, ZEuP 2019, 72, 90 f.

<sup>243</sup> Zur Schwierigkeit von deren Bestimmung *Mills*, Party Autonomy in Private International Law (2018), 475 f.

AEUV noch einer mitgliedstaatlichen Umsetzung bedürfen, ist dabei auf das nationale Umsetzungsrecht des angerufenen Gerichtsstaates abzustellen.<sup>244</sup> Wie auch im Rahmen von Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO ist die Rechtsfolge des Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO nach vorzugswürdiger Ansicht kollisionsrechtlich zu deuten und führt zur Anwendung eines *law mix* aus gewähltem drittstaatlichen Recht und gesondert anzuknüpfendem zwingenden Unions- bzw. nationalen Umsetzungsrecht.<sup>245</sup>

In Parallele zu Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO stellt sich auch bei Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO die Frage, welche Elemente den Sachverhalt „internationalisieren“ und aus einem reinen Binnenmarktkontext herauslösen können. Diese wurde in den Fällen *Dexia v. Prato* und *Banco Santander v. Companhia de Carris de Ferro* nicht adressiert, weil es dort lediglich um eine Kollision zwischen englischem Recht einerseits und italienischem bzw. portugiesischem Recht andererseits – zum damaligen Zeitpunkt allesamt mitgliedstaatliche Rechtsordnungen – ging. Mit dem zwischenzeitlichen EU-Austritt des Vereinigten Königreichs hat die im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen noch unbeantwortete Frage jedoch neue Dringlichkeit erhalten.

Schon angesichts des weitgehend identischen Wortlauts und des unmittelbaren systematischen Zusammenhangs der Vorschriften liegt grundsätzlich eine Übertragung des zu Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO gewonnenen Auslegungsergebnisses nahe. Wird der Begriff des „Sachverhaltselements“ in Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO weit verstanden, muss dies konsequenterweise auch für Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO gelten.<sup>246</sup> Anders als bei Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO bietet sich bei Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO zwar kein Vergleich mit dem EVÜ an, weil dieses keine entsprechende Vorgängervorschrift enthielt. Doch kann zumindest aus der Parallelität zu Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO geschlossen werden, dass die dort angestellten Entstehungsgeschichtlichen Beobachtungen mittelbar auch für das Verständnis von Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO fruchtbar gemacht werden können.

Die eine restriktive Auslegung schon des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO nahelegende teleologische Argumentation kann grundsätzlich ebenfalls weitgehend auf Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO übertragen werden. Zweifel könnte man insoweit allenfalls

---

<sup>244</sup> *Rühl*, in: FS Kropholler (2008), 187, 204 f.; kritisch *Leible/Lehmann*, RIW 2008, 528, 534; differenzierend *de Lima Pinheiro*, in: FS von Hoffmann (2011), 242, 245. Zur Problematik der Inhaltsbestimmung im Falle von inhaltlichen Unterschieden der Umsetzung von Richtlinien in verschiedenen Mitgliedstaaten siehe *Thiede*, in: Verschraegen (Hrsg.), Rechtswahl (2010), 51, 58.

<sup>245</sup> Siehe dazu oben § 4 III. 3. b) aa) (1) (S. 224 f.) und *Rühl*, in: FS Kropholler (2008), 187, 204.

<sup>246</sup> Vgl. zum Gleichlauf der Bestimmung der Belegenheit von Sachverhaltselementen *Martiny*, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 97.

daran haben, ob das Argument der zu erwartenden Gleichwertigkeit des fairen Interessenausgleichs in ausländischen Privatrechten auch für drittstaatliche Rechtsordnungen überzeugt.<sup>247</sup> Richtig ist zwar, dass das nicht zuletzt durch europäisches Primär- und Sekundärrecht abgesicherte Schutzniveau zugunsten Schwächerer, Dritter und der Allgemeinheit innerhalb der Mitgliedstaaten der EU keineswegs in allen Privatrechtsordnungen der Welt in gleichem Maße oder mit gleicher Schwerpunktsetzung gewährleistet ist. Die Bedeutung dieser Bedenken relativiert sich aber in Bezug auf die in dieser Untersuchung im Mittelpunkt stehenden transnationalen Verträge des Finanzbereichs, wenn die tatsächliche Praxis der in diesen getroffenen Rechtswahlentscheidungen berücksichtigt wird. Soweit dort drittstaatliche Rechtsordnungen gewählt werden, sind dies nämlich in aller Regel das Vertragsrecht Englands, New Yorks, der Schweiz oder anderer hochentwickelter Privatrechtsordnungen, bei welchen grundsätzlich vom Vorhandensein eines zum Unionsrecht äquivalenten Mindestmaßes an fairem Interessenausgleich ausgegangen werden kann. Und selbst soweit dies in Einzelbereichen nicht der Fall sein sollte, kann, wie noch weiter auszuführen sein wird, eine kollisionsrechtliche Feinkorrektur – ebenso wie bei (vermeintlichen) Inlandssachverhalten – zielgenau über bereichsspezifische Sonderanknüpfungen wie Art. 6 Rom I-VO und Art. 46b EGBGB, Eingriffsnormen nach Art. 9 Rom I-VO sowie den *ordre public*-Vorbehalt des Art. 21 Rom I-VO erfolgen.

Konsequenterweise sollte daher bei der kollisionsrechtlichen Beurteilung transnationaler Verträge auch im Rahmen von Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO ein weites Verständnis von Internationalität zugrunde gelegt werden. Zwar genügt es für eine Ablehnung des Tatbestands von Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO nicht, dass überhaupt ein grenzüberschreitender Bezug vorliegt, sondern muss dieser Bezug auch gerade die Grenzen des Europäischen Binnenmarktes verlassen und sich auf mindestens einen Drittstaat erstrecken. Davon ist bei transnationalen Verträgen aber jedenfalls dann auszugehen, wenn die verwendeten einschlägigen Musterdokumente und das zugehörige transnationale Vertragsrechtsregime – wie im Falle von ICC, LMA und ISDA – keinen nur EU-spezifischen, sondern einen weltweiten Zuschnitt haben und den angegliederten Einzelverträgen eine Anschlussfähigkeit an globale Märkte und eine Vielzahl auch mit Drittstaaten verbundener Einzelverträge ermöglichen sollen.<sup>248</sup>

#### *bb) Spezielle Sonderanknüpfungen und Bereichseinschränkungen*

Die Befürwortung einer rechtswahlfreundlichen Auslegung der Art. 1 und 3 Rom I-VO im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen versteht sich vor

<sup>247</sup> Böhle, ZEuP 2019, 72, 93.

<sup>248</sup> Vgl. Böhle, ZEuP 2019, 72, 93.

dem Hintergrund des gesellschaftlichen Kontextes der hier untersuchten transnationalen Vertragsrechtsregime des Finanzverkehrs. Diese dienen der rechtssicheren Organisation von spezifischen Märkten und Transaktionstypen zwischen in der Regel homogenen professionellen Akteuren, bei welchen ein Mindestmaß an Verhandlungspartität vermutet werden kann und grundsätzlich keine strukturellen Benachteiligungen der Nachfrageseite zu befürchten stehen.<sup>249</sup> Hierzu tragen insbesondere die auf eine breite Zustimmungsfähigkeit und Gruppenrichtigkeit angelegten Regelsetzungsverfahren der ICC, LMA und ISDA bei.<sup>250</sup> Den funktionalen Geltungsansprüchen dieser Vertragsrechtsregime kann im staatlichen Kollisionsrecht dann namentlich dadurch Rechnung getragen werden, dass territorialitätsbezogene Einschränkungen der Rechtswahlfreiheit restriktiv ausgelegt und parteiautonom zugeordnete, den Erwartungen des jeweiligen transnationalen Vertragsrechtsregimes angepasste Rückbindungen an bestimmte staatliche Rechtsordnungen grundsätzlich akzeptiert werden.

Korrekturen können allerdings erforderlich werden, wenn die Vorbedingungen autonomer Rechtswahlgestaltungen im Einzelfall nicht mehr gegeben sind.<sup>251</sup> Denn das Prinzip der Parteiautonomie verlöre seinen intendierten Sinn, wenn es zum Instrument der „Herrschaft des Stärkeren über den Schwächeren“ würde.<sup>252</sup> Hier setzen die personenspezifischen Einschränkungen der Rechtswahlfreiheit in Art. 5 bis 8 Rom I-VO an, die auf Vertragskonstellationen zugeschnitten sind, bei welchen typischerweise Machtungleichgewichte zwischen den Parteien auftreten. Neben den für den hier untersuchten Finanzbereich nicht weiter relevanten Beförderungs-, Versicherungs- und Individualarbeitsverträgen betrifft dies in erster Linie Verbraucherverträge. Bei solchen besteht eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass ein Verhandlungsergebnis durch wirtschaftliche oder soziale Abhängigkeitsverhältnisse, Informationsasymmetrien oder auf Rationalitätsdefiziten beruhende Beurteilungsfehler einseitig zu Lasten des Verbrauchers als der im Regelfall schwächeren Vertragspartei verzerrt wird.<sup>253</sup> Dieser Gefahr begegnet die Rom I-VO durch die Rechtswahlbeschränkung des Art. 6 Abs. 2 S. 2: Eine Rechtswahl wird zwar grundsätzlich auch in Verbraucherverträgen zugelassen, aber in ihrer Reichweite durch einen Günstigkeitsvergleich beschränkt,

---

<sup>249</sup> Vgl. *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge (2006), 91; *Engert*, AcP 213 (2013), 321, 355.

<sup>250</sup> Dazu oben § 1 II. 5. c) dd) (S. 87 f.); § 2 II. 6. b) aa) und bb) (S. 145 ff.).

<sup>251</sup> Vgl. *Wai*, Colum. J. Transnat'l L. 40 (2002), 209, 237 f., 271.

<sup>252</sup> Nach *Neuhaus*, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts (1962), § 33 III.; ebenso von *Hoffmann*, *RabelsZ* 38 (1974), 396; *Rühl*, in: FS von Hoffmann (2011), 364, 366.

<sup>253</sup> Ausführlich *Rühl*, *Cornell Int'l L. J.* 44 (2011), 569, 571 ff.; *Rühl*, in: FS von Hoffmann (2011), 364, 366 f.; *Rühl*, *J. Priv. Int'l L.* 10 (2014), 335, 343 ff. Vgl. auch *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge (2006), 92 ff.; *Basedow*, in: FS Horn (2006), 229, 243.

nach welchem die Rechtswahl den Verbraucher nicht schlechter stellen darf als er nach dem Recht stünde, das bei objektiver Anknüpfung anwendbar wäre. Dies ist gemäß Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsstaates des Verbrauchers, sofern der Unternehmer seine Tätigkeit in diesem Staat ausübt oder sie zumindest auch auf diesen Staat ausrichtet.

Rechtsfolge-technisch vorzugswürdig erscheint es auch hier – in Parallele zu Art. 3 Abs. 3 und Abs. 4 Rom I-VO<sup>254</sup> –, nicht das Vertragsstatut insgesamt auszutauschen, sondern lediglich die einschlägigen Verbraucherschutzvorschriften des objektiven Vertragsstatuts gesondert anzuknüpfen und diese im Sinne eines *law mix* neben dem gewählten und grundsätzlich weiterhin maßgeblichen Vertragsstatut zur Anwendung zu bringen, soweit sie sich als die im Vergleich verbraucherfreundlicheren Regelungen erweisen.<sup>255</sup> Für dieses Verständnis streitet bereits der Wortlaut, der von „Rechtswahl“ und „denjenigen Bestimmungen“ spricht, von welchen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf, also gerade nicht einen Austausch der anzuwendenden Rechtsordnung als Ganze forciert.<sup>256</sup> In systematischer Hinsicht kann zudem ein Umkehrschluss aus Art. 5 und 7 Rom I-VO gezogen werden, weil diese Vorschriften Rechtswahlmöglichkeiten explizit nur zugunsten bestimmter Rechtsordnungen vorsehen („beschränkte Rechtswahl“), wohingegen Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO die Rechtswahlmöglichkeiten nicht gegenständlich einschränkt, sondern nur in ihrer Reichweite begrenzt („überlagerte Rechtswahl“).<sup>257</sup> Zudem kann entstehungsgeschichtlich darauf verwiesen werden, dass das Konzept der Sonderanknüpfung schon der Vorgängervorschrift des Art. 5 Abs. 2 EVÜ, in Deutschland umgesetzt in Art. 29 Abs. 1 EGBGB, zugrunde lag.<sup>258</sup> Schließlich erscheint es auch unter teleologischen Gesichtspunkten als mildere und flexiblere Lösung, der Rechtswahlentscheidung der Parteien soweit möglich Rechnung zu tragen und sie nur soweit nötig in ihren nachteiligen Konsequenzen für den Verbraucher zu korrigieren<sup>259</sup> –

<sup>254</sup> Dazu oben § 4 III. 3. b) aa) (1) (S. 224 f.) und (2) (S. 234).

<sup>255</sup> Für Art. 6 Rom I-VO entspricht dies – anders als bei Art. 3 Abs. 3 und Abs. 4 Rom I-VO – der nahezu einhelligen Meinung; siehe etwa *Rühl*, in: FS von Hoffmann (2011), 364, 369; *Rühl*, *J. Priv. Int'l L.* 10 (2014), 335, 352 f.; *Rühl*, in: BeckOGK (2022), Art. 6 Rom I-VO, Rn. 257; *Michaels*, in: *Liber Amicorum Schurig* (2012), 191, 199, 203 f.; *Renner*, in: Calliess/Renner (Hrsg.), *Rome Regulations* (3. Aufl. 2020), Art. 9 Rome I, Rn. 5; *Martiny*, in: *MüKo BGB*, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 6 Rom I-VO, Rn. 63; zur Vorgängerregelung *E. Lorenz*, *RIW* 1987, 569, 570.

<sup>256</sup> Vgl. *Michaels*, in: *Liber Amicorum Schurig* (2012), 191, 203 f.

<sup>257</sup> Zu dieser Differenzierung *Rühl*, in: FS von Hoffmann (2011), 364, 368 ff.

<sup>258</sup> *Maultzsch*, in: von Hein/Rühl (Hrsg.), *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union* (2016), 153, 167.

<sup>259</sup> *Maultzsch*, in: von Hein/Rühl (Hrsg.), *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union* (2016), 153, 168.



zumal ein nicht auf die einschlägige Einzelvorschrift beschränkter „Gesamtvergleich“ des Verbraucherschutzniveaus von Wahlstatut und objektivem Vertragsstatut praktisch nur schwer umsetzbar wäre.<sup>260</sup> Im Ergebnis stellt sich Art. 6 Rom I-VO demnach insoweit als *lex specialis* zu Art. 9 Rom I-VO dar und bleibt das Wahlstatut für Fragen außerhalb der im Einzelfall einschlägigen Vorschriften des Verbraucherschutzes maßgeblich.<sup>261</sup>

Im Falle der Wahl eines drittstaatlichen Vertragsstatuts wird das durch Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO gewährleistete Schutzniveau durch Art. 46b EGBGB flankiert, wonach im Falle eines engen Bezugs des Sachverhalts zu einem EU- oder EWR-Staat dessen zur Umsetzung bestimmter Verbraucherschutzrichtlinien, insbesondere der EU-Klauselrichtlinie, erlassene nationale Vorschriften ebenfalls gesondert angeknüpft werden. Da es insoweit – anders als etwa bei Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO – um eine funktional begründete Feinkorrektur geht, kann auch bei responsiver Auslegung von einem engen Bezug nicht nur bei Vorliegen der in Art. 46b Abs. 2 EGBGB genannten Regelbeispiele ausgegangen werden (gewöhnlichen Verbraucheraufenthalt in Verbindung mit einer professionellen Tätigkeit im oder Ausrichtung des Unternehmers auf den betreffenden Staat), sondern auch in vergleichbar gelagerten Fällen eines Binnenmarktbezugs, zu dem Faktoren wie der Firmen- und Niederlassungssitz des Unternehmers oder der Abschluss- und Erfüllungsort des Vertrages beitragen können.<sup>262</sup> Soweit ein transnationaler Vertrag also ausnahmsweise unter Verbraucherbeteiligung geschlossen wird, entfalten Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO und Art. 46b EGBGB eine Korrekturwirkung: Das staatliche Recht springt ein und verhindert einen gänzlichen *transnational liftoff*<sup>263</sup>, weil und soweit sich auf transnationaler Ordnungsebene selbst noch keine funktionsäquivalenten Strukturen zur Gewährleistung des Schwächerenschutzes herausgebildet haben.<sup>264</sup>

Trotz dieser konzeptionellen Bedeutung der zum Verbraucherschutz vorgesehenen Beschränkung der Rechtswahlfreiheit im transnationalen Ordnungskontext ist die praktische Relevanz der Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO und Art. 46b EGBGB zumindest für die in dieser Arbeit untersuchten Beispiele transnationaler Finanzverträge gering: Eine Verbraucherbeteiligung an Dokumentenakkreditiven oder Konsortialkreditverträgen ist zwar theoretisch nicht ausgeschlossen, dürfte aber aufgrund des kaufmanns- und unternehmensbezogenen Zuschnitts dieser Ver-

<sup>260</sup> Schurig, RabelsZ 54 (1990), 217, 225.

<sup>261</sup> Mills, Party Autonomy in Private International Law (2018), 459 f.; Renner, in: Calliess/Renner (Hrsg.), Rome Regulations (3. Aufl. 2020), Art. 9 Rome I, Rn. 5.

<sup>262</sup> Vgl. Spickhoff, in BeckOK BGB (65. Ed. 2023), Art. 46b EGBGB, Rn. 10.

<sup>263</sup> Begriff nach Wai, Colum. J. Transnat'l L. 40 (2002), 209.

<sup>264</sup> Zu ersten Ansätzen einer solchen Entwicklung siehe Calliess, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge (2006), 286 ff.



tragstypen in der Praxis kaum je vorkommen. Etwas anders ist die Lage bei Kreditderivaten. Zwar dürften auch hier Verbraucher nur selten unmittelbar in die Aushandlung und den Abschluss solcher Verträge involviert sein.<sup>265</sup> Durchaus denkbar erscheint aber eine Verbraucherbeteiligung zumindest in der Rolle des Privatanlegers, in dessen Depot sich beispielsweise in Form von Bonitätsanleihen verbrieft Ansprüche aus Derivatverträgen (Credit Linked Notes) befinden können.<sup>266</sup> In solchen Konstellationen erschiene ein Mindestmaß an Verbraucherschutz durchaus sinnvoll, sind jedoch die Ausnahmenvorschriften des Art. 6 Abs. 4 lit. d Var. 1 Hs. 1 und lit. e i. V. m. Art. 4 Abs. 1 lit. h Rom I-VO zu beachten, nach welchen Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 gerade keine Anwendung finden auf „Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit einem Finanzinstrument“ sowie auf Verträge, die innerhalb von multilateralen Systemen zum Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten geschlossen werden. Hintergrund dieser auch Kredit- und andere Derivatverträge erfassenden Bestimmungen<sup>267</sup> ist der in Erwägungsgrund 28 der Rom I-VO ausgeführte und ganz der Logik transnationaler Vertragsrechtsregime entsprechende Gedanke, dass die Fungibilität und einfache Handelbarkeit von standardisierten Finanzinstrumenten nicht sichergestellt wären, würden diese bei ihrer ursprünglichen Ausgabe nicht einem einheitlichen Recht unterworfen werden können. Auf den ersten Blick scheint dies nun allerdings eine funktionale Leerstelle hinsichtlich des Schwächerenschutzes im transnationalen Ordnungsgefüge etwa des ISDA-Regimes zu hinterlassen. Auf den zweiten Blick wird diese indes anderweitig kompensiert: Bezüglich Art. 6 Abs. 4 lit. d Var. 1 Rom I-VO sieht Art. 6 Abs. 4 lit. d Hs. 2 Rom I-VO eine Gegenausnahme vor, sofern es sich bei den betreffenden Rechten und Pflichten um die „Erbringung von Finanzdienstleistungen“ handelt,<sup>268</sup> worunter unter anderem Verträge zur Anlageberatung, Verwahrung, Depotführung und -verwaltung sowie zum Kauf von Finanzinstrumenten fallen.<sup>269</sup> Auch die auf multilaterale Handelssysteme bezogene Ausnahmenvorschrift des Art. 6 Abs. 4 lit. e Rom I-VO erfasst gerade nicht Vertragsverhältnisse, die zu Intermediären (z. B. Brokern) bestehen.<sup>270</sup> Da Verbraucher an Derivatverträgen so gut wie nie isoliert von derlei

<sup>265</sup> Zu etwaigen Konstellationen *Harding*, *Mastering the ISDA Master Agreements* (3. Aufl. 2010), 683 f.; *Storck/Zerey*, in: *Zerey* (Hrsg.), *Finanzderivate* (4. Aufl. 2016), 206, 213, Rn. 11.

<sup>266</sup> Vgl. *Storck/Zerey*, in: *Zerey* (Hrsg.), *Finanzderivate* (4. Aufl. 2016), 206, 213, Rn. 11.

<sup>267</sup> Was unter dem Begriff des Finanzinstruments zu verstehen ist, wird in der Rom I-VO zwar nicht definiert, ergibt sich aber gemäß Erwägungsgrund 30 der Rom I-VO i. V. m. Art. 4 Abs. 1 Nr. 17 MiFID bzw. deren Nachfolgeregelung Art. 4 Abs. 1 Nr. 15 MiFID II aus der Aufzählung in Anhang I Abschnitt C MiFID II, die Kredit- und andere Derivatverträge einschließt.

<sup>268</sup> Dieser Begriff wird wiederum durch eine Bezugnahme in Erwägungsgrund 26 auf Art. 4 Abs. 1 Nr. 2 und 3 i. V. m. Anhang I Abschnitte A und B MiFID II konkretisiert.

<sup>269</sup> *Mankowski*, *RIW* 2009, 98, 116.

<sup>270</sup> *Garcimartin Alferez*, *J. Priv. Int'l L.* 5 (2009), 85, 101; *Calliess*, in: *Calliess/Renner*

„Begleitverträgen“<sup>271</sup> beteiligt sein dürften, steht ein gänzliches Unterlaufen des Schwächerenschutzes demnach nicht zu befürchten. Umso mehr gilt dies im Falle der Wahl eines drittstaatlichen Rechts, weil insoweit die Begrenzung des Art. 46b Abs. 1 EGBGB noch hinzu kommt und bei engem Zusammenhang des Vertrages mit dem Gebiet eines EU- oder EWR-Mitgliedstaates dessen Umsetzungsvorschriften der in Art. 46b Abs. 3 EGBGB aufgeführten Verbraucherschutzrichtlinien ohnehin zwingend anwendbar bleiben.<sup>272</sup>

### cc) Eingriffsnormen

Neben diesen Elementen des personenspezifischen Schwächerenschutzes stellt das staatliche Kollisionsrecht auch Instrumente bereit, die auf die potenziell nur unzureichende Berücksichtigung von Dritt- und Allgemeininteressen in bereichsspezifischen transnationalen Vertragsrechtsregimen reagieren und die unter legitimatorischen Gesichtspunkten unabdingbare gesamtgesellschaftliche Rückbindung dieser Regime befördern können.

Wenngleich das Kollisionsrecht zumindest in der kontinentaleuropäischen Tradition im Gefolge von *Savignys* nicht der Durchsetzung bestimmter materielle Gerechtigkeitsvorstellungen, sondern der neutralen Koordination grundsätzlich gleichberechtigter Privatrechtsordnungen zu dienen bestimmt ist,<sup>273</sup> wies schon *von Savigny* selbst auf die Ausnahme „anomaler“, „streng positiver, zwingender Normen“ hin, welche Grundwertungen des inländischen Rechts auch kollisionsrechtlich um jeden Preis zur Geltung bringen wollen.<sup>274</sup> Heute spiegelt sich diese Vorstellung einer internen Hierarchisierung privatrechtlicher Normen

---

(Hrsg.), Rome Regulations (3. Aufl. 2020), Art. 6 Rome I, Rn. 70; *Lehmann*, MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Internationales Finanzmarktrecht, Rn. 555.

<sup>271</sup> Vgl. *Garcimartin Alferez*, J. Priv. Int'l L. 5 (2009), 85, 90, der insoweit unterscheiden will zwischen Verträgen, die ein Finanzinstrument konstituieren, und solchen, die sich auf ein existierendes Instrument beziehen.

<sup>272</sup> Zwar nimmt auch die unter anderem in Bezug genommene EU-Klauselrichtlinie in Anhang Nr. 2 lit. c wiederum Derivatverträge einschließende „Geschäfte mit Wertpapieren, Finanzpapieren und anderen Erzeugnissen oder Dienstleistungen, bei denen der Preis von den Veränderungen einer Notierung oder eines Börsenindex oder von Kursschwankungen auf dem Kapitalmarkt abhängt“, von *bestimmten* Klauselverboten aus, bleibt im Umkehrschluss aber im Übrigen auf diese Verträge anwendbar und unterwirft sie demnach auch der allgemeinen AGB-Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB.

<sup>273</sup> *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht (9. Aufl. 2004), 131 ff.; *Renner*, Zwingendes transnationales Recht (2010), 51. Vgl. auch *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Achter Band (1849), 28.

<sup>274</sup> *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Achter Band (1849), 33 ff., 38. *Von Savignys* Prognose, dass sich solche Normen im Laufe der weiteren Rechtsentwicklung fortwährend vermindern würden, dürfte mit der Materialisierung des Privatrechts im 20. Jahrhundert, welche auch das Internationale Privatrecht erfasste, weitgehend widerlegt worden sein.

in der Unterscheidung zwischen kollisionsrechtlich abdingbarem einfach zwingendem Recht und „verweisungsfestem“ international zwingendem Recht wider, welches sich auch gegen im Übrigen anwendbares ausländisches Recht durchsetzt.<sup>275</sup> Dieser Vorbehalt manifestiert sich im Anwendungsbereich der Rom I-VO in der Kategorie der Eingriffsnormen einerseits (Art. 9 Rom I-VO), der *ordre public*-Kontrolle andererseits (Art. 21 Rom I-VO), findet sich in ähnlicher Form aber in nahezu allen staatlichen Kollisionsrechtsordnungen<sup>276</sup> und stellt daher trotz aller Unterschiede im Detail<sup>277</sup> dem Grundgedanken nach ein ebenso weltweit anerkanntes Prinzip des Kollisionsrechts dar wie die Rechtswahlfreiheit selbst.

Mit Eingriffsnormen (auch „positiver *ordre public*“) sind allgemein diejenigen Vorschriften einer Rechtsordnung gemeint, die unabhängig vom ansonsten für einen Sachverhalt maßgeblichen Sachrecht uneingeschränkte Geltung beanspruchen.<sup>278</sup> Nach der Legaldefinition des Art. 9 Rom I-VO fallen darunter alle „Vorschriften, deren Einhaltung als so entscheidend für die Wahrung der politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation eines Staates angesehen wird, dass ihre Anwendung auf alle Sachverhalte, die in ihren Anwendungsbereich fallen, vorgeschrieben ist“.<sup>279</sup> Ähnlich bezeichnet der BGH Eingriffsnormen als diejenigen privatrechtlichen Normen, die „nicht nur dem Schutz und Ausgleich widerstreitender Interessen der Vertragsparteien und damit Individualbelangen dien[en], sondern daneben zumindest auch öffentliche Gemeinwohlinteressen verfolg[en]“.<sup>280</sup> Beide Formulierungen unterstreichen den auch und gerade mit Blick auf transnationale Vertragsrechtsregime zentralen Aspekt der durch die Vermittlerrolle des staatlichen (Privat-)Rechts zwischen politischen, wirtschaftlichen und sozialen Interessen sowie Individual- und Gemeinwohlbelangen gewährleisteten gesamtgesellschaftlichen Rückbindung. Sie helfen allerdings

<sup>275</sup> Vgl. *Michaels*, in: *Liber Amicorum Schurig* (2012), 191.

<sup>276</sup> Beispielsweise in Art. 17 und 18 des schweizerischen IPRG, in § 187 (2) (b) des U.S.-amerikanischen Restatement (Second) on the Conflict of Laws, aber auch im Fallrecht des Common Law; vgl. *Mills*, *Party Autonomy in Private International Law* (2018), 476 ff., 486 ff. In den Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts von 2015 sind beide Elemente in einer Vorschrift zusammengefasst (Art. 11 Abs. 1, Abs. 3); siehe dazu *Pertegás/Marshall*, *Brook. J. Int'l L.* 39 (2014), 975, 998 ff.

<sup>277</sup> Vgl. *Guedj*, *Am. J. Comp. L.* 39 (1991), 661 ff.; *Hartley*, *RdC* 266 (1997), 340 ff.; *Reimann*, in: *Verschraegen* (Hrsg.), *Rechtswahl* (2010), 1, 5 ff. Historisch-vergleichender Überblick bei *Hemler*, *Die Methodik der „Eingriffsnorm“ im modernen Kollisionsrecht* (2019), 6 ff.

<sup>278</sup> Grundlegend *Wengler*, *ZVglRWiss* 54 (1940/1941), 168, 178; ausführlich zur Begriffsgeschichte *Siehr*, *RabelsZ* 52 (1988), 41 ff.

<sup>279</sup> Die Formulierung ist angelehnt an EuGH, Urteil vom 23.11.1999, Rs. C-396/96 und C-376/96 – *Arblade*, Rn. 30.

<sup>280</sup> BGHZ 165, 248, 257; vgl. auch BAGE 63, 17, 32; BAGE 80, 84, 92; BAGE 100, 130, 139.

kaum weiter bei der Frage, welche Vorschriften einer Rechtsordnung im Einzelnen als Eingriffsnormen zu qualifizieren sind.<sup>281</sup> Eine gewisse Sicherheit besteht insoweit allenfalls dann, wenn Gesetzeswortlaut oder Gesetzgebungsmaterialien ausdrücklich auf den international zwingenden Charakter einer Vorschrift hinweisen oder soweit innerhalb von Rechtsprechung und Schrifttum eine fallgruppenbezogene Konkretisierung erfolgt ist.<sup>282</sup> Im Übrigen aber ist eine Einzelfallauslegung unabdingbar. Nach verbreiteter Ansicht soll dabei eine Vermutungswirkung für einen Eingriffsnormencharakter solchen Vorschriften zukommen, die trotz privatrechtlichen Zuschnitts partiell auch dem öffentlichen Recht zugeordnet werden können – etwa aus dem Außenwirtschaftsrecht<sup>283</sup>, dem Aufsichts- und Kapitalmarktrecht<sup>284</sup> oder dem Kartell- und Wettbewerbsrecht<sup>285</sup>. Indes ist die Trennlinie zwischen privatem und öffentlichem Recht häufig nur schwer zu ziehen und kann sich zudem von Rechtsordnung zu Rechtsordnung unterscheiden.<sup>286</sup> Gerade im transnationalen Anwendungskontext erscheint es deshalb praktikabler, darauf abzustellen, ob mit der einschlägigen Vorschrift eine regulatorische Zielsetzung verbunden ist, die über die individuelle Rechtsbeziehung der Vertragsparteien hinausgeht und auf deren gesamtgesellschaftliche Rückbindung abzielt<sup>287</sup> – unabhängig davon, ob diese Rückbindung gerade auch mit hoheitlichen Mitteln durchgesetzt wird, also „öffentliches Recht“ im engeren Sinne darstellt. Einige Autoren wollen noch weiter gehen und die grundsätzlich nur die Vertragsparteien selbst betreffenden zwingenden Vorschriften des Schwächeren-

<sup>281</sup> Vgl. *Schurig*, *RabelsZ* 54 (1990), 217, 227 f. Klar scheint insoweit nur, dass grundsätzlich jeder Staat selbst über den Bestand des eigenen Eingriffsrechts bestimmt; allerdings können zu diesem wiederum durchaus auch Vorschriften beispielsweise des Unionsrechts gehören; siehe dazu *Remien*, in: FS von Hoffmann (2011), 334, 335, 338 f.; vgl. auch *von Wilmsky*, *RabelsZ* 62 (1998), 1, 25 ff., der sehr weitgehend aus dem Unionsrecht eine Pflicht zur Anwendung des Eingriffsrechts auch anderer Mitgliedstaaten ableiten will.

<sup>282</sup> *Renner*, *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 52; vgl. auch *Sonnenberger*, *IPRax* 2003, 104, 108 ff.

<sup>283</sup> Siehe hierzu *Martiny*: in: *MüKo BGB*, Band 13 (8. Aufl. 2021), Rom I-VO Art. 9 Rom I-VO, Rn. 61 ff.

<sup>284</sup> Siehe hierzu *Einsele*, *IPRax* 2012, 481 ff.; *Einsele*, *RabelsZ* 81 (2017), 781, 793 ff.; *Lehmann*, in: *MüKo BGB*, Band 13 (8. Aufl. 2021), Internationales Finanzmarktrecht, Rn. 560 ff., 566 ff. mit zahlreichen Einzelfallbeispielen.

<sup>285</sup> Siehe hierzu *Basedow*, in: FS *Sonnenberger* (2004), 291, 311; *Renner*, *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 52; *Einsele*, *RabelsZ* 81 (2017), 781, 796 ff.; *Martiny*: in: *MüKo BGB*, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 9 Rom I-VO, Rn. 72.

<sup>286</sup> *Siehr*, *RabelsZ* 52 (1988), 41, 44, 76; *Juenger*, in: FS *Rittner* (1991), 233, 240; *Sonnenberger*, *IPRax* 2003, 104, 105; *Michaels*, in: *Liber Amicorum Schurig* (2012), 191, 206; *Gößling*, *Europäisches Kollisionsrecht und Internationale Schiedsgerichtsbarkeit* (2019), 146 f.; *Renner*, in: *Calliess/Renner* (Hrsg.), *Rome Regulations* (3. Aufl. 2020), Art. 9 Rome I, Rn. 12.

<sup>287</sup> Vgl. für diesen Ansatz, auch anhand von Beispielen, *Renner*, in: *Calliess/Renner* (Hrsg.), *Rome Regulations* (3. Aufl. 2020), Art. 9 Rome I, Rn. 15 f.

schutzes ebenfalls als Eingriffsnormen qualifizieren.<sup>288</sup> Wenngleich dahinter die durchaus naheliegende Erwägung stehen dürfte, dass dem Schwächerenschutz dienenden Vorschriften (etwa des Verbraucherrechts) meist auch eine mittelbare regulatorische Zielsetzung innewohnt, würde ein derart weitgehendes Verständnis von Eingriffsnormen jedoch die Gefahr eines Unterlaufens der speziellen Tatbestandsvoraussetzungen der Art. 5 ff. Rom I-VO und Art. 46b EGBGB sowie einer Verwischung der Grenze zum einfach zwingenden Recht mit sich bringen.<sup>289</sup> An einem grundsätzlich restriktiven Verständnis von Eingriffsnormen als Vorschriften mit unmittelbarer und nicht nur reflexhafter regulatorischer Komponente sollte deshalb festgehalten werden.<sup>290</sup>

Zum Problem der Bestimmung von Eingriffsnormen kommt in der Rechtsanwendung noch ein weiteres hinzu: Die Eingriffsnormen welchen Staates sind bei der Streitentscheidung heranzuziehen? Vorrangig hat ein Gericht selbstredend die Eingriffsnormen des eigenen Staates zur Anwendung zu bringen, wie es auch Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO nahelegt.<sup>291</sup> Dies beruht nicht zuletzt auf der Erwägung, dass sich ein Gericht als verfassungsrechtlich gebundenes Organ nicht zu den durch Legislative und Exekutive als grundlegend klassifizierten Ordnungsinteressen des eigenen Staates in Widerspruch setzen darf.<sup>292</sup> Schwieriger zu beurteilen ist aber die seit Langem umstrittene Frage, inwieweit zusätzlich auch ausländischen Eingriffsnormen Geltung zu verschaffen ist.<sup>293</sup> Während Anhänger der sog. Schuldstatutstheorie insoweit für eine einheitliche Anknüpfung von Privat-

<sup>288</sup> von Hoffmann, *RabelsZ* 38 (1974), 396, 408 ff.; Mäsch, *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz* (1993), 126 ff.; W.-H. Roth, *RIW* 1994, 275, 277; Remien, in: FS von Hoffmann (2011), 334, 335 ff.; nur in Bezug auf von speziellen Sonderanknüpfungen nicht erfasste Normen Fetsch, *Eingriffsnormen und EG-Vertrag* (2002), 41 f.; von Hoffmann/Thorn, *Internationales Privatrecht* (9. Aufl. 2007), § 10, Rn. 96. Zumindest im Ansatz auch BGHZ 123, 380, 391; anders jedoch BGHZ 165, 248, 255 ff.

<sup>289</sup> Vgl. Sonnenberger, *IPRax* 2003, 104, 106 ff.; Renner, *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 53; Maultzsch, in: BeckOGK (2022), Art. 9 Rom I-VO, Rn. 27 ff.

<sup>290</sup> Sonnenberger, *IPRax* 2003, 104, 105 ff., 109; Koloseus, in: Verschraegen (Hrsg.), *Rechtswahl* (2010), 33, 38 f.; Renner, *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 53; Renner, in: Calliess/Renner (Hrsg.), *Rome Regulations* (3. Aufl. 2020), Art. 9 Rome I, Rn. 20; Martiny, in: *MüKo BGB*, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 9 Rom I-VO, Rn. 13 ff.

<sup>291</sup> Rühl, *Rechtswahlfreiheit im Europäischen Kollisionsrecht*, in: FS Kropholler (2008), 187, 206; vgl. auch Maultzsch, in: FS Kronke (2020), 363.

<sup>292</sup> Basedow, in: FS U. Magnus (2014), 337, 347. Allerdings wird man einschränken müssen, dass derlei fundamentale Ordnungsinteressen nur dann auf dem Spiel stehen können, wenn der zu beurteilende Sachverhalt einen tatsächlichen Bezug zum Forumstaat aufweist; siehe Renner, in: Calliess/Renner (Hrsg.), *Rome Regulations* (3. Aufl. 2020), Art. 9 Rome I, Rn. 27; vgl. auch EuGH, Urteil vom 9.11.2000, Rs. C-381/98 – Ingmar, Rn. 25; EuGH, Urteil vom 16.2.2017, Rs. C-507/15 – Agro Foreign Trade & Agency, Rn. 33.

<sup>293</sup> Zu den hinter dieser Frage stehenden konkurrierenden Denkansätzen Maultzsch, in: FS Kronke (2020), 363, 364 ff.



und Eingriffsrecht allein der *lex causae* plädieren,<sup>294</sup> wollen Vertreter der sog. Datumtheorie ausländische Eingriffsnormen im Rahmen der Anwendung der *lex causae*, beispielsweise von deren Unmöglichkeitvorschriften, zumindest als Sachumstände berücksichtigen.<sup>295</sup> Befürworter der sog. Sonderanknüpfungslehre schließlich möchten eine eigenständige Anknüpfung ausländischer Eingriffsnormen zulassen und diese von einer Nähebeziehung zum konkreten Sachverhalt abhängig machen.<sup>296</sup> Die positivrechtliche Kompromisslösung des Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO wählt nunmehr einen Zwischenweg zwischen diesen Ansätzen und erlaubt eine Ermessensentscheidung über die Sonderanknüpfung ausländischer Eingriffsnormen, allerdings nur derjenigen des Erfüllungsstaates, deren Verletzung die Vertragserfüllung unrechtmäßig werden ließen. Dahinter steht die Erwägung, dass die Pflicht einer Partei zur Vertragserfüllung dort eine Grenze finden soll, wo sie am Erfüllungsort zur Begehung von Rechtsverstößen zwingen würde.<sup>297</sup> Von dieser speziellen Sonderanknüpfungsmöglichkeit abgesehen bleibt im Anwendungsbereich der Rom I-VO für eine Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen hingegen nur Raum, soweit diese zum kollisionsrechtlich berufenen Vertragsstatut gehören oder in dessen Rahmen als materiellrechtlich relevante Sachumstände gewertet werden können.<sup>298</sup>

Sind damit die Präliminarien zur Bestimmung und Anwendung von Eingriffsnormen abgesteckt, stellt sich die für die Zwecke dieser Untersuchung entscheidende Frage, welche Implikationen das Vorliegen eines transnationalen Vertrages auf die Auslegung von Art. 9 Rom I-VO hat und welche Bedeutung staatlichen Eingriffsnormen im Hinblick gerade auf transnationale Vertragsrechtsregime zukommt. Können beispielsweise die auf die ERA verweisenden Bedingungen eines Dokumentenakkreditivs von einem deutschen Gericht am Maßstab der §§ 307 ff. BGB als Eingriffsnormen gemessen werden, obschon die Akkreditiv-

---

<sup>294</sup> So etwa *Mann*, in: FS Wahl (1973), 139, 145 ff.; *Stoll*, in: FS Kegel (1987), 623, 628 f.

<sup>295</sup> So etwa *Ehrenzweig*, Buff. L. Rev. 16 (1966), 55 ff.; *Ehrenzweig*, Private International Law, General Part (1967), 75 ff.; *Jayme*, in: GS Ehrenzweig (1976), 35, 37 ff.; monographisch jüngst *Harms*, Neuauflage der Datumtheorie im Internationalen Privatrecht (2019). Diesem Ansatz neigte vor Inkrafttreten der Rom I-VO auch die deutsche Rechtsprechung zu; vgl. BGHZ 31, 367, 371; BGHZ 34, 169, 177; BGHZ 59, 82, 85; BGH NJW 1984, 1746, 1747; BGH NJW 1991, 634, 635; BGH NJW 1993, 194, 195.

<sup>296</sup> Grundlegend *Wengler*, ZVglRWiss 54 (1941), 168 ff., 185 ff., 211; *Zweigert*, RabelsZ 14 (1942), 283, 289; vgl. auch *U. Magnus*, in: Staudinger (2002), Art. 34 EGBGB, Rn. 115 ff., 141 ff. Vgl. auch Art. 19 des schweizerischen IPRG, der die Anwendung ausländischer Eingriffsnormen immer dann zulässt, wenn der erlassende Staat unmittelbar betroffen ist und die Regelung berechtigten Zielen dient.

<sup>297</sup> *Schacherreiter*, in: Verschraegen (Hrsg.), Rechtswahl (2010), 69, 80.

<sup>298</sup> Vgl. *Renner*, in: Calliess/Renner (Hrsg.), Rome Regulations (3. Aufl. 2020), Art. 9 Rome I, Rn. 33 f.; siehe auch EuGH, Urteil vom 18.10.2016, Rs. C-135/15 – Nikiforidis, Rn. 40 ff.



vereinbarung dem französischen Recht unterstellt wurde? Sind kartellrechtliche Verbotsvorschriften des AEUV als Eingriffsnormen heranzuziehen, wenn sich verschiedene deutsche Kreditinstitute vor Abschluss eines im Übrigen englischen Recht unterstellten, nach Mustern der LMA ausgestalteten Konsortialkreditvertrages mit einem türkischen Kreditnehmer über ihre jeweils angebotenen Kreditbedingungen austauschen? Kann vor einem deutschen Gericht das Zinseszinsverbot des § 248 Abs. 1 BGB eine aus Mustern der LMA übernommene Zinsklausel in einem Konsortialkreditvertrag zu Fall bringen, auch wenn dieser von den Parteien dem zinsliberaleren englischen Recht unterstellt wurde?<sup>299</sup> Schlagen die im Rahmen einer Restrukturierung einer deutschen Bank anzuwendenden Herabschreibungs- und Umwandlungsvorschriften der §§ 89 ff. SAG auch auf Zahlungsansprüche eines US-amerikanischen Investors aus ISDA-basierten Derivatverträgen durch, für welche die Geltung New Yorker Rechts vereinbart wurde?

Auf den ersten Blick scheint im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen eine weitestmögliche Zurückhaltung bei der Ermittlung und Anwendung von Eingriffsnormen nahezuliegen, stellen sich diese doch zumindest im Ausgangspunkt als Ausprägung des Territorialitätsprinzips und damit als potenzieller Störfaktor im grenzüberschreitenden, funktional definierten Wirkungsbereich transnationaler Vertragsrechtsregime dar. Bei genauerem Hinsehen wäre ein „Freihalten“ transnationaler Ordnungsstrukturen von staatlichem Eingriffsrecht in deren gegenwärtigem Entwicklungsstand allerdings problematisch. Denn auf der transnationalen Ordnungsebene stehen den privaten Elementen gesellschaftlicher Selbststeuerung bislang gerade keine gleichwertigen öffentlichen Äquivalente gegenüber, über welche die transnationale Rechtserzeugung unmittelbar an einen grenzüberschreitenden politischen Diskurs oder an die Interessen Außenstehender rückgekoppelt wäre<sup>300</sup> – auch wenn mittlerweile vereinzelte Initiativen in diese Richtung zu beobachten sind.<sup>301</sup> Zwar werden Gemeinwohlbelange zum Teil und in zunehmendem Umfang auch schon durch die einschlägigen transnationalen privaten Regelsetzungsorganisationen selbst berücksichtigt. Doch geschieht dies noch immer nur punktuell und auf freiwilliger Basis, die nicht allen potenziell berührten und in den Normsetzungsverfahren der Organisationen zum

<sup>299</sup> Vgl. zu diesem Beispiel *Renner*, in: Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), 225, 232.

<sup>300</sup> Vgl. am Beispiel der UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 600.

<sup>301</sup> Als Beispiel eines potenziell „öffentlichen“ transnationalen Akteurs im Finanzbereich kann die auf Initiative einiger Abgeordneter des Europäischen Parlaments im Jahr 2011 gegründete Nichtregierungsorganisation *Finance Watch* genannt werden; siehe dazu <<https://www.finance-watch.org/>>.

Teil nur begrenzt, zum Teil gar nicht repräsentierten Interessenkreisen Rechnung tragen kann. In diese funktionale Lücke kann und muss das staatliche Recht als komplementäre Ergänzung stoßen, um mögliche Defizite privater Ordnung auszugleichen<sup>302</sup> und hierdurch zur Fremdkonstitutionalisierung transnationaler Vertragsrechtsregime beizutragen. Hierfür erscheint die Sonderanknüpfung von Eingriffsrecht als ein geeignetes Instrument.<sup>303</sup> Mit dieser funktionalen Rolle einher geht allerdings eine Rekontextualisierung von Eingriffsnormen: In der transnationalen Anwendungskonstellation werden sie aus dem rein nationalstaatlichen Kontext herausgelöst und zum Bestandteil transnationaler Wirtschaftsverfassungsstrukturen,<sup>304</sup> die der Abwehr korrumpierender Elemente und eines autonomiegefährdenden Marktversagens dienen.<sup>305</sup> Diese Konstitutionalisierungsfunktion kann das Eingriffsrecht einzelner Rechtsordnungen in der transnationalen Konstellation aber nur dann ausfüllen, wenn es sich von idiosynkratischen, rein national geprägten Ordnungsvorstellungen weitgehend löst und stattdessen primär an transnationalen bzw. zumindest transnationalisierungsfähigen Maßstäben wirtschaftsverfassungsrechtlicher Ordnung ausrichtet sowie in diesem Bestreben mit anderen staatlichen Rechtsordnungen zusammenwirkt.<sup>306</sup> Für die Anwendung der einzelnen regulativen Vorschriften des staatlichen Privatrechts auf transnationale Verträge bedeutet dies konkret: Kann die Vorschrift auf einen rechtsordnungsübergreifenden, dem Schutz Dritter oder der Allgemeinheit dienenden Ordnungsgedanken zurückgeführt werden, ist auch im transnationa-

---

<sup>302</sup> Vgl. *Juenger*, in: FS Rittner (1991), 233, 246 f.

<sup>303</sup> Vgl. *Grundmann*, in: Jickeli (Hrsg.), Europäisches Privatrecht, Unternehmensrecht, Informationspflichten im Zivilrecht (1992), 43, 49. A. A. *Spickhoff*, *RabelsZ* 56 (1992), 116, 132, der meint, Eingriffsnormen würden dafür nicht ausreichen, da sie nicht dem inter-individuellen Interessenausgleich dienen. Dies übergeht jedoch, dass dem Aspekt des inter-individuellen Interessenausgleichs jedenfalls für die unmittelbar betroffenen Verkehrskreise bereits weitgehend auf der transnationalen Regelungsebene selbst entsprochen wird und im Übrigen schon die Schutzvorschriften der Art. 5 ff. Rom I-VO und Art. 46b EGBGB ergänzend eingreifen.

<sup>304</sup> *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), *Regelsetzung im Privatrecht* (2019), 165, 182.

<sup>305</sup> *Grünberger*, *Der Staat* 55 (2016), 117, 131. Vgl. auch *Teubner*, *ZaöRV* 63 (2003), 1, 22 (allerdings bezogen auf die materiellrechtliche Inhaltskontrolle): „Gesellschaftliche Normierungen in der Peripherie des Rechtssystems werden im Zentrum des Rechts akzeptiert, aber in einem Prozeß gerichtlicher Kontrolle des Rechts werden korrumpierende Elemente, die aus den Rechtsdefizienzen der externen Rechtsquelle stammen, abgewehrt.“

<sup>306</sup> Vgl. *Collins*, in: *Grundmann/Möslein/Riesenhuber* (Hrsg.), *Contract Governance* (2015), 383, 405; in diese Richtung auch *Dalhuisen*, *Berkeley J. Int'l L.* 24 (2006), 129, 170; *Dalhuisen*, *Rutgers Univ. L. Rev.* 67 (2015), 1, 15 ff. Für den Ansatz einer zumindest EU-weiten Vereinheitlichung der Anknüpfung von Eingriffsrecht vgl. *Köhler*, *Eingriffsnormen – Der „unfertige“ Teil des europäischen IPR* (2013), 119 ff.; *Rentsch*, in: *Bauerschmidt u. a.* (Hrsg.), *Konstitutionalisierung in Zeiten globaler Krisen* (2015), 255, 289 ff.; *Gößling*, *Europäisches Kollisionsrecht und Internationale Schiedsgerichtsbarkeit* (2019), 153 f.

len Kontext eine Eingriffsnormqualität zu vermuten und eine Anwendung auf den zu beurteilenden transnationalen Vertrag zu befürworten.<sup>307</sup> Ein Vorbild für staatliche Gerichte können insoweit internationale Schiedsgerichte sein, welche in der Praxis einen vergleichsweise großzügigen Umgang mit eben solchen Eingriffsnormen pflegen, die grenzüberschreitenden Mindeststandards entsprechen, auch um den ergehenden Schiedsspruch nicht der Gefahr einer Aufhebung durch staatliche Gerichte auszusetzen und seine weltweite Anerkennungsfähigkeit sicherzustellen.<sup>308</sup> Um die „Transnationalisierungsfähigkeit“ einer Eingriffsnorm zu überprüfen, bedienen sie sich dabei unter anderem der Methode des funktionalen Vergleichs mit anderen Rechtsordnungen sowie Instrumenten des europäischen und internationalen Einheitsrechts.<sup>309</sup> Auf dieser Grundlage lassen sich im transnationalen Anwendungskontext dann – wie *Moritz Renner* für die Schiedsgerichtsbarkeit herausgearbeitet hat<sup>310</sup> – drei Stufen von Eingriffsrecht unterscheiden:

Auf der *ersten Stufe* stehen zwingende Normen, die nahezu allen staatlichen Rechtsordnungen gemeinsam sind.<sup>311</sup> Dieser Kern transnationaler Eingriffsnormen bzw. eines positiven „transnationalen *ordre public*“ ist vorbehaltlos auf transnationale Verträge jeder Couleur zur Anwendung zu bringen. In diese Kategorie gehören zunächst individualberechtigende und vollzugsfähige Normen völkerrechtlicher Verträge mit weitreichender Mitgliedschaft<sup>312</sup> sowie des zwingenden Völkergewohnheitsrechts (*ius cogens*),<sup>313</sup> wenngleich diese aufgrund ihres primär auf die Verpflichtung von Staaten gerichteten Zuschnitts in privatrechtlichen Vertragsverhältnissen von nur untergeordneter Bedeutung sind und allenfalls mittelbar herangezogen werden können (beispielsweise im Rahmen der Ausfüllung unbestimmter Tatbestandsmerkmale). Praktisch relevanter erscheinen hingegen die ebenfalls zum Kernbestand zwingenden transnationalen Rechts zu zählenden privatrechtlichen Normen, welche allgemeine Rechtsgrundsätze widerspiegeln, die nahezu allen oder jedenfalls für verschiedene Rechtskreise repräsentativen Privatrechtsordnungen gemeinsam sind und die im Wege der Rechtsvergleichung ermittelt werden können, auch unter Einbeziehung der

<sup>307</sup> Vgl. *Horn*, *RabelsZ* 44 (1980), 423, 448 ff.; *Siehr*, *RabelsZ* 52 (1988), 41, 63 ff.

<sup>308</sup> Vgl. *Beulker*; Die Eingriffsnormenproblematik in internationalen Schiedsverfahren (2005), 255 ff.; *Mankowski*, *RIW* 2011, 30, 42 f.; *Gößling*, *Europäisches Kollisionsrecht und Internationale Schiedsgerichtsbarkeit* (2019), 158.

<sup>309</sup> Vgl. zu diesem Ansatz *Galgano*, *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.* 2 (1995), 99, 106; in diese Richtung auch *Michaels*, *Party Autonomy* (2013), 10.

<sup>310</sup> Vgl. *Renner*; *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 253 ff.

<sup>311</sup> Vgl. *Renner*; *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 253 ff.

<sup>312</sup> *Renner*; *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 255 f.

<sup>313</sup> *Renner*; *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 257 f.

Spruchpraxis ausländischer Gerichte und Schiedsgerichte.<sup>314</sup> Dazu gehören beispielsweise Ausprägungen des Prinzips *venire contra factum proprium* oder des Verbots vorsätzlich schädigenden Verhaltens.<sup>315</sup>

Auf *zweiter Stufe* stehen zwingende Normen, die funktional in nahezu allen oder jedenfalls in für verschiedene Rechtskreise repräsentativen Rechtsordnungen als nationales Recht vorhanden sind, wenn auch in bisweilen unterschiedlichen inhaltlichen Ausprägungen und Realisierungsgraden. Diese Normen sind als zumindest transnationalisierungsfähige Eingriffsnormen grundsätzlich ebenfalls auf transnationale Verträge zur Anwendung zu bringen, wobei eine Sonderanknüpfung nur dann erforderlich wird, wenn die kollisionsrechtlich berufene *lex causae* aus dem transnationalen Vergleichsmaßstab ausschert und weder selbst funktionsäquivalente zwingende Normen vorhält noch deren hinreichende Berücksichtigung im Rahmen des materiellen Rechts ermöglicht.<sup>316</sup> In diese Kategorie transnationalisierungsfähiger Eingriffsnormen fallen etwa das Korruptionsverbot sowie zentrale Normen des Wettbewerbsrechts, welche trotz des bisherigen Scheiterns einer dahingehenden internationalen Rechtsvereinheitlichung zumindest dem Grundgedanken nach bei funktional-rechtsvergleichender Betrachtung in den meisten staatlichen Rechtsordnungen vorhanden sind (etwa die Rechtsfolge der Vertragsnichtigkeit im Falle des Verstoßes gegen das Verbot horizontaler und vertikaler Kartellabsprachen)<sup>317</sup> und die, wenn nicht direkt, so doch zumindest über § 134 BGB auf privatrechtliche Verträge durchschlagen können. In diesem Sinne zu qualifizieren wären aus der Sicht der deutschen Rechtsordnung etwa das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1, Abs. 2 AEUV und das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung in Art. 102 AEUV und § 19 GWB.<sup>318</sup> Demnach könnte im geschilderten Beispielsfall einer Vorabsprache zwischen grundsätzlich konkurrierenden deutschen Kreditinstituten über die einem türkischen Kreditnehmer eingeräumten Kreditbedingungen Art. 101 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 AEUV auch bei entgegenstehender Rechtswahl als Eingriffsnorm herangezogen werden, zumindest soweit sich nicht auch im gewählten Schuldvertragsstatut eine äquivalente Verbotsvorschrift findet. Neben der funktionalen Rechtsvergleichung können bei der Ermittlung transnationali-

<sup>314</sup> Renner, Zwingendes transnationales Recht (2010), 259 ff.

<sup>315</sup> Renner, Zwingendes transnationales Recht (2010), 275; vgl. auch Brekoulakis, in: Schultz/Ortino (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Arbitration (2020), 120, 140 ff.

<sup>316</sup> Vgl. Renner, Zwingendes transnationales Recht (2010), 264 ff.

<sup>317</sup> Renner, Zwingendes transnationales Recht (2010), 276.

<sup>318</sup> Vgl. schon zur Vorgängerregelung Basedow, in: FS Sonnenberger (2004), 291, 300 f.; zum Verbotsgesetzcharakter Armbrüster, in: MüKo BGB, Band 1 (9. Aufl. 2021), § 134, Rn. 52; zur Vorbildwirkung des europäischen Kartellrechts für die Gesetzgebung zahlreicher Staaten Bradford u. a., J. Empirical Legal Stud. 16 (2019), 731, 734, 739 ff.; Bradford, The Brussels Effect (2020), 114 ff.; Fiebig/Gerber, ZWeR 2021, 460, 468 f.

sierungsfähiger Eingriffsnormen speziell im Finanzbereich zudem unverbindliche *soft law*-Instrumente wie Modellgesetze, Leitlinien und Best Practices als Indizien herangezogen werden, jedenfalls soweit diese bereits in erheblichem Umfang in verschiedenen staatlichen Rechtsordnungen implementiert worden sind.<sup>319</sup> Dies gilt beispielsweise für die im Wege der grenzüberschreitenden Behördenkooperation erzeugten Richtlinien des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht,<sup>320</sup> dem mittlerweile 45 Zentralbanken und Bankaufsichtsbehörden aus 28 Jurisdiktionen angehören,<sup>321</sup> sowie für die Empfehlungen des als Internationale Organisation betriebenen Financial Stability Board, in dessen Rahmen derzeit 71 Mitglieder, darunter Ministerien, Zentralbanken und Aufsichtsbehörden aus 24 Staaten (einschließlich Deutschland) sowie die Weltbank, der Internationale Währungsfonds und die Europäische Kommission zusammenwirken.<sup>322</sup> Schließt die im Einzelfall in Rede stehende nationalstaatliche oder auch supranationale Vorschrift an einen solchen, grenzüberschreitend implementierten *soft law*-Standard an und wirkt sie sich auch in privatrechtlichen Horizontalverhältnissen aus, bestehen an ihrer Anwendbarkeit als Eingriffsnorm auf transnationale Vertragsverhältnisse keine Bedenken. Das gilt aus Sicht eines deutschen Gerichts beispielsweise für die Vorschriften zur Gläubigerbeteiligung an der Sanierung und Abwicklung von Bankinstituten in den §§ 89 ff. SAG, die in Umsetzung der

<sup>319</sup> Vgl. *Mugasha*, BFLR 26 (2011), 381, 436 f.; *Dalhuisen*, Arbitration in International Finance (2012), 14; *Dalhuisen*, Rutgers Univ. L. Rev. 67 (2015), 1, 15 ff.; *Lehmann*, in: FS Kronke (2020), 1061, 1062.

<sup>320</sup> Insbesondere dessen zunächst unverbindliche Vorschläge zu Eigenkapitalanforderungen von Banken (Basel I, II und III) sind sehr weitgehend in staatliches Recht überführt worden, etwa im Rahmen der EU-Eigenkapitalrichtlinie (Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG), welche in Deutschland wiederum unter anderem im Kreditwesengesetz (KWG), der Solvabilitätsverordnung (SolvV) und der Großkredit- und Millionenkreditverordnung (GroMiKV) umgesetzt worden ist.

<sup>321</sup> Vgl. *C. Möllers*, ZaöRV 65 (2005), 351, 357 f.; *van Aaken*, in: C. Möllers/Voßkuhle/Walter (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht (2007), 219, 227 f.; *Berger*, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria (2. Aufl. 2010), 41 ff.; *Dalhuisen*, Arbitration in International Finance (2012), 14; *Dalhuisen*, Rutgers Univ. L. Rev. 67 (2015), 1, 16. Umfängliche Informationen zur Zusammensetzung der Mitgliedschaft und den Aktivitäten des Ausschusses finden sich auf dessen Internetpräsenz unter <<https://www.bis.org/bcbs/index.htm>>. Weitere Beispiele bei *Spindler/Hupka*, in: T. Möllers (Hrsg.), Geltung und Faktizität von Standards (2009), 117, 119 ff.

<sup>322</sup> Umfängliche Informationen zur Zusammensetzung der Mitgliedschaft und den Aktivitäten des Financial Stability Board finden sich auf dessen Internetpräsenz unter <<https://www.fsb.org/>>.



supranationalen Vorgaben der Art. 43 ff. BRRD<sup>323</sup> erlassen worden sind, welche sich wiederum – ebenso wie die für unmittelbar der einheitlichen europäischen Bankenaufsicht unterstehende Großbanken geltende Parallelvorschrift Art. 27 SRM-VO<sup>324</sup> – eng an transnationalen Standards des Financial Stability Board, namentlich den Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions und den hierzu veröffentlichten Umsetzungsempfehlungen orientieren.<sup>325</sup> So wäre etwa im skizzierten Beispielsfall eines US-amerikanischer Investors, der auf Grundlage ISDA-basierter Derivatverträge Ansprüche gegen eine deutsche Bank erlangt hat und auf Zahlung klagt, eine im Zuge von deren Restrukturierung erfolgende Herabschreibung oder Umwandlung dieser Ansprüche von Fremd- in Eigenkapital nach §§ 89 ff. SAG vor einem deutschen Gericht als Eingriffsrecht auch dann zu beachten, wenn die Verträge im Übrigen New Yorker Recht unterstehen und keine einzelvertragliche Adaption des einschlägigen Resolution Stay Protocol der ISDA mit Zuschnitt auf die Anforderungen des in Deutschland durchgeführten Restrukturierungsverfahrens erfolgt ist.<sup>326</sup> Auch die auf privatrechtliche Verträge durchschlagenden Verbote des § 3 KWG und die Erlaubnispflicht des § 32 KWG i. V. m. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KWG können nach diesen Maßgaben als transnationalisierungsfähige Eingriffsnormen qualifiziert und von deutschen Gerichten auf transnationale Finanzverträge unabhängig von deren Vertragsstatut zur Anwendung gebracht werden, wenngleich sie nicht zwingend die Nichtigkeit des in Rede stehenden Vertrages, sondern gegebenenfalls auch nur dessen umgehende Abwicklung zur Folge haben.<sup>327</sup>

Auf *dritter Stufe* schließlich stehen idiosynkratische zwingende Normen nationalen Rechts, die dem beschriebenen Test auf Transnationalisierungsfähigkeit

<sup>323</sup> Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates.

<sup>324</sup> Verordnung (EU) Nr. 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Abwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010.

<sup>325</sup> *Financial Stability Board*, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions (2014), abrufbar unter <[https://www.fsb.org/wp-content/uploads/r\\_111104cc.pdf](https://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_111104cc.pdf)>. Ausführlich zum Zusammenspiel transnationaler, supranationaler und nationaler Ebene im Bereich der Bankenabwicklung Renner, Bankkonzernrecht (2019), 234 ff.

<sup>326</sup> Dazu oben § 1 II. 3. b) dd) (S. 74).

<sup>327</sup> Vgl. Lehmann, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Internationales Finanzmarktrecht, Rn. 567 f.



nicht standhalten.<sup>328</sup> Beispiele hierfür bilden im deutschen Recht das Zinseszinsverbot des § 248 Abs. 1 BGB und zumindest im unternehmerischen Verkehr die Vorschriften der AGB-Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB, welche in Strenge und Umfang aus dem internationalen Vergleich deutlich ausscheren. Bei derartigen Vorschriften ist aufgrund der potenziell disruptiven Wirkung auf transnationale Ordnungszusammenhänge Zurückhaltung bei der Qualifikation als Eingriffsnorm und der rechtswahldurchbrechenden Anwendung auf transnationale Verträge geboten. Hierbei ist jeweils zunächst zu prüfen, ob im kollisionsrechtlich zur Anwendung berufenen Vertragsstatut das mit der einschlägigen Norm verfolgte regulative Ziel nicht bereits auf anderen Wegen erreicht werden kann. Nur wenn dies nicht der Fall ist, sollte eine Sonderanknüpfung der weder transnationalen noch transnationalisierungsfähigen, vielmehr „ausschließlich“ nationalen Eingriffsnorm überhaupt in Betracht kommen. Dafür ist dann aber nicht nur zu fordern, dass es sich bei der betreffenden Vorschrift zweifelsfrei um eine international zwingende Norm handelt – was etwa bei den §§ 307 ff. BGB nicht der Fall ist.<sup>329</sup> Hinzukommen muss, dass – in Anlehnung an die Sonderanknüpfungstheorie – eine enge räumlich-territoriale Nähebeziehung des Streitgegenständlichen Sachverhalts zum Erlassstaat besteht (z. B. Erfüllungsort, gewöhnlicher Aufenthalt aller Parteien, zu erwartender Vollstreckungsort)<sup>330</sup> und dass bei einer Interessenabwägung zwischen der Schwere und den Konsequenzen der Normverletzung einerseits und der Durchbrechung des transnationalen Ordnungszusammenhangs andererseits das Durchsetzungsinteresse der Norm eindeutig überwiegt.<sup>331</sup>

#### dd) *Ordre public*-Kontrolle

Das Komplementärelement zum „positiven *ordre public*“ des Eingriffsrechts stellt der Kontrollvorbehalt des „negativen *ordre public*“ dar: Nach Art. 21 Rom I-VO (bzw. im Anwendungsbereich des EGBGB nach dessen Art. 6) kann die Anwendung einer kollisionsrechtlich berufenen ausländischen Vorschrift versagt werden, wenn sie zu einem Ergebnis führen würde, das mit der öffentlichen Ordnung des Forumstaates offensichtlich unvereinbar ist. Anders als bei

<sup>328</sup> Renner, Zwingendes transnationales Recht (2010), 268; vgl. auch Zweigert, in: BDGVR 5 (1964), 194, 207.

<sup>329</sup> Pörnbacher/B. Zahn, in: FS Thümmel (2020), 617, 627 f.; Sommerfeld, AGB-Reform und Rechtsflucht (2021), 110; Zwickel, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht (9. Aufl. 2022), Rn. 5.63.

<sup>330</sup> Renner, Zwingendes transnationales Recht (2010), 268 f.; vgl. auch Berger, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria (2. Aufl. 2010), 101.

<sup>331</sup> Vgl. Girsberger, in: BDGVR 39 (2000), 231, 242 ff.; Renner, Zwingendes transnationales Recht (2010), 269.

Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2 Rom I-VO geht es hier nicht um die Durchsetzung eigener, sondern um eine „Abwehr“ fremder Rechtsvorschriften,<sup>332</sup> wobei allerdings nicht deren Inhalt oder Zweck, sondern allein deren Anwendungsergebnis auf Vereinbarkeit mit den Grundwertungen der eigenen Rechtsordnung kontrolliert werden darf.<sup>333</sup> So würde beispielsweise aus Sicht eines deutschen Gerichts die Tatsache, dass ein im Einzelfall anzuwendendes ausländisches Recht keine höhenmäßige Begrenzung von Zinsen einschließlich Zinseszinsen vorsieht, nicht per se einen *ordre public*-Verstoß begründen, sondern nur dann, wenn der konkret errechnete Zinssatz nach den Maßstäben des deutschen Recht als sittenwidrig hoch anzusehen wäre.<sup>334</sup> Je umfassender eine Rechtsordnung ihre Grundwertungen freilich schon durch die Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen zur Geltung bringt, desto geringer ist der Anwendungsbereich des *ordre public*-Vorbehalts, welcher lediglich ein letztes „Sicherheitsnetz“ gegenüber der kollisionsrechtlichen Öffnung für die Anwendung fremden Rechts bildet.<sup>335</sup>

Auch für die negative *ordre public*-Kontrolle stellt sich wiederum das Problem der konkreten Inhalts- und Maßstabsbestimmung, wobei es hier aufgrund der Ergebnisbezogenheit des Vorbehalts in erster Linie auf eine Bewertung des Einzelfalls ankommt.<sup>336</sup> Im Gegensatz zur Bestimmung von Eingriffsnormen steht beim *ordre public*-Vorbehalt primär nicht die Durchsetzung regulatorischer Ziele, sondern die Wahrung der Grundwertungen der jeweiligen Rechtsordnung im Vordergrund, welche sich, wie etwa Art. 6 S. 2 EGBGB nahelegt, insbesondere in deren verfassungsrechtlichen Vorgaben manifestieren.<sup>337</sup> In diesem Sinne hat

---

<sup>332</sup> Freilich hat auch der „negative *ordre public*“ eine positive Komponente insoweit, als er implizit vorgibt, was statt der angewandten ausländischen Norm gelten soll – wobei allerdings umstritten ist, ob die Lückenfüllung anhand der Wertungen der *lex causae* selbst oder anhand derjenigen der *lex fori* zu erfolgen hat; vgl. *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht (9. Aufl. 2004), 520; *Renner*, in: *Calliess/Renner* (Hrsg.), *Rome Regulations* (3. Aufl. 2020), Art. 21 Rome I, Rn. 42 ff. m. w. N.

<sup>333</sup> *Basedow*, in: *FS Sonnenberger* (2004), 291, 296 f.; *Kropholler*, Internationales Privatrecht (6. Aufl. 2006), § 36 I.; *Renner*, *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 54 f.; *Renner*, in: *Calliess/Renner* (Hrsg.), *Rome Regulations* (3. Aufl. 2020), Art. 21 Rome I, Rn. 11; *Kokott/Rosch*, in: *FS Kronke* (2020), 265 f.

<sup>334</sup> Verneint bei Zinssatz von 14 % einschließlich Zinseszinsen von OLG Hamburg RIW 1991, 152, 154 f.; verneint bei Zinssatz von 15,9 % von OLG Celle RIW 1993, 587 f. Vgl. auch *Audit*, *Droit International Privé* (8. Aufl. 2018), 880, Rn. 1054; *Renner*, in: *Calliess/Renner* (Hrsg.), *Rome Regulations* (3. Aufl. 2020), Art. 21 Rome I, Rn. 11.

<sup>335</sup> Zu dieser Formulierung *Kaye*, *The New Private International Law of Contract of the European Community* (1993), 345; *Renner*, in: *Calliess/Renner* (Hrsg.), *Rome Regulations* (3. Aufl. 2020), Art. 21 Rome I, Rn. 1; ähnlich *Koloseus*, in: *Verschraegen* (Hrsg.), *Rechtswahl* (2010), 33, 40 („Notbremse“).

<sup>336</sup> *Reimann*, in: *Verschraegen* (Hrsg.), *Rechtswahl* (2010), 1, 5.

<sup>337</sup> Vgl. *Renner*, *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 55.

auch das Bundesverfassungsgericht in seinem wegweisenden „Spanier-Beschluss“ klargestellt, dass neben den Vorschriften des Kollisionsrechts selbst auch die Anwendung des durch sie berufenen ausländischen Rechts im Einzelfall an den Grundrechten zu messen seien.<sup>338</sup> Allerdings schränkt das Bundesverfassungsgericht ein, dass hierfür „eine bestimmte Beziehung zur Lebensordnung im Geltungsbereich der Verfassung“ vorauszusetzen sei.<sup>339</sup> Und auch im Schrifttum wird ganz überwiegend für eine restriktive Anwendung der als „Störenfried“ im internationalen Rechtsverkehr eingestuften *ordre public*-Kontrolle plädiert.<sup>340</sup>

Eine entsprechend zurückhaltende Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts scheint auf den ersten Blick gerade im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen auf der Hand zu liegen: Die Ausrichtung der *ordre public*-Prüfung auf Grundwertungen der Rechtsordnung des Forumstaates legt einen nationalen Kontrollmaßstab nahe, dessen Territorialbezug und Partikularität wiederum die innerhalb von transnationalen Vertragsrechtsregimen angestrebte Gleichläufigkeit einer Vielzahl grenzüberschreitender Einzelverträge und die hierdurch erzeugte Rechtssicherheit gefährden könnte. Wie schon im Rahmen des Eingriffsrechts würde indes ein allzu weitgehender Verzicht auf die Durchsetzung von *ordre public*-Wertungen der Tatsache nicht gerecht, dass auf der transnationalen Ordnungsebene selbst noch keine vollwertige gesamtgesellschaftliche Rückbindung bereichsspezifischer Vertragsrechtsregime gewährleistet ist.<sup>341</sup> Die in dieser Hinsicht erforderliche Auffang- und Kompensationsfunktion staatlicher Rechtsordnungen und der damit einhergehende Beitrag zur Fremdkonstitutionalisierung transnationaler Ordnungsstrukturen kann maßgeblich auch durch das Instrument der *ordre public*-Kontrolle unterstützt werden. Hierfür bedarf es aber wiederum einer Anpassung des Kontrollmaßstabs an die Anforderungen des transnationalen Ordnungskontextes,<sup>342</sup> die jedoch schon *de lege lata* möglich ist: Der *ordre public*-Vorbehalt ist seit jeher wandlungsfähig und wird in zunehmendem Umfang beispielsweise durch europa- und völkerrechtliche Vorgaben sowie durch *soft law*-Instrumente beeinflusst.<sup>343</sup> Solche Vorgaben können den nationa-

<sup>338</sup> BVerfGE 31, 58, 70 ff.; vgl. dazu auch *Schemmer*, Der *ordre public*-Vorbehalt unter der Geltung des Grundgesetzes (1995), 40 ff.

<sup>339</sup> BVerfGE 31, 58, 77.

<sup>340</sup> Etwa *Ferid*, Internationales Privatrecht (3. Aufl. 1986), 103; *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht (9. Aufl. 2004), 520.

<sup>341</sup> Vgl. *Maurer/Renner*, in: ARSP-Beiheft 125 (2010), 207, 220.

<sup>342</sup> Vgl. *Horn*, in: FS Schmidt (2009), 705, 722 f.; *Collins*, in: Grundmann/Möslein/Riesenhuber (Hrsg.), Contract Governance (2015), 383, 405.

<sup>343</sup> *Renner*, Zwingendes transnationales Recht (2010), 56; *von Hein*, in: MüKo BGB, Band 12 (8. Aufl. 2020), Art. 6 EGBGB, Rn. 153 ff. Vgl. speziell zum Einfluss des Europarechts *Basedow*, in: FS Sonnenberger (2004), 291, 293; *Thoma*, Die Europäisierung und Vergegenschaftung des nationalen *ordre public* (2007); *Siehr*, in: FS von Hoffmann (2011), 424,

len *ordre public*-Bestand einerseits anreichern,<sup>344</sup> andererseits aber auch eingrenzen, indem sie eine Rechtfertigungsbedürftigkeit für nationale Sonderwege erzeugen.<sup>345</sup> In diesem Sinne wurde beispielsweise in der vom EuGH entschiedenen Rechtssache *Krombach* die Heranziehung einer verfahrensrechtlichen Vorschrift des deutschen Rechts im Rahmen der *ordre public*-Kontrolle durch ein zur Vollstreckung eines französischen Adhäsionsurteils angerufenen deutschen Gericht letztlich nur deshalb als gerechtfertigt angesehen, weil sie zugleich dem Maßstab des Art. 6 EMRK für das Recht auf ein faires Verfahren entsprach.<sup>346</sup> Für die Anwendung der negativen *ordre public*-Kontrolle bei der Beurteilung transnationaler Verträge ist vor diesem Hintergrund, in Parallele zur Handhabung von Eingriffsnormen, eine Differenzierung erforderlich: Folgen die im Rahmen der *ordre public*-Kontrolle geltend gemachten Grundwertungen der nationalen Rechtsordnung einem transnational einheitlichen oder jedenfalls vereinheitlichungsfähigen Maßstab, ist eine kritische Überprüfung des Anwendungsergebnisses transnationaler Verträge anhand dieser in der Tat angezeigt.<sup>347</sup> Orientierungspunkte für einen solchen transnationalen oder transnationalisierungsfähigen Maßstab können aus Sicht eines deutschen Gerichts etwa die – in privatrechtlichen Vertragsverhältnissen freilich allenfalls mittelbar zum Tragen kommenden – Grundrechte, Grundfreiheiten und allgemeinen Rechtsgrundsätze der EU (Art. 6 Abs. 3 AEUV, einschließlich EMRK) sowie die Menschenrechte der EMRK und der UN-Menschenrechtspakte,<sup>348</sup> aber auch weithin anerkannte *soft law*-Empfehlungen und -Leitlinien wie die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte<sup>349</sup> sein.<sup>350</sup> Wie schon im Zusammenhang mit Eingriffsnor-

---

436; *M. Stürner*, in: FS von Hoffmann (2011), 463 ff.; *M.-P. Weller/De Micheli*, in: FS Thümmel (2020), 967, 974 ff. Vgl. speziell zum Einfluss des Völkerrechts *Voltz*, Menschenrechte und *ordre public* im internationalen Privatrecht (2002), 217 ff. Vgl. speziell zum Einfluss von *soft law*-Instrumenten *Horn*, *RabelsZ* 44 (1980), 423 ff.

<sup>344</sup> Vgl. *M. Stürner*, in: FS von Hoffmann (2011), 463, 464 ff.; *Hemler*, in: BeckOGK (2022), Art. 21 Rom I-VO, Rn. 24 f.; siehe beispielhaft BGHZ 169, 240, 251.

<sup>345</sup> *M. Stürner*, in: FS von Hoffmann (2011), 463, 469 ff.; siehe beispielhaft BGHZ 144, 390, 393.

<sup>346</sup> EuGH, Urteil vom 28.3.2000, Rs. C-7/98 – *Krombach*, Rn. 37 ff.; siehe dazu auch *M. Stürner*, in: FS von Hoffmann (2011), 463, 469 ff.

<sup>347</sup> Vgl. *Renner*, in: Calliess/Renner (Hrsg.), *Rome Regulations* (3. Aufl. 2020), Art. 21 Rome I, Rn. 14, 29 ff.

<sup>348</sup> Vgl. *Renner*, in: von Hein/Rühl (Hrsg.), *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union* (2016), 359, 365; *von Hein*, in: *MüKo BGB*, Band 12 (8. Aufl. 2020), Art. 6 EGBGB, Rn. 153 ff.

<sup>349</sup> *UN Office of the High Commissioner of Human Rights*, *Guiding Principles on Business and Human Rights*, UN doc A/HRC/17/31 (2011), abrufbar unter <[https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf)>.

<sup>350</sup> Vgl. *Horn*, *RabelsZ* 44 (1980), 423, 448 ff.

men kann hinsichtlich eines möglichen methodischen Vorgehens insoweit die internationale Schiedsgerichtsbarkeit als Vorbild dienen, welche in zunehmendem Umfang vom Maßstab eines „transnationalen *ordre public*“ ausgeht und diesen beständig fortentwickelt<sup>351</sup> – ein Trend, dem sich vereinzelt auch schon staatliche Gerichte angeschlossen haben.<sup>352</sup> Stellt sich die im Einzelfall aufgerufene Wertung der Rechtsordnung des Forumstaates hingegen als ausscherender „nationaler Alleingang“ dar, so sollte der *ordre public*-Vorbehalt in Anwendung auf transnationale Verträge insoweit restriktiv gehandhabt und nur dann als *ultima ratio* aktiviert werden, wenn erstens unzweifelhaft eine Grundwertung der inländischen Rechtsordnung betroffen ist, zweitens der Sachverhalt eine besondere Nähebeziehung zu dieser Rechtsordnung aufweist und drittens bei einer Interessenabwägung zwischen der Schwere des Verstoßes einerseits und der Durchbrechung des transnationalen Ordnungszusammenhangs andererseits das spezifische Ordnungsinteresse der Rechtsordnung eindeutig überwiegt.<sup>353</sup>

#### 4. Die Auffangordnung der objektiven Anknüpfungen

In aller Regel wird die Frage des auf einen transnationalen Vertrag anwendbaren Sachrechts schon durch eine ausdrückliche oder konkludente Rechtswahl bestimmt.<sup>354</sup> Sollte eine solche jedoch ausnahmsweise fehlen oder unwirksam sein, ist eine objektive Anknüpfung nach Art. 4 Rom I-VO vorzunehmen. Auch in deren Rahmen kann aber, wie im Folgenden aufgezeigt wird, den Besonderheiten transnationaler Verträge Rechnung getragen werden.

##### a) Einfügung in gesetzliches Leitbild oder Bestimmung der charakteristischen Leistung

Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO bestimmt für eine Reihe von Vertragstypen spezielle Anknüpfungsregeln, etwa für Kaufverträge über bewegliche Sachen (lit. a) und für Dienstleistungsverträge (lit. b). Transnationale typisierte Vertragsgestaltungen wie Dokumentenakkreditive, Konsortialkredite oder Kreditderivate fügen

<sup>351</sup> Grundlegend *Lalive*, in: Sanders (Hrsg.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* (1987), 257, 286 ff. Vgl. auch *Renner*, *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 106 ff.; *Renner*, in: *Callies/Renner* (Hrsg.), *Rome Regulations* (3. Aufl. 2020), Art. 21 Rome I, Rn. 35; *Brekoulakis*, in: *Schultz/Ortino* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Arbitration* (2020), 120, 122 ff.

<sup>352</sup> Etwa das Schweizerische Bundesgericht in BGE 128 III 201, 206 f., allerdings bezogen auf den positiven *ordre public*. Weitere Beispiele bei *Brekoulakis*, in: *Schultz/Ortino* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Arbitration* (2020), 120, 124.

<sup>353</sup> Vgl. *Mills*, *Party Autonomy in Private International Law* (2018), 488.

<sup>354</sup> Vgl. *Grundmann*, in: *Jickeli* (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht, Unternehmensrecht, Informationspflichten im Zivilrecht* (1992), 43, 64.



sich zwar nicht ohne Weiteres in diese gesetzlichen Leitbilder ein, werden aber zumindest teilweise als vom Dienstleistungsbegriff des Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom I-VO erfasst angesehen.<sup>355</sup> In diesem Fall wäre auf das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Dienstleisters abzustellen,<sup>356</sup> andernfalls gemäß der allgemeinen Anknüpfungsregel des Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO auf das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der Partei, welche die für den Vertrag charakteristische Leistung erbringt.

Die Bestimmung einer Partei als Dienstleister bzw. Erbringer der vertragscharakteristischen Leistung kann in transnationalen Vertragskonstellationen jedoch Schwierigkeiten bereiten. Auf welche Partei wäre beispielsweise in einem auf Musterdokumenten der ISDA beruhenden Swap-Vertrag abzustellen, bei welchem jede Partei zu einer inhaltlich identischen Leistung verpflichtet sein kann?<sup>357</sup> Welche Partei erbringt im Innenverhältnis von Konsortialkreditgebern die Dienst- bzw. vertragscharakteristische Leistung; insbesondere dann, wenn der *arranger* nicht selbst Teil des Konsortiums ist oder wenn einzelne Konsortialkreditanteile zwischenzeitlich an Dritte veräußert worden sind? Doch selbst in Fällen, in welchen die Bestimmung eines Dienstleisters bzw. Erbringers der charakteristischen Leistung unschwer möglich wäre – beispielsweise des Sicherungsgebers in einem Kreditderivatvertrag oder des Teilkreditgebers im Verhältnis zum Kreditnehmer eines Konsortialkredits –, kann sich ein Abstellen auf dessen gewöhnlichen Aufenthalt im Einzelfall als nicht interessengerecht darstellen: Hätten etwa mehrere Teilkreditgeber eines Konsortialkreditvertrages ihren gewöhnlichen Aufenthalt in unterschiedlichen Staaten oder wäre ein Derivat-

---

<sup>355</sup> So etwa für Derivate *Lehmann*, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Internationales Finanzmarktrecht, Rn. 547; a.A. *Wilhelmi*, RIW 2016, 253, 257, der auch insoweit auf Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO abstellt. Obschon Derivate als Finanzinstrumente einzustufen sind, greift der spezielle Tatbestand des Art. 4 Abs. 1 lit. h Rom I-VO zu Verträgen über den Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten innerhalb eines multilateralen Systems hier grundsätzlich nicht, weil darunter nur Geschäfte über zentralisierte Börsen oder Handelsplattformen unter Einschaltung eines Marktbetreibers fallen, nicht aber die für das Vertragsrechtsregime der ISDA typischen Vertragsschlüsse *over the counter*. Allenfalls für den Erwerb bestehender Derivate an Börsen oder zentralen Handelsplattformen kann auf Art. 4 Abs. 1 lit. h Rom I-VO abzustellen sein, auch dann allerdings nur für das Börseninnenrecht; siehe *Lehmann*, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Internationales Finanzmarktrecht, Rn. 553; *Martiny*, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 4 Rom I-VO, Rn. 159 ff.; vgl. auch *Wilhelmi*, RIW 2016, 253, 255, 259.

<sup>356</sup> So für die einzelnen Rechtsverhältnisse beim Dokumentenakkreditiv *Thorn*, in: Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band 3 (5. Aufl. 2023), Art. 4 Rom I-VO, Rn. 51 f.

<sup>357</sup> Vgl. zu dieser Konstellation *Lehmann*, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Internationales Finanzmarktrecht, Rn. 548; ferner *von Hein*, in: FS Hopt (2020), 1405, 1406; *Thorn*, in: Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band 3 (5. Aufl. 2023), Art. 4 Rom I-VO, Rn. 161.



vertrag mit *back-to-back* Verträgen verbunden, deren Sicherungsgeber wiederum in unterschiedlichen Staaten ansässig wären, wäre bei Abstellen auf den gewöhnlichen Aufenthalt ein rechtlicher Gleichlauf der aufeinander bezogenen Vertragsverhältnisse nicht gewährleistet. An diesen Komplikationen zeigt sich einmal mehr, dass sich räumliche Anknüpfungskriterien wie der gewöhnliche Aufenthalt für die kollisionsrechtliche Behandlung transnationaler Verträge als nur begrenzt tauglich erweisen.<sup>358</sup> Den Besonderheiten dieser Verträge kann deshalb im Regelfall besser durch eine flexible objektive Anknüpfung nach Art. 4 Abs. 3 oder Abs. 4 Rom I-VO entsprochen werden.

*b) Korrektiv der offensichtlich engeren oder engsten Verbindung*

Auch wenn sich das anwendbare Recht nach Art. 4 Abs. 1 oder Abs. 2 Rom I-VO ermitteln lässt, erlaubt Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO die Anknüpfung an das Recht eines anderen Staates, wenn der Vertrag zu diesem eine „offensichtlich engere Verbindung“ aufweist. Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO erfasst demgegenüber Verträge, die weder einen Katalogtatbestand des Abs. 1 erfüllen noch eine charakteristische Leistung im Sinne des Abs. 2 aufweisen, und unterstellt diese dem Recht des Staates, zu dem die „engste Verbindung“ besteht. Sowohl das Vorliegen einer „engeren“ als auch der „engsten“ Verbindung ist dabei anhand einer Gesamtschau aller vertragsrelevanten Umstände zu ermitteln.<sup>359</sup> Üblicherweise herangezogene Anhaltspunkte sind dabei zum Beispiel der Abschluss- oder der Erfüllungsort oder ein gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt der Parteien.<sup>360</sup> Was nun aber transnationale Verträge besonders charakterisiert, sind nicht derlei ortsbezogene Faktoren, sondern das objektive Beruhen auf einem transnationalen Musterdokument sowie die subjektive Bezugnahme auf den Anwendungskontext des zugehörigen transnationalen Vertragsrechtsregimes. Auch hieraus kann sich jedoch – zwar nicht unmittelbar in räumlicher, wohl aber in funktionaler Hinsicht – eine „engere“ oder „engste“ Verbindung zu einem bestimmten staatlichen Vertragsrecht ergeben. So sind transnationale Musterdokumente häufig auf bestimmte nationale Rechtsordnungen abgestimmt; die Muster der LMA beispielsweise auf das englische Recht (wobei auch Versionen für das deutsche, französische und spanische Recht bereitgestellt werden), die Muster der ISDA auf das englische oder New Yorker Recht (wobei auch Versionen für das französische und irische Recht verfügbar sind).<sup>361</sup> Verwenden die Parteien eines transnationa-

<sup>358</sup> Vgl. *Berger*, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 24.

<sup>359</sup> Vgl. *Martiny*, in: *MüKo BGB*, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 4 Rom I-VO, Rn. 298 f., 318.

<sup>360</sup> Vgl. *Spickhoff*, in: *BeckOK BGB* (65. Ed. 2023), Art. 4 Rom I-VO, Rn. 81 f., 85.

<sup>361</sup> Bezüglich der ERA ist eine solche Abstimmung der Musterregelungen auf eine oder mehrere spezifische Rechtsordnungen hingegen bislang nicht zu beobachten, sodass es bei Do-

len Vertrages unter Verzicht auf eine Rechtswahlklausel ein entsprechendes Musterdokument, so bietet eine Anknüpfung an das diesem zugrunde liegende oder bei gleichgelagerten Verträgen üblicherweise verwendete Recht im Regelfall die höchste Wahrscheinlichkeit einer möglichst präzisen Umsetzung des intendierten Vertragsprogramms. Zugleich gewährleistet sie die rechtliche Anschlussfähigkeit des Vertrages an andere dem transnationalen Vertragsrechtsregime zugehörige Einzelverträge. Vor diesem Hintergrund kann, freilich vorbehaltlich entgegenstehender Parteiäußerungen, im Zweifel davon ausgegangen werden, dass bei Vorliegen eines transnationalen Vertrages eine offensichtlich engere Verbindung nach Art. 4 Abs. 3 oder eine engste Verbindung nach Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO zu der staatlichen Rechtsordnung besteht, auf welche das jeweilige transnationale Vertragsrechtsregime im Allgemeinen und das konkret verwendete Musterdokument im Speziellen abgestimmt sind. Auch hier verbleiben aber die vorrangigen objektiven Schutzzvorschriften der Art. 5 bis 8 Rom I-VO sowie die Möglichkeiten der Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen nach Art. 9 Rom I-VO und des *ordre public*-Vorbehalts des Art. 21 Rom I-VO als Korrektive, um eine gesamtgesellschaftliche Rückbindung des zu beurteilenden Einzelvertrages sowie mittelbar auch des einschlägigen transnationalen Vertragsrechtsregimes selbst sicherzustellen.

#### IV. Zwischenergebnis

Transnationale Vertragsrechtsregime und staatliches Recht können sich zunächst auf der Ebene der kollisionsrechtlichen Beurteilung transnationaler Verträge begegnen. Die Aufgabe des Kollisionsrechts liegt nach traditionellem Verständnis in der Zuordnung von Rechtsverständnissen zu ihrem „natürlichen“ Sitz, verstanden als dem räumlich am engsten mit dem Sachverhalt verbundenen staatlichen Recht. Auf dieser Grundlage realisiere sich idealiter ein internationaler Entscheidungseinklang, wenn alle staatlichen Rechtsordnungen und Gerichte nach den gleichen objektiven kollisionsrechtlichen Maßgaben vorgehen. Für den Umgang mit dem Phänomen des transnationalen Vertrages erweist sich dieser Ansatz allerdings als nur begrenzt geeignet. Einerseits fehlt es an der Bedingung weltweit einheitlicher oder aufeinander abgestimmter Maßstäbe der objektiven Anknüpfung, andererseits wird die isolierte Zuordnung nach räumlichen

---

kumentenakkreditiven im Regelfall mit einer Anknüpfung nach Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO sein Bewenden hat. Siehe dazu Haas, in: Ellenberger/Bunte (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch (6. Aufl. 2022), § 103, Rn. 438.

Kriterien in grenzüberschreitenden komplexen Vertragsverhältnissen nicht nur immer schwieriger, sondern auch immer weniger aussagekräftig.

Praktisch wesentlich relevanter ist deshalb die subjektive Anknüpfung nach dem Parteiwillen, die sich insbesondere im Internationalen Schuldvertragsrecht in nahezu allen Jurisdiktionen zum primären Anknüpfungsprinzip entwickelt hat. Die Eröffnung von Rechtswahlmöglichkeiten ist für den responsiven Umgang mit transnationalen Verträgen und die Funktionalität transnationaler Vertragsrechtsregime von entscheidender Bedeutung, weil sie deren zielgenaue sowie grenzüberschreitend und einzelvertragsübergreifend vereinheitlichte funktionale Rückkopplung an das staatliche Recht absichert. Zumindest zum gegenwärtigen Zeitpunkt gehen die meisten staatlichen Rechtsordnungen allerdings nicht so weit, eine kollisionsrechtliche Rechtswahl zugunsten nichtstaatlicher Regelwerke wie etwa der transnationalen Musterdokumente von ICC, LMA und ISDA zuzulassen. Trotz der rechtspolitischen Fragwürdigkeit dieses Ausschlusses gilt auch für die aus Sicht eines Anwenders der deutschen Rechtsordnung maßgebliche Rom I-VO *de lege lata* nichts anderes. Dennoch eröffnen sich Möglichkeiten, den Besonderheiten transnationaler Verträge schon im geltenden Kollisionsrecht Rechnung zu tragen. Hierfür muss jedoch das überkommene territoriale Kollisionsrechtsverständnis um ein funktionales Paradigma ergänzt und der „Sitz“ des Rechtsverhältnisses nicht mehr in erster Linie räumlich, sondern gesellschaftlich bestimmt werden.<sup>362</sup>

Dazu gehört es, eine nicht mehr an territorialen, sondern an funktionalen Kriterien ausgerichtete Rechtswahl staatlicher Rechtsordnungen weitestgehend zu ermöglichen und zu erleichtern. Dies äußert sich zunächst in einem großzügigen Umgang mit den Anwendungsvoraussetzungen des Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO, die den Weg zur Rechtswahlfreiheit des Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO erschließen, sowie in einer entsprechend restriktiven Auslegung der territorial konnotierten Bereichsausnahmen des Art. 1 Abs. 2 Rom I-VO. Auch die Anforderungen an Rechtswahlvereinbarungen, etwa hinsichtlich der Bestimmtheit der Rechtswahlklärung nach Art. 3 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO oder der materiellrechtlichen Wirksamkeitsprüfung einschließlich einer möglichen AGB-Kontrolle, können im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen auf die spezifischen normativen Erwartungshaltungen des einschlägigen Gesellschaftsbereichs abgestimmt werden. Schließlich bedarf es der Zurückhaltung bei der Anwendung territorialitätsbezogener Einschränkungen der Rechtswahlfreiheit, insbesondere der Annahme von Inlands- und Binnenmarktsachverhalten nach Art. 3 Abs. 3 und Abs. 4 Rom I-VO.

Anderes gilt hingegen für primär funktional begründete Begrenzungen der Rechtswahlfreiheit, wie die Einschränkungen zugunsten Schwächerer in den

---

<sup>362</sup> Vgl. *Fischer-Lescano/Teubner, Regime-Kollisionen* (2006), 69 f.

Art. 5 bis 8 Rom I-VO und Art. 46b EGBG sowie zugunsten von Dritt- und Allgemeininteressen in Art. 9 und 21 Rom I-VO. Da es auf der transnationalen Ordnungsebene bislang weitgehend an eigenständigen Institutionen und Mechanismen fehlt, die eine umfassende gesamtgesellschaftliche Rückbindung bereichsspezifischer Ordnungsregime wie den Vertragsrechtsregimen von ICC, LMA und ISDA gewährleisten könnten, kommt dem staatlichen Recht insoweit eine essenzielle Lückenfüllungsfunktion zu. Auch hierbei ist aber dem transnationalen Kontext Rechnung zu tragen, indem insbesondere die Maßstäbe der vorzunehmenden Einschränkungen auf Transnationalisierungsfähigkeit überprüft und nur bejahendenfalls großzügig auf transnationale Verträge angewendet werden. Demgegenüber sollten, um das transnationale Ordnungsgefüge nicht zu untergraben und die einschlägige nationalstaatliche Rechtsordnung nicht als mit diesem inkompatibel zu gestalten, nationalrechtliche Begrenzungen, die gerade nicht auf transnationalisierungsfähige Ordnungsgedanken sondern auf nationale Idiosynkrasien zurückgeführt werden können, nur bei unmittelbarer Nähebeziehung des Sachverhalts zum betreffenden Staat und einem eindeutigen Überwiegen von dessen Ordnungsinteressen als *ultima ratio* zum Tragen kommen.

Schließlich sollte die bei einem ausnahmsweisen Fehlen einer Rechtswahlvereinbarung in einem transnationalen Vertrag erforderliche objektive Anknüpfung nach Art. 4 Rom I-VO primär unter Rückgriff auf die Kriterien der „engeren Verbindung“ bzw. „engsten Verbindung“ in Art. 4 Abs. 3 und Abs. 4 Rom I-VO erfolgen und sich im Zweifel danach ausrichten, welche Anknüpfung dem transnationalen Ordnungskontext des zu beurteilenden Vertrages am ehesten gerecht wird sowie der überwiegenden Zahl gleichgelagerter Verträge zugrunde liegt.

## § 5 Transnationale Verträge im materiellen Vertragsrecht

Ist die kollisionsrechtliche Prüfung abgeschlossen und das auf einen transnationalen Vertrag anwendbare Vertragsstatut ermittelt, stellt sich sodann auch auf der sachrechtlichen Ebene die Frage nach Möglichkeiten eines responsiven Umgangs mit dem transnationalen Ordnungskontext des zu beurteilenden Einzelvertrages.<sup>1</sup> Dabei wird die von *Erik Jayme* diagnostizierte Grundproblematik virulent, dass sich die in den Vorschriften des nationalen Vertragsrechts zumeist abgebildeten „inländischen Interessenlagen nicht ohne Weiteres auf den internationalen Geschäftsverkehr übertragen lassen“.<sup>2</sup> Für durch transnationale Vertragsrechtsregime geprägte Geschäftsbereiche gilt dies umso mehr. Denn hier ist nicht mehr nur der Tatsache der Grenzüberschreitung, sondern auch der von privaten Organisationen beeinflussten normativen Vorprägung und Verknüpfung einer Vielzahl gleichgelagerter Einzelverträge Rechnung zu tragen. Das verlangt nach einer Rekalibrierung des nationalen materiellen Vertragsrechts, die darauf abzielt, den durch das Kollisionsrecht zunächst „(re-)lokalisierten“ bzw. „(re-)nationalisierten“ Einzelvertrag aus einer isolierten Betrachtung als bilaterales *meeting of the minds* zu befreien und auch dessen Einfügung in einen transnationalen Ordnungszusammenhang bei der Rechtsanwendung mitzubedenken.<sup>3</sup> Der folgende Abschnitt der Untersuchung geht der Frage nach, wie eine solche, „transnational brauchbare“ Auslegung<sup>4</sup> speziell des deutschen Vertragsrechts aussehen könnte. Hierfür wird der Ansatz einer „rechtswahlfreundlichen Auslegung“ vorgeschlagen, der im Rahmen des *de lege lata* Möglichen auf eine Annäherung der Wertungen des materiellen Vertragsrechts an die zuvor entwickelten kollisionsrechtlichen Maßgaben zum Umgang mit transnationalen Verträgen abzielt.

---

<sup>1</sup> Zum Gedankengang einer kollisionsrechtlichen „Zwei-Stufen-Theorie“, nach welcher der Internationalität eines Sachverhalts sowohl auf kollisionsrechtlicher Verweisungsebene als auch auf Sachrechtsebene Rechnung zu tragen ist, vgl. *Mansel*, Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität (1988), 49 f.; ähnlich *Stoll*, in: FS Kegel (1987), 623, 636.

<sup>2</sup> *Jayme*, ZHR 142 (1978), 105, 106; siehe auch *Stoll*, in: FS Kegel (1987), 623, 637 f.

<sup>3</sup> Vgl. *Wielsch*, in: FS Teubner (2009), 395, 398, 403 ff.; ferner *Choi/Gulati*, Mich. L. Rev. 104 (2006), 1129, 1130, 1145 ff.

<sup>4</sup> Angelehnt an die Formulierung „international brauchbare“ Auslegung von *Berger*, in: FS Sandrock (2000), 49.

## I. Vertragsfreiheit als Scharnier zur transnationalen Ordnungsebene

In Parallele zur kollisionsrechtlichen Rechtswahlfreiheit ist der materiellrechtliche Ausgangspunkt einer responsiven Verarbeitung transnationaler Verträge die Vertragsfreiheit.<sup>5</sup> Sie erlaubt dem Einzelnen eine willensgesteuerte Selbstgestaltung der eigenen bi- und multilateralen Rechtsbeziehungen<sup>6</sup> und stellt damit geradezu den Archetyp einer für gesellschaftliche Steuerungspotenziale empfänglichen Ausgestaltung des staatlichen Privatrechts dar.<sup>7</sup> Im Hinblick auf transnationale Verträge setzt die Vertragsfreiheit den Rahmen für eine Öffnung, aber auch Verschließung des materiellen Vertragsrechts gegenüber den externen normativen Vorgaben transnationaler Vertragsrechtsregime wie derjenigen von ICC, LMA und ISDA.<sup>8</sup> Wie dieser Rahmen im deutschen Vertragsrecht abgesteckt ist und im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen kontextsensibel gehandhabt werden kann, wird im Folgenden anhand spezifischer Anwendungsprobleme des Vertragsschlusses, der Bestimmung des Vertragsinhalts sowie der Begrenzungen der Vertragsfreiheit demonstriert.

## II. Anforderungen an den Vertragsschluss

Ein erstes Anwendungsproblem, das sich im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen stellen kann, betrifft schon das Zustandekommen des Vertrages: Welche formellen und inhaltlichen Anforderungen sind an den Vertragsschluss zu stellen? Bei den häufig komplexen transnationalen Verträgen im Finanzbereich sind schriftliche Vertragsschlüsse mit hohem Detailgrad zwar der unproblematische Regelfall. Gerade bei häufig durchgeführten standardisierten Transaktionen zwischen in laufender Geschäftsbeziehung stehenden oder regelmäßig am Markt aktiven Beteiligten kann es aber durchaus auch zu nur mündlichen, oftmals tele-

---

<sup>5</sup> Vgl. *Schanze*, in: Nobel (Hrsg.), *International Standards and the Law* (2005), 83, 91; *Cuniberti*, *Colum. J. Transnat'l L.* 52 (2013), 369, 375; im Ansatz auch *Horn*, *RabelsZ* 44 (1980), 423, 439.

<sup>6</sup> Zur Privatautonomie statt aller *Flume*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Zweiter Band (4. Aufl. 1992), § 1. Zum Zusammenhang zwischen Privatautonomie und Vertragsfreiheit umfassend *Busche*, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang* (1999), 46 ff., 63 ff.

<sup>7</sup> *Wielsch*, *Mod. L. Rev.* 81 (2018), 958, 962. In *Luhmanns Systemtheorie* stellt der Vertrag deshalb die strukturelle Kopplung zwischen Rechts- und Wirtschaftssystem dar, der die beiden Systeme zur wechselseitigen Beschreibung und Beobachtung befähigt; siehe dazu *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft* (1993), 463 f.

<sup>8</sup> Vgl. *Schanze*, in: *Zumbansen/Callies* (Hrsg.), *Law, Economics and Evolutionary Theory* (2011), 335, 340 f.; *Jarass*, *Privates Einheitsrecht* (2019), 107.



fonisch getätigten Abreden kommen.<sup>9</sup> So sind in manchen Geschäftsbereichen des Finanzverkehrs sog. *rough-and-ready agreements* verbreitet, die sich im Wesentlichen auf die wirtschaftlichen Aspekte einer Transaktion beschränken.<sup>10</sup> Detailvereinbarungen zu vertraglichen Rechten und Pflichten werden dann erst im Nachhinein oder, bei zeitnahe Vollzug des Geschäfts, gegebenenfalls überhaupt nicht mehr verschriftlicht.

Beispielhaft dafür steht der vom englischen High Court im Jahr 2007 entschiedene Fall *Bear Stearns Bank Plc. v. Forum Global Equity Ltd.*:<sup>11</sup> Die klagende Bear Stearns Bank verlangte von der beklagten Fondsgesellschaft Forum Global Equity die Übertragung von notleidenden Kreditforderungen gegenüber dem zum damaligen Zeitpunkt im Insolvenzverfahren befindlichen italienischen Lebensmittelkonzern Parmalat. Zwischen den Parteien war unstrittig, dass mehrere Telefongespräche zwischen einem Vertreter von Bear Stearns und einem Vertreter der Forum Global Equity Ltd. stattgefunden hatten, in welchen die beiderseitige Absicht für eine entsprechende Transaktion erklärt und ein Kaufpreis veranschlagt worden waren. Die Festlegung des konkreten Übertragungszeitpunkts wurde aber ebenso wie andere Detailvereinbarungen zu gegenseitigen Rechten und Pflichten einer späteren schriftlichen Abstimmung überlassen. Eine solche blieb jedoch aus und die Beklagte verweigerte aus diesem Grund die Durchführung der Transaktion. Während die Klägerin – die sich ihrerseits zwischenzeitlich einem Dritten gegenüber zur Weiterveräußerung der vermeintlich erworbenen Kreditforderungen verpflichtet hatte – den geltend gemachten Erfüllungsanspruch schon durch die mündliche Abrede begründet sah und für die Ausfüllung von Details wie den konkreten Übertragungszeitpunkt auf die Möglichkeit der Heranziehung der Bedingungen des einschlägigen Mustervertrages der LMA verwies (LMA Standard Terms and Conditions for Distressed Trade Transactions), berief sich die Beklagte auf die fehlende Bestimmtheit der telefonisch getroffenen Vereinbarung, die allenfalls ein *agreement to agree*, aber keinen bindenden Vertrag dargestellt habe. Der High Court gab der Klägerin Recht. Bei der Beurteilung, ob die telefonische Absprache bereits als bindender Vertragsschluss zu werten sei, müsse auf die Perspektive eines vernünftigen, mit den Gepflogenheiten des einschlägigen Marktbereichs vertrauten Verhandlungspartners abgestellt werden.<sup>12</sup> Und da in dem betreffenden Marktsegment die telefonische Ver-

---

<sup>9</sup> Am Beispiel von Derivatverträgen *Hartenfels*, ZHR 178 (2014), 173, 175, 177; *Beck/Dietenberger*, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar (3. Aufl. 2020), 23. Kapitel, Rn 12.

<sup>10</sup> *Mugasha*, BFLR 26 (2011), 381, 414 ff.

<sup>11</sup> *Bear Stearns Bank Plc. v. Forum Global Equity Ltd.* [2007] EWHC 1576 (Comm).

<sup>12</sup> *Bear Stearns Bank Plc. v. Forum Global Equity Ltd.* [2007] EWHC 1576 (Comm), Rn. 170 ff.

einbarung von Transaktionen üblich sei und ein Rechtsbindungswillen auch schon dann gegeben sein könne, wenn Details des Leistungsaustauschs einer späteren schriftlichen Abstimmung überlassen blieben, sei von einem wirksamen Vertragsschluss auszugehen. Die Ausfüllung etwaiger Lücken könne bei entsprechender Verwendungsabsicht der Parteien anhand der Standardbedingungen eines einschlägigen Mustervertrages, andernfalls im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung erfolgen.<sup>13</sup>

Wie wäre die Frage des Vertragsschlusses in diesem Fall zu beurteilen gewesen, wenn deutsches Recht zur Anwendung gekommen wäre? Auch im deutschen Vertragsrecht gilt zunächst der Grundsatz der Formfreiheit, der vorbehaltlich spezieller Formvorschriften einen auch nur mündlichen Vertragsschluss erlaubt. Dennoch müssen auch bei diesem die nach §§ 145 ff. BGB korrespondierenden Willenserklärungen grundsätzlich zumindest die *essentialia negotii*, also alle wesentlichen Eckpunkte des Vertrages wie Parteien, Leistung und Gegenleistung enthalten sein.<sup>14</sup> Daran könnte man in der hier diskutierten Konstellation zweifeln, weil mit dem Durchführungszeitpunkt der Transaktion ein für beide Parteien offensichtlich relevantes Leistungselement noch nicht festgelegt war. Indes genügt es den Bestimmtheitsanforderungen auch des deutschen Rechts, wenn der wesentliche Vertragsinhalt zwar nicht bestimmt, aber im Wege der Auslegung und unter Einbeziehung der Umstände zumindest eindeutig bestimmbar ist.<sup>15</sup> Gerade unter professionellen Akteuren dürften hier bei responsiver Auslegung keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sein. Ein Gesichtspunkt wie der im Beispielsfall streitgegenständliche Leistungszeitpunkt kann, wenn nicht vereinbart, zunächst durch ergänzende Vertragsauslegung bestimmt werden, für welche sich im Falle transnationaler Verträge der Rückgriff auf die Bestimmungen des einschlägigen Musterdokuments anbietet.<sup>16</sup> Zudem kann erforderlichenfalls subsidiär auf das dispositives Recht (im Beispielsfall § 271 BGB) abgestellt werden. Vor diesem Hintergrund bietet auch das deutsche Vertragsrecht Möglichkeiten zu einem responsiven Umgang mit dem Problem des Vertragsschlus-

---

<sup>13</sup> *Bear Stearns Bank Plc. v. Forum Global Equity Ltd.* [2007] EWHC 1576 (Comm), Rn. 158 ff. Der High Court machte hier von letzterer Möglichkeit Gebrauch, da er keine beiderseitige Verwendungsabsicht hinsichtlich des LMA Musterdokuments als nachgewiesen ansah (siehe dazu die Rn. 141 ff. des Urteils).

<sup>14</sup> Vgl. statt aller *Busche*, in: MüKo BGB, Band 1 (9. Aufl. 2021), § 145, Rn. 6.

<sup>15</sup> Etwa BGHZ 166, 369, 372; BGH NJW 1967, 153; *Busche*, in: MüKo BGB, Band 1 (9. Aufl. 2021), § 145, Rn. 6; *Mansel*, in: Jauernig, BGB (18. Aufl. 2021), § 145, Rn. 2; *Eckert*, in: BeckOK BGB (65. Ed. 2023), § 145, Rn. 34.

<sup>16</sup> Vgl. am Beispiel *ERA Collins*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 121, 133 f. Ausführlich zur Lückenschließung bei transnationalen Verträgen unten § 5 III. 2. (S. 275 ff.).

ses im transnationalen Ordnungskontext und hätte im hier diskutierten Fallbeispiel zu keinem anderen Ergebnis geführt.

### III. Bestimmung des Vertragsinhalts

Schwieriger als die Feststellung des Vertragsschlusses kann sich allerdings die Ermittlung des konkreten Inhaltes eines transnationalen Vertrages gestalten. Was genau bedeuten beispielsweise in der Finanzvertragspraxis gängige Begriffe wie „Default“, „Cross-default“, „Limited Recourse“ oder „Termination Event“, die typischerweise auch in solchen transnationalen Verträgen verwendet werden, die deutschem Recht und damit gemäß Art. 12 Abs. 1 lit. a Rom I-VO zugleich deutschen Auslegungsregeln unterliegen?<sup>17</sup> Wann begründet schon eine nur drohende Zahlungsunfähigkeit ein „Kreditereignis“ bzw. „Credit Event“ im Sinne eines Derivatvertrages und löst die aus diesem resultierenden Zahlungspflichten des Sicherungsgebers aus? Können gegen eine zunächst erfüllte Akkreditivverpflichtung im Rückforderungsprozess auch Einwendungen aus dem die ursprüngliche Zahlungsschuld begründenden Grundverhältnis geltend gemacht werden?<sup>18</sup> Inwieweit müssen sich die Konsorten eines Konsortialkredits gegenseitig aufklären, wenn einer von ihnen Informationen über die finanzielle Situation des Kreditnehmers erhält, welche potenziell auch für die Werthaltigkeit der Rückzahlungsansprüche der Mitkonsorten von Bedeutung sind?<sup>19</sup> Auf viele dieser in der Praxis bereits relevant gewordenen speziellen Fragestellungen findet man in transnationalen Einzelverträgen keine ausdrückliche Antwort. Dies ist kaum verwunderlich: Jeder Vertrag ist unvermeidbar interpretationsbedürftig und es wäre nicht nur unwirtschaftlich, sondern auch kognitiv unmöglich, bei Vertragsschluss alle Umstände und künftigen Entwicklungen, die sich auf das Vertragsverhältnis auswirken können, zu antizipieren und bis ins letzte Detail vorab zu regeln.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Mit weiteren Beispielen *Berger*, in: Bierbaum (Hrsg.), *So investiert die Welt* (2008), 33, 41 f. Bemerkenswerterweise sind gerade im grenzüberschreitenden Finanzverkehr auch Verträge, die dem deutschen Recht unterliegen, häufig in englischer Sprache verfasst; vgl. *Maier-Reimer*, *AnwBl* 2010, 13; *Renner/Leidinger*, *BKR* 2015, 499, 500, Rn. 14; *Höbel*, *Vertragsauslegung bei Auseinanderfallen von Vertragssprache und Sprache des anwendbaren Rechts* (2017), 1, 28; *Triebel/Vogenaue*, *Englisch als Vertragssprache* (2018), 1 ff.

<sup>18</sup> Mit weiteren Beispielen *Berger*, in: FS Schütze (1999), 103, 108 ff.

<sup>19</sup> Vgl. *Renner*, *ZBB* 2018, 278, 286 f.

<sup>20</sup> Grundlegend zur Theorie unvollständiger Verträge *Grossmann/O. Hart*, *J. Political Econ.* 94 (1986), 691 ff.; *O. Hart/Moore*, *Econometrica* 56 (1988), 755 ff.; *O. Hart*, *J. L. Econ. & Org.* 4 (1988), 119 ff.

Für die Beantwortung der Frage, ob und in welcher Weise ein Vertrag eine bestimmte Situation im Rechtsverhältnis der Vertragsparteien erfasst, ist deshalb vorrangig eine Auslegung bestehender Vertragsvereinbarungen und subsidiär eine über den niedergelegten Vertragsinhalt hinausgehende Lückenfüllung vorzunehmen. Ziel der vorrangigen Vertragsauslegung ist dabei grundsätzlich die möglichst exakte Umsetzung des von den Parteien tatsächlich gewollten Rechte- und Pflichtenprogramms,<sup>21</sup> wohingegen sich die subsidiäre Lückenschließung daran orientiert, was die Parteien hypothetisch vereinbart hätten, hätten sie die jeweilige Situation *ex ante* bedacht.<sup>22</sup> Das deutsche Recht geht hierbei – anders als etwa das schweizerische Recht, das sich in Art. 1 ZGB zur Unvollständigkeit der staatlichen Rechtsordnung bekennt und die Rolle des Lückenfüllers ausdrücklich dem Richter zuweist – zumindest konzeptionell vom Ideal der vollständigen Vertragsrechtsordnung aus: Alle Fragen, die von den Parteien nicht schon selbst erwogen und geregelt werden, sollen grundsätzlich aus dem kodifizierten staatlichen Recht heraus beantwortet werden können.<sup>23</sup> Jenseits des zwingenden Rechts, das ohnehin und unabhängig vom Parteiwillen Geltung beansprucht, seien im Einzelfall identifizierte Vertragslücken deshalb, jedenfalls nach weit verbreiteter Auffassung, primär unter Heranziehung des dispositiven staatlichen Vertragsrechts einschließlich der zivilrechtlichen Generalklauseln auszufüllen.<sup>24</sup> Dahinter steht der Gedanke, dass der in der eigenen Rechtsordnung verankerte Interessenausgleich im Zweifel von vernünftigen Parteien genauso getroffen worden wäre.<sup>25</sup> Deshalb sei auch zu unterstellen, dass die Parteien ihrem Vertrag implizit die Regeln des dispositiven Gesetzesrechts zugrunde legen würden.<sup>26</sup> Bei alltäglichen Geschäften wie einem einfachen Warenkauf erscheint diese Annahme ebenso plausibel wie bei komplexeren, aber im staatlichen Recht seit Langem etablierten Vertragstypen, beispielsweise dem Wohnraummietver-

<sup>21</sup> Vgl. *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge (2001), 173; *G. Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), 47.

<sup>22</sup> Vgl. BGHZ 9, 273, 278; BGHZ 84, 1, 7; BGHZ 90, 69, 77; BGHZ 127, 138, 142; BGHZ 137, 153, 157.

<sup>23</sup> Die vermeintliche Vollständigkeit der Vertragsrechtsordnung wird z. B. in der Broschüre „Law – Made in Germany“ beworben; siehe Bundesnotarkammer u. a. (Hrsg.), Law – Made in Germany (3. Aufl. 2014), abrufbar unter <<https://dav-international.eu/files/dav-international/downloads/law-made-in-germany-en.pdf>>, 6 ff.

<sup>24</sup> Für einen vorrangigen Rückgriff auf das dispositive Recht vor der ergänzenden Vertragsauslegung etwa BGHZ 40, 91, 103; BGHZ 77, 301, 304; BGHZ 90, 69, 75; BGHZ 143, 103, 120; BGHZ 158, 201, 206; BGHZ 176, 244, 255; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs (4. Aufl. 2016), Rn. 534; *H. Roth*, in: Staudinger (2020), § 157, Rn. 23. Ausführlich zum Meinungsstand *Möslein*, Dispositives Recht (2011), 83 ff.

<sup>25</sup> Für eine ausführliche Darstellung und Kritik dieses Ansatzes siehe *Ayres/Gertner*, Yale L. J. 99 (1989), 87, 89 ff.

<sup>26</sup> So etwa ausdrücklich BGHZ 40, 91, 103; vgl. auch *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 285.

trag. Hier ist es für die Parteien zumeist schon unter Transaktionskostengesichtspunkten unwirtschaftlich, von den vielfach erprobten Regeln des dispositiven Rechts abzuweichen.<sup>27</sup> Es verwundert deshalb nicht, dass es im deutschen Rechtsraum – anders als etwa im angloamerikanischen – selbst im Geschäftsleben durchaus nicht unüblich ist, Verträge knapp zu fassen und im Übrigen weitgehend auf das Gesetzesrecht zu vertrauen.<sup>28</sup>

Im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen werfen diese überkommenen Ansätze der Auslegung und Lückenfüllung allerdings erhebliche Schwierigkeiten auf. Das erste Problem hierbei betrifft die Ausrichtung der Auslegung vorhandener Vertragsvereinbarungen am Maßstab des „tatsächlichen“ Parteiwillens. Gerade bei komplexen Vertragskonstrukten, die unter Verwendung umfangreicher transnationaler Musterdokumente wie derjenigen von ICC, LMA oder ISDA geschlossen werden, dürfte es im Regelfall unrealistisch sein, den Parteien mehr als einen bloß generalisierten tatsächlichen Anwendungswillen bezüglich der Muster zu unterstellen, etwa eine bewusste Reflektion oder auch nur eine tatsächliche Kenntnis sämtlicher in diesen enthaltenen Einzelbestimmungen. Der Rückgriff auf derartige Musterdokumente soll die Verwender ja gerade von der Notwendigkeit einer Aushandlung rechtlicher Detailfragen befreien und hierdurch eine Fokussierung auf die wirtschaftlich relevanten Kernpunkte einer Transaktion ermöglichen. Diesem Umstand muss bei der Bestimmung des grundsätzlich vorrangig am tatsächlichen Parteiwillen orientierten Auslegungsmaßstabs Rechnung getragen werden.

Die zweite Schwierigkeit betrifft den primär am dispositiven Vertragsrecht orientierten Maßstab der Lückenfüllung: Dokumentenakkreditiv, Konsortialkredit und Kreditderivat entsprechen, wie auch andere maßgeblich über transnationale Vertragsrechtsregime vorgeprägte Vertragstypen, in ihren Besonderheiten nämlich keinem gesetzlichen Leitbild, das hierfür zuverlässige Orientierung bieten könnte. Es blieben deshalb nach herkömmlicher Herangehensweise grundsätzlich nur die Möglichkeiten der Heranziehung zumindest ansatzweise vergleichbarer gesetzlich kodifizierter Vertragstypen – wie es beispielsweise in der deutschen Rechtsprechung durch Rekurs auf das Mietrecht nach §§ 535 ff. BGB für das Finanzierungsleasing erfolgt<sup>29</sup> – oder aber eines umfassenden Rück-

---

<sup>27</sup> Vgl. *Kötz*, JuS 2013, 289, 292 f.; ähnlich *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge (2001), 106 f.

<sup>28</sup> *Kötz*, JuS 2013, 289; *Höbhel*, Vertragsauslegung bei Auseinanderfallen von Vertragssprache und Sprache des anwendbaren Rechts (2017), 29. Für einen umfassenden Vergleich der unterschiedlichen Vertragsrechtstraditionen siehe *Hill/King*, Chi.-Kent L. Rev. 79 (2004), 889 ff.; *Pargendler*, Yale J. Int'l L. 43 (2018), 143, 146 ff.

<sup>29</sup> BGH NJW 1977, 195, 196; BGHZ 68, 118, 123; BGHZ 71, 189, 194; BGHZ 82, 121, 125, 130; BGHZ 96, 103, 106; BGHZ 97, 65, 70; BGH NJW 1989, 460, 461; BGHZ 128, 255,



griffs auf die Vorschriften des Allgemeinen Vertragsrechts einschließlich der zivilrechtlichen Generalklauseln. Beide Vorgehensweisen würden jedoch dem Umstand nicht gerecht werden, dass der auf den hypothetischen Willen vernünftiger Parteien abstellende und hierdurch „objektivierte“ Interessenausgleich, welchen die staatliche Rechtsordnung über das dispositive Recht zu simulieren sucht, bei Musterdokumenten der ICC, LMA und ISDA in weiten Teilen schon auf der transnationalen Regelungsebene stattgefunden hat. Die Verfahren der Mustererstellung sind gerade darauf ausgelegt, einen möglichst vollständigen und inhaltlich angemessenen Interessenausgleich zwischen den am jeweiligen Vertragstyp üblicherweise beteiligten Verkehrskreisen zu gewährleisten. Die auf transnationaler Ebene gefundenen Verhandlungslösungen wären in ihrer Ausgewogenheit wie auch in ihrer Fähigkeit zur Herstellung eines grenzüberschreitenden Gleichlaufs einzelner Vertragsverhältnisse erheblich gefährdet, würde jeder konkrete Einzelvertrag seinerseits umfassend um die partikulären dispositiven Maßstäbe des auf ihn anwendbaren Vertragsstatuts ergänzt.

Entscheidend ist daher sowohl bei der Vertragsauslegung als auch bei der Lückenschließung eine kontextsensible Anwendung der Vorschriften des staatlichen materiellen Vertragsrechts, die das zu beurteilende Vertragsverhältnis nicht isoliert betrachtet, sondern dessen wirtschaftliche und gesellschaftliche Einbettung in transnationale Ordnungsstrukturen mitreflektiert.<sup>30</sup> Hierfür ist im Einzelnen, wie im Folgenden dargelegt wird, zunächst die Möglichkeit der Einbeziehung der auf der transnationalen Ordnungsebene vorherrschenden Verstehensgehalte bei der Auslegung vorhandener Vertragsbestimmungen auszuschöpfen, sodann im Rahmen der Lückenschließung dem Ansatz der ergänzenden Vertragsauslegung gegenüber dem Rückgriff auf dispositives staatliches Recht Vorrang einzuräumen und schließlich in den verbleibenden Anwendungsbereichen der Vorschriften des staatlichen dispositiven Rechts transnationalen Verkehrserwartungen bei der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe Rechnung zu tragen.

### 1. Vertragsauslegung

Der Vorrang der Berücksichtigung des tatsächlichen Parteiwillens bei der Auslegung von Vertragsbestimmungen kommt im deutschen Recht zuvörderst in § 133 BGB zum Ausdruck. Hiernach soll bei der Auslegung von Willenserklärungen

---

261 f.; BGH NJW 1996, 2860; BGHZ 178, 227, 239 f. Kritisch hierzu *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge (2001), 136 ff., 177 ff.

<sup>30</sup> Vgl. hierzu etwa die Herangehensweise des englischen High Court in *Lomas (together the Joint Administration of Lehman Brothers International (Europe)) v. JFB Firth Rixon Inc. & ors* [2010] EWHC 3372 (Ch), Rn. 53: „[...] it is axiomatic that [the standard form contract] should [...] be interpreted in a way that serves the objectives of clarity, certainty and predictability, so that the very large number of parties using it should know where they stand.“



auf den wirklichen Willen abgestellt werden, selbst wenn das Erklärte dem „buchstäblichen Sinne“ nach und bei objektiver Betrachtung eine andere Bedeutung hätte. Im Vertragsrecht spiegelt sich dieser Gedanke besonders deutlich im Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* wider, nach welchem das von den Vertragsparteien übereinstimmend Gewollte selbst dann gilt, wenn hierfür eine falsche Bezeichnung gewählt worden ist, die von einem außenstehenden objektiven Beobachter anders verstanden worden wäre.<sup>31</sup> Erst wenn es zwischen den Parteien eines Vertrages zu Verständnisdivergenzen über den Bedeutungsgehalt von empfangsbedürftigen Erklärungen und Vertragsbestandteilen kommt, ist ergänzend der Maßstab des § 157 BGB heranzuziehen, der unter Einbeziehung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte implizit auf die Perspektive eines objektiven Empfängers in der Position und aus dem Verkehrskreis des Vertragspartners abstellt. Zu berücksichtigende Umstände können hierbei beispielsweise der Zweck des Geschäfts, Ort und Zeit der Erklärung oder die persönlichen Verhältnisse der Beteiligten sein.<sup>32</sup> Unter Kaufleuten wird dieser Maßstab durch die handelsrechtliche Sondervorschrift des § 346 HGB angereichert, wonach die Bedeutung von Handlungen und Unterlassungen auch mit Rücksicht auf die Gewohnheiten und Gebräuche des Handelsverkehrs – also spezifisch kaufmännische Verkehrssitten – zu ermitteln ist.<sup>33</sup> All diesen Maßgaben ist gemeinsam, dass sie grundsätzlich einen tatsächlichen, auch empirisch ermittelbaren Willen der Vertragsparteien voraussetzen und zum Fixpunkt der Vertragsauslegung erheben.

Gerade bei komplexen und umfangreichen Finanzverträgen, die typischerweise nicht im Einzelnen ausgehandelt, sondern unter weitgehender Adaption transnationaler Musterdokumente abgeschlossen werden, dürfte die Unterstellung eines dahingehend konkretisierten tatsächlichen Parteiwillens hinsichtlich der vertraglichen Einzelbestimmung aber oftmals Fiktion sein. Denn nur die wenigsten der verwendeten umfangreichen Vertragsklauseln werden von den Parteien bewusst reflektiert, geschweige denn im Einzelnen besprochen oder auch nur gelesen. Vielmehr bringen die Parteien durch die Verwendung eines am Markt etablierten Musterdokuments einen generalisierten Anwendungswillen zugunsten von dessen Bestimmungen zum Ausdruck – und zwar nach grenzüberschreitend möglichst einheitlichen Maßstäben.<sup>34</sup> Sie vertrauen im Regelfall darauf,

---

<sup>31</sup> Ausführlich dazu *Reinicke*, JA 1980, 455 ff.; kritisch *Wieling*, AcP 172 (1972), 297 ff.

<sup>32</sup> *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band (4. Aufl. 1992), § 16, 3. b); *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs (4. Aufl. 2016), Rn. 549; vgl. auch *Damler*, Das gesetzlich privilegierte Muster im Privatrecht (2015), 90.

<sup>33</sup> Ebenso zum Verhältnis zwischen § 157 BGB und § 346 HGB *Canaris*, Handelsrecht (24. Aufl. 2006), § 22, Rn. 2.

<sup>34</sup> Vgl. am Beispiel der ICC Incoterms *Jarass*, Privates Einheitsrecht (2019), 146; *Maultzsch*, in: MüKo HGB, Band 5 (5. Aufl. 2021), § 346, Rn. 129.

dass die im Mustervertrag vorgesehenen standardisierten Bedingungen in Summe ihren jeweiligen Interessen grundsätzlich gerecht werden, auch wenn sie an der Aushandlung nicht selbst beteiligt waren und die Klauseln nicht mehr im Einzelnen überprüfen. Deren Details werden dann allenfalls beratend eingeschalteten spezialisierten Anwälten bekannt sein und auch diese werden die Aufmerksamkeit der Parteien in der Regel nur dann auf einzelne Bestimmungen lenken, wenn im konkreten Einzelfall aufgrund besonderer Umstände Abweichungen von den mustervertraglichen Vorgaben erforderlich scheinen.<sup>35</sup> Diese Verschiebung der Aufmerksamkeit der Parteien von der individuellen Verhandlungs- zur transnationalen Standardlösung kann für deren Auslegung nicht ohne Konsequenzen bleiben.

Soweit die Parteien auf Individualisierungen verzichten und stattdessen Begriffe und Klauseln aus transnationalen Musterdokumenten übernehmen, wird es dem tatsächlichen Parteiwillen im Zweifel näher kommen, wenn diese gerade nicht gemünzt auf den Einzelvertrag und die etwaigen subjektiven Detailvorstellungen der Parteien, sondern vor allem vor dem Horizont des zugehörigen transnationalen Vertragsrechtsregimes einschließlich seiner Begleitinstrumente und -mechanismen interpretiert werden.<sup>36</sup> Durch die Verwendung der standardisierten Regelungen und den Verzicht auf individuelle Abweichungen wollen die Parteien ja gerade von dem im jeweiligen Musterdokument komprimierten, auf langjähriger Marktpraxis beruhenden Regelungswissen profitieren und ihren Einzelvertrag transnational anschlussfähig gestalten.<sup>37</sup> Da die Bestimmungen der transnationalen Musterdokumente aber nicht konkret-individuell auf den streitgegenständlichen Einzelfall, sondern abstrakt-generell auf eine Vielzahl gleichgelagerter Einzelverträge zugeschnitten sind, liegt es nahe, ihren Inhalt nicht primär mit den Methoden der subjektiv-partiezentrierten Vertragsauslegung, sondern mit jenen der objektiven Gesetzesauslegung zu erschließen (freilich ohne dass hiermit aus der Perspektive des staatlichen Rechts eine Aussage zur Rechtsqualität der transnationalen Musterregelungen verbunden wäre).<sup>38</sup>

Gleichsam als Blaupause für eine solche Verschiebung des Auslegungshorizonts kann der in der deutschen Rechtsprechung seit Langem vorherrschende

---

<sup>35</sup> Unter Umständen wird bei Einschaltung von Anwälten bei Vertragsschluss allerdings eine Wissenszurechnung analog § 166 Abs. 1 BGB in Betracht kommen; vgl. zum Ganzen *Schubert*, in: MüKo BGB, Band 1 (9. Aufl. 2021), § 166, Rn. 58 ff.

<sup>36</sup> Vgl. hierzu etwa die Herangehensweise des englischen High Court in *Lomas (together the Joint Administration of Lehman Brothers International (Europe)) v. JFB Firth Rixon Inc. & ors* [2010] EWHC 3372 (Ch), Rn. 53.

<sup>37</sup> Vgl. *Golden*, in: MacNeil/O'Brien (Hrsg.), *The Future of Financial Regulation* (2010), 83, 86.

<sup>38</sup> Vgl. *Choi/Gulati*, *Mich. L. Rev.* 104 (2006), 1129, 1131, 1145 ff., 1159 ff.

Ansatz der objektiven Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen dienen.<sup>39</sup> So erkannte das Reichsgericht schon 1912 am Beispiel von Versicherungsbedingungen, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen für gleichartige Vertragsverhältnisse „ein für allemal als maßgebende Grundsätze“ aufgestellt würden und „dazu bestimmt seien, soweit nicht im Einzelfall Abweichendes besonders vereinbart wird, [...] alle Vertragsverhältnisse der entsprechenden Art in den in Betracht kommenden Punkten übereinstimmend zu regeln“.<sup>40</sup> Daher stelle sich die vertragliche „Bezugnahme auf (oft sehr umfangreiche) Allgemeine Geschäftsbedingungen [...] kaum noch als eine echte vertragliche Vereinbarung“, sondern vielmehr als „Unterwerfung unter eine fertig bereitliegende Rechtsordnung“ dar.<sup>41</sup> Für „eine Auslegung der Bedingungen an der Hand des für den Einzelfall besonders zu ermittelnden Vertragswillens“ bleibe daher kein Raum.<sup>42</sup> Der BGH setzte diese Rechtsprechungslinie konsequent fort. Auch er will seit jeher „alles Zufällige des einzelnen Streitfalles“<sup>43</sup> sowie die „individuellen Vorstellungen der Vertragsparteien“<sup>44</sup> beiseitelassen und stattdessen „für die Auslegung [...] solcher allgemeiner Geschäftsbedingungen, denen sich die Parteien als einer gleichsam fertig bereitliegenden Rechtsordnung unterwerfen, die für die Auslegung von Gesetzen entwickelten Grundsätze“<sup>45</sup> heranziehen. Hierdurch lasse sich am authentischsten erschließen, wie die „an solchen Geschäften typischerweise beteiligten Verkehrskreise [die einschlägigen Klauseln] verstehen können und müssen“.<sup>46</sup> Zwar darf diese Herangehensweise gewiss nicht dahingehend missverstanden werden, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Normenhierar-

---

<sup>39</sup> Etwa RGZ 81, 117, 118 f.; RGZ 149, 96, 100; RGZ 155, 26, 28; RGZ 170, 233, 240 f.; RGZ 171, 43, 48; BGHZ 7, 365, 368; BGHZ 22, 109, 113; BGH NJW 1959, 38; BGHZ 77, 116, 118; BGHZ 79, 117, 118 f.; BGHZ 102, 384, 389 f.; BGH NJW 2007, 504, 505, Rn. 19; BGHZ 176, 244, 250, Rn. 19; BGH NJW 2008, 2495, Rn. 19; BGHZ 188, 351, 354 f., Rn. 10; BGH WM 2020, 1840, 1842, Rn. 26; aus der Literatur etwa *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge (2001), 226 f.; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs (4. Aufl. 2016), Rn. 1771; *Fornasier*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 305c, Rn. 34; *Möslein*, in: BeckOGK (2022), § 133 BGB, Rn. 90 ff.; kritisch *Lindacher/Hau*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht (7. Aufl. 2020), § 305c, Rn. 105 f.; *Mäsch*, in: Staudinger (2022), § 305c, Rn. 119b. Eingehende Darstellung des Diskussionsstands bei *Damler*, Das gesetzlich privilegierte Muster im Privatrecht (2015), 90 ff. Zur Vorgeschichte *Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre (2010), 126 ff., 273 ff.

<sup>40</sup> RGZ 81, 117, 118 f.

<sup>41</sup> RGZ 170, 233, 240 f.

<sup>42</sup> RGZ 81, 117, 118 f.

<sup>43</sup> BGHZ 7, 365, 368.

<sup>44</sup> BGHZ 22, 109, 113.

<sup>45</sup> BGH NJW 1959, 38.

<sup>46</sup> BGHZ 79, 117, 118 f.

chie der staatlichen Rechtsordnung von der deutschen Rechtsprechung als eigenständige Rechtsquellen anerkannt oder gar staatlichen Gesetzen gleichgestellt würden. Sie spiegelt jedoch die gesicherte Erkenntnis wider, dass solche Bedingungen in zahlreichen Wirtschaftsbereichen seit jeher eine ähnliche Regelungsfunktion wie das dispositive Gesetzesrecht erfüllen, indem sie Einzeltransaktionen vorstrukturieren, vereinfachen und transaktionskostensparend standardisieren.<sup>47</sup> Diese Effekte lassen sich grundsätzlich aber nur unter der Prämisse erzielen, dass eine einzelvertragsübergreifende Auslegung gewährleistet ist. Soweit das staatliche Recht eine solche zulässt, kann es zum konstruktivem Einsatz Allgemeiner Geschäftsbedingungen als Gestaltungs- und Ordnungselement des Wirtschaftslebens beitragen.<sup>48</sup>

Diese von der Rechtsprechung schon im nationalen Rahmen und für lediglich innerhalb Deutschlands verwendete Geschäftsbedingungen anerkannte Logik greift umso mehr, wenn es um die Auslegung der in transnationalen Finanzverträgen verwendeten Mustervertragsklauseln von ICC, LMA, ISDA und vergleichbaren Organisationen globalen Zuschnitts geht. Hier erscheint eine Verobjektivierung des Auslegungsmaßstabs praktisch sogar noch relevanter, weil häufig Vertragsparteien aus verschiedenen Jurisdiktionen beteiligt sind und eine Orientierung an den konkreten subjektiven Parteivorstellungen und Begriffsverständnissen unter Umständen durch unterschiedliche sprachliche oder rechtskulturelle Hintergründe zusätzlich erschwert würde. Mit der Verwendung der einschlägigen Musterdokumente wollen sich die Parteien nicht zuletzt von solchen heterogenen Vorverständnissen lösen. Vor diesem Hintergrund sollte ein objektiver Auslegungsmaßstab – über den Ansatz der deutschen Rechtsprechung noch hinausgehend – deshalb auch unabhängig davon angelegt werden, ob das in Bezug genommene Musterdokument im Einzelfall der Definition Allgemeiner Geschäftsbedingungen des deutschen Rechts unterfällt oder nicht.<sup>49</sup> Denn ob es insoweit beispielsweise am Element des „Stellens durch einen Verwender“ im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB fehlt<sup>50</sup> oder ob eine Bereichsausnahme nach § 310 Abs. 4 S. 1 BGB greift,<sup>51</sup> mag zwar für die Schutzbedürftigkeit der Vertragsparteien vor Übervorteilung von Bedeutung sein – also denjenigen Aspekt, auf den die §§ 305 ff. BGB in erster Linie zugeschnitten sind. Es hat aber keinen

---

<sup>47</sup> Vgl. *Kötz*, JuS 2013, 289, 292.

<sup>48</sup> Das ausdrücklich normierte AGB-Recht der §§ 305 ff. BGB zielt demgegenüber primär auf die komplementäre Begrenzungsfunktion des staatlichen Rechts für den Fall, dass die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Einzelfall zu einem Marktversagen führt und destruktive Effekte hervorruft. Dazu unten § 5 IV. 1. (S. 284).

<sup>49</sup> Dazu unten § 5 IV. 1. a) aa) (S. 287 ff.).

<sup>50</sup> Dazu unten § 5 IV. 1. a) aa) (2) (S. 287 ff.).

<sup>51</sup> Dazu unten § 5 IV. 1. a) bb) (S. 290 ff.).

Einfluss auf die Tatsache, dass mit der Verwendung des jeweiligen Musterdokuments im Regelfall Anschluss an den vereinheitlichten Verstehenshorizont des einschlägigen transnationalen Vertragsrechtsregimes gesucht wird, der gerade im grenzüberschreitend eng verwobenen Finanzbereich ein produktives Ineinandergreifen einer Vielzahl direkt oder indirekt aufeinander bezogener Einzelverträge erst ermöglicht.

In methodischer Hinsicht lässt sich die hier befürwortete Ausrichtung der Auslegung transnationaler Verträge an einem objektiven Maßstab konkret umsetzen, indem neben dem Wortlaut des zu beurteilenden Vertrages auch die Systematik der transnationalen Vertragsdokumentation einschließlich etwaiger Präambeln, Definitionsnormen und Schlussbestimmungen,<sup>52</sup> die Genese der Musterdokumente sowie schließlich der von der regelsetzenden Organisation intendierte Sinn und Zweck der jeweils in Rede stehenden, in den Streitgegenständlichen Einzelvertrag übernommenen mustervertraglichen Regelung Berücksichtigung finden. Bei der Wortlautauslegung wäre dann beispielsweise nicht mehr in erster Linie nach dem Begriffsverständnis der individuellen Vertragsparteien, sondern vor allem nach dem im transnationalen Vertragsrechtsregime und den unmittelbar involvierten Verkehrskreisen allgemein etablierten Verständnis zu fragen, welches sich unter anderem in Gutachten oder Stellungnahmen der regelsetzenden Organisation oder Entscheidungen eines spezifischen Streitbeilegungsorgans wie den DOCDEX-Spruchkörpern der ICC oder den Determinations Committees der ISDA widerspiegeln kann. Insbesondere wenn sich die Vertragsparteien der englischen Sprache bedienen – was bei transnationalen Vertragsgestaltungen selbst dann durchaus üblich ist, wenn der geschlossene Vertrag deutschem Sachrecht unterstellt wird<sup>53</sup> – schließt dies auch eine Orientierung an international gebräuchlichen, meist durch die angloamerikanischen Rechtsordnungen geprägten Vorverständnissen bestimmter Rechtsbegriffe ein.<sup>54</sup> Speziell vor diesem Hintergrund kann die vereinzelt in der deutschen Rechtsprechung vorzufindende Vorstellung, mit einer Rechtswahl zugunsten deutschen Rechts reduziere sich die Bedeutung eines Abfassens des Vertragstextes in englischer Sprache im Zweifel

---

<sup>52</sup> Vgl. speziell hierzu *Möslein*, in: BeckOGK (2022), § 133 BGB, Rn. 56 f., 61.

<sup>53</sup> Vgl. *Triebel/Vogenauer*, Englisch als Vertragssprache (2018), 1 f., nach deren Schätzung rund drei Viertel der Wirtschaftsverträge mit internationalem Bezug in englischer Sprache abgefasst werden.

<sup>54</sup> Vgl. zu diesem Ansatz RGZ 19, 33, 36; RGZ 39, 65, 68; BGH NJW 1985, 550; BGH NJW 1987, 591 f.; BGH NJW-RR 1992, 423, 425; OLG Hamburg TranspR 1995, 214 f.; *Horn*, Das Recht der internationalen Anleihen (1972), 500 f.; *Höbel*, Vertragsauslegung bei Auseinanderfallen von Vertragssprache und Sprache des anwendbaren Rechts (2017), 57 f., 76 f.; *Triebel/Vogenauer*, Englisch als Vertragssprache (2018), 118, 125; *Martiny*, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht (9. Aufl. 2022), Rn. 3.114.



auf den Aspekt der Kommunikationserleichterung,<sup>55</sup> nicht überzeugen. Für Konsortialkreditverträge etwa, die auf Grundlage der für das deutsche Recht entwickelten englischsprachigen LMA-Musterdokumente geschlossen werden, liegt dies schon deshalb nahe, weil auch die deutschrechtlichen Muster der LMA stark an die englischrechtlichen Originale angelehnt sind und auf eine weitestmögliche Harmonisierung mit diesen und den in diesen verankerten Begriffsverständnissen abzielen. Über Wortlaut und Systematik hinaus können ergänzende Rückschlüsse auf die Genese und den intendierten Sinn und Zweck der jeweiligen Mustervertragsklauseln vor allem aus veröffentlichten Verhandlungsprotokollen, Pressemitteilungen, Erläuterungen oder Kommentierungen seitens der einschlägigen Regelungsorganisation gezogen werden.<sup>56</sup>

Die hier befürwortete Herangehensweise erlaubt überdies eine Berücksichtigung von ausländischen Gerichtsurteilen und Schiedssprüchen zu gleichgelagerten transnationalen Verträgen, soweit diese über das jeweils beurteilte konkrete Vertragsverhältnis hinaus verallgemeinerungsfähige Aussagen treffen, namentlich zur Auslegung bestimmter, aus dem verwendeten Musterdokument gleichlautend übernommener Vertragsklauseln.<sup>57</sup> Umgekehrt wird dann auch das veröffentlichte Gerichtsurteil eines deutschen Gerichts, welches sich an den vorgeschlagenen transnationalen Auslegungsmaßstäben orientiert, zum potenziellen Bezugspunkt für die Fortentwicklung des transnationalen „Besonderen Vertragsrechts“ in der Rechtsprechung anderer, auch ausländischer Gerichte sowie in künftigen Überarbeitungen durch die für die Erstellung der Musterdokumente verantwortlich zeichnenden Organisationen.<sup>58</sup>

Der Auslegungsmaßstab der §§ 133, 157 BGB und § 346 HGB ist daher bei responsiver Handhabung in der Anwendung auf transnationale Verträge dahingehend zu modifizieren, dass – vorbehaltlich stets möglicher ausdrücklicher individualvertraglicher Abweichungen – der subjektive Parteihorizont als Orientierungspunkt im Zweifel hinter der objektiven Auslegung der verwendeten transnationalen Musterdokumente zurücksteht – und zwar auch dann, wenn diese im

---

<sup>55</sup> In diese Richtung etwa OLG Köln BeckRS 2015, 9186, Rn. 28.

<sup>56</sup> Vgl. etwa die Herangehensweise des englischen High Court in *The State of the Netherlands v. Deutsche Bank AG* [2018] EWHC 1935 (Comm), Rn. 56 ff.; siehe auch *Choi/Gulati*, Mich. L. Rev. 104 (2006), 1129, 1167 f.; *Braithwaite*, *The Financial Courts* (2020), 114 f.

<sup>57</sup> Vgl. *Triebel/Vogelauer*, *Englisch als Vertragssprache* (2018), 129. Zu vergleichbaren Tendenzen im internationalen Investitionsschutzrecht *Schill*, *The Multilateralization of International Investment Law* (2009), 321 ff.

<sup>58</sup> Vgl. zu entsprechenden Ansätzen englischer Gerichte *Mugasha*, BFLR 26 (2011), 381, 443. Eine internationale Rezeption der Urteile deutscher Gerichte könnte zwar durch Sprachbarrieren erschwert werden. Diese könnten aber zumindest perspektivisch aufgefangen werden durch die Veröffentlichung englischsprachiger Übersetzungen oder englischsprachiger Aufarbeitungen der einschlägigen Urteile im Schrifttum.



streitgegenständlichen Einzelfall nicht als Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des deutschen Rechts zu qualifizieren sind. In diesem Vorgehen liegt keine Außerachtlassung des Parteiwillens, sondern im Gegenteil – jedenfalls bei der bewussten Verwendung transnationaler Musterdokumente durch professionelle Marktakteure – dessen bestmögliche Verwirklichung.

## 2. Lückenschließung und Verhältnis zum dispositiven Recht

Den Besonderheiten transnationaler Verträge kann darüber hinaus auch im Rahmen der Ermittlung und Schließung etwaiger Vertragslücken Rechnung getragen werden. Obschon die auf transnationale Musterdokumente zurückgreifenden Einzelverträge zumeist umfangreich sind und einen hohen Detailgrad aufweisen, können sie unmöglich auf alle potenziellen Rechtsfragen eingehen, die im Einzelvertragsverhältnis der Parteien relevant werden können. Denkbar ist außerdem, dass nur Teile eines Musterdokuments in den Einzelvertrag übernommen werden oder AGB-rechtlich für unwirksam erklärte Klauseln, welche die Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen nach § 306 Abs. 1 BGB unberührt lassen, im Einzelfall Regelungsleerstellen hinterlassen.<sup>59</sup> Wo Vertragsbestimmungen aus diesen Gründen fehlen oder weggefallen sind, ist eine Lückenschließung erforderlich. Die Grenzen zwischen Auslegung vorhandener und Ergänzung fehlender Vertragsbestimmungen sind freilich fließend,<sup>60</sup> eine klare Abgrenzung aber auch nicht erforderlich, wenn und soweit für beide Vorgehensweisen konsistente Maßstäbe herangezogen werden. Dafür spricht insbesondere, dass es auch bei der Lückenschließung letztlich ebenfalls um eine möglichst authentische Rekonstruktion des Parteiwillens geht, wenn auch nicht des tatsächlich ausgedrückten, sondern des hypothetischen.

Im deutschen Privatrechtsdiskurs ist traditionell die Überzeugung verbreitet, dass für die Schließung von Vertragslücken zuvörderst das dispositive Gesetzesrecht einschließlich der Typenregelungen des Besonderen Vertragsrechts Pate stehen könne.<sup>61</sup> Wenn es um die Ausfüllung solcher Lücken geht, die durch Nichteinbeziehung oder Unwirksamkeit einzelner Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen entstehen, ist der Rückgriff auf das dispositive Recht in

---

<sup>59</sup> *Kötz*, JuS 2013, 289, 294. Zur AGB-Kontrolle transnationaler Verträge noch ausführlich unten § 5 IV. 1. (S. 283 ff.).

<sup>60</sup> *Kötz*, JuS 2013, 289, 293 f.; vgl. auch *Stoll*, in: FS Kegel (1987), 623, 648.

<sup>61</sup> So insbesondere die ständige Rechtsprechung, siehe nur BGHZ 40, 91, 103; BGHZ 77, 301, 304; BGHZ 90, 69, 75; BGHZ 143, 103, 120; BGHZ 158, 201, 206; BGHZ 176, 244, 255, Rn. 32; anders allerdings im Gesellschaftsrecht; vgl. BGH NJW 1979, 1705, 1706; BGHZ 123, 281, 286. Aus der Literatur etwa *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs (4. Aufl. 2016), Rn. 534; *H. Roth*, in: Staudinger (2020), § 157, Rn. 23; differenzierend *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge (2001), 272 ff. m. w. N.

§ 306 Abs. 2 BGB sogar ausdrücklich angeordnet. Im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen ist diesem Ansatz allerdings mit Vorsicht zu begegnen. Denn transnationale Vertragstypen wie Dokumentenakkreditiv, Konsortialkredit oder Kreditderivat entsprechen keinem gesetzlich typisierten Leitbild,<sup>62</sup> das zuverlässige Orientierung für die Lückenfüllung bieten könnte. Die Heranziehung der dispositiven Vorschriften für nur annähernd vergleichbare Vertragstypen – wie sie in der deutschen Rechtsprechung beispielsweise anhand der mietrechtlichen §§ 535 ff. BGB für das ebenfalls zumindest in Ansätzen transnational typisierte Finanzierungsleasing geschieht<sup>63</sup> – wie auch ein umfassendes Abstellen auf die dispositiven Vorschriften des Allgemeinen Vertragsrechts einschließlich der zivilrechtlichen Generalklauseln wie § 242 BGB würden dem Umstand nicht gerecht, dass der bereichsspezifisch typisierte Interessenausgleich im Wesentlichen schon im Regelsetzungsverfahren auf transnationaler Ebene stattfindet. Selbst einer „Nichtregelung“ einzelner Aspekte kann hierbei negative Aussagekraft zukommen, sodass schon bei der Feststellung einer ausfüllungsbedürftigen Vertragslücke Zurückhaltung geboten ist. Die in den Musterdokumenten von ICC, LMA, ISDA und anderen transnationalen Regelungsorganisationen festgehaltenen Verhandlungslösungen wären in ihrer Ausgewogenheit und grenzüberschreitenden Einheitlichkeit in Frage gestellt, würden sie jeweils umfänglich an den partikularen Maßstäben dispositiven nationalen Vertragsrechts gemessen und durch diese ergänzt. Deshalb erscheint es sehr zweifelhaft, ob die Grundannahme, „vernünftige“ Parteien würden sich auf das dispositive staatliche Vertragsrecht verlassen, ohne Weiteres auf transnationale Verträge übertragen werden kann. Dies gilt erst recht, wenn das verwendete Musterdokument – wie insbesondere im Finanzbereich üblich – zumindest ursprünglich in Abstimmung auf eine andere als die deutsche, namentlich etwa die englische oder eine US-amerikanische Vertragsrechtsordnung entwickelt worden war und lediglich nachvollziehend für das deutsche Recht adaptiert worden ist.<sup>64</sup> Dem hypothetischen Parteiwillen dürfte es hier im Regelfall eher entsprechen, wenn Lücken des zu beurteilenden Einzelvertrages möglichst abschließend unter Rekurs auf die transnationale Ordnungsebene selbst beantwortet werden.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> Vgl. etwa zu den Schwierigkeiten der Einordnung des Dokumentenakkreditivs nicht nur im deutschen Recht *Haas*, in: *Ellenberger/Bunte* (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch* (6. Aufl. 2022), § 103, Rn. 74 f.

<sup>63</sup> BGH NJW 1977, 195, 196; BGHZ 68, 118, 123; BGHZ 71, 189, 194; BGHZ 82, 121, 125, 130; BGHZ 96, 103, 106; BGHZ 97, 65, 70; BGH NJW 1989, 460, 461; BGHZ 128, 255, 261 f.; BGH NJW 1996, 2860; BGHZ 178, 227, 239 f. Kritisch dazu *Stoffels*, *Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge* (2001), 136 ff., 177 ff.; *Renner*, *AcP* 213 (2013), 677, 696 ff.

<sup>64</sup> Vgl. zu diesem Aspekt *Martinek*, *Moderne Vertragstypen*, Band I (1991), 8 f.; *Stoffels*, *Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge* (2001), 8.

<sup>65</sup> Vgl. am Beispiel der ERA *Grundmann*, in: *Jickeli* (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht*, Un-

Dies kann im deutschen Recht die Methode der ergänzenden Vertragsauslegung gewährleisten, von welcher umso umfassender Gebrauch gemacht werden sollte, je weiter sich der transnational vereinheitlichte Vertragstyp von den gesetzlichen Vertragstypen des staatlichen Rechts entfernt.<sup>66</sup> Bei der ergänzenden Vertragsauslegung wird nach der etablierten Formel des BGH zur Lückenfüllung dasjenige ermittelt und berücksichtigt, was die Parteien zwar nicht erklärt haben, was sie aber in Anbetracht des gesamten Vertragszwecks und bei sachgemäßer Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben erklärt haben würden, wenn sie den offen gebliebenen Punkt in ihren Vereinbarungen ebenfalls geregelt hätten.<sup>67</sup> Mit anderen Worten muss danach der jeweilige Vertrag „zu Ende gedacht“ werden.<sup>68</sup> Dieses Zu-Ende-Denken kann bei transnationalen Verträgen sinnvollerweise nur unter Berücksichtigung des transnationalen Ordnungskontextes geschehen. Konkret kann sich dies beispielsweise in der Beachtung von nach Vertragsschluss erfolgten Klarstellungen, Ergänzungen oder Überarbeitungen des jeweiligen Musterdokuments durch die regelsetzenden Organisationen äußern. Zum Zu-Ende-Denken gehört aber auch eine Zurückhaltung in der Hinzudeutung von spezifischen Rechten und Pflichten, die im transnationalen Musterdokument selbst und dessen auf transnationaler Ordnungsebene erfolgenden Fortentwicklungen nicht angelegt sind.

Veranschaulichen lässt sich dies am Fall *Redwood Masters Fund v. TD Bank*, der im Jahr 2002 vom Londoner High Court entschieden wurde.<sup>69</sup> Eine Reihe von Banken, darunter die beklagte Toronto Dominion Bank (TD), hatte dem niederländischen Telekommunikationsunternehmen UPC unter Verwendung von LMA-Musterdokumenten einen Konsortialkredit in Höhe von knapp vier Milliarden US-Dollar gewährt, bestehend aus drei Kreditlinien (A, B und C) mit jeweils unterschiedlichen Volumina, Ziehungsbedingungen und Fälligkeiten. Die

---

ternehmensrecht, Informationspflichten im Zivilrecht (1992), 43, 60; Grundmann, in: Grundmann (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Band 1 (2020), 3. Teil, Rn. 566; Hopt, in: Hopt (Hrsg.), HGB (42. Aufl. 2023), (11) Einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive (ERA), Einleitung, Rn. 8; am Beispiel der LMA-Musterdokumente Walgenbach, in: Langenbacher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar (3. Aufl. 2020), 16. Kapitel, Rn. 3.

<sup>66</sup> Vgl. Mansel, in: Jauernig, BGB (18. Aufl. 2021), § 157, Rn. 3. Ausführlich zur Methode der ergänzenden Vertragsauslegung Stoffels, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge (2001), 283 ff.

<sup>67</sup> BGHZ 9, 273, 278 f.; BGHZ 16, 71, 76; BGHZ 60, 353, 362; BGHZ 84, 1, 7; BGHZ 90, 69, 77; BGHZ 127, 138, 142; BGHZ 158, 201, 207; BGH NJW 2004, 2449; BGHZ 164, 286, 292; BGH NJW-RR 2008, 562, 563, Rn. 15.

<sup>68</sup> Kötz, JuS 2013, 289, 295.

<sup>69</sup> *Redwood Master Fund Ltd. v. TD Bank Europe Ltd.* [2002] EWHC 2703 (Ch); eingehend diskutiert bei Estevan de Quesada/Renner, ERCL 13 (2017), 164, 188 ff.; Renner, ZBB 2018, 278, 283 f.; Böhle, Das Recht des internationalen Kreditkonsortiums (2022), 172 ff.

klagende Fondsgesellschaft Redwood hatte zu einem späteren Zeitpunkt, zu dem sich bereits wirtschaftliche Schwierigkeiten der Kreditnehmerin abzeichneten, mit deutlichem Abschlag einen Kreditlinie A zugeordneten Anteil des Konsortialkreditanteils in Höhe von 1,4 % des Gesamtkreditvolumens am Sekundärmarkt erworben. Nachdem sich die finanzielle Situation der Kreditnehmerin sodann weiter verschlechterte, einigten sich die Konsorten per Beschluss mit einer Mehrheit von 98,6 % – die Klägerin überstimmend – auf eine Erleichterung der Kreditbedingungen, welche unter anderem vorsah, dass Kreditlinie B schnellstmöglich zurückgeführt werden müsse, Kreditlinie A aber weiter in Anspruch genommen werden könne. Die Klägerin griff den Beschluss vor dem High Court mit dem Argument an, die Gläubigermehrheit habe die vertragliche Kreditrisikoverteilung einseitig zu Lasten der allein an Kreditlinie A beteiligten Minderheit verschoben und damit gegen eine ungeschriebene Treupflicht im Innenverhältnis der Konsorten verstoßen.

Der High Court schloss sich dieser Argumentation nicht an und wies die Klage ab. Zwar erscheine es grundsätzlich nicht ausgeschlossen, dass ein Konsortialkreditvertrag auch ungeschriebene Treupflichten begründen könne, wenn der Wille und das Interesse der Parteien sowie der Vertragszweck dies nahelegten.<sup>70</sup> Sehe der Konsortialvertrag allerdings die Möglichkeit eines Mehrheitsbeschlusses ohne Vetoposition einzelner Kreditgeber explizit vor – im vorliegenden Fall betrug das vertraglich vorgesehene Mehrheitserfordernis sogar nur zwei Drittel –, so zeige dies, dass potenzielle Interessenkonflikte zwischen unterschiedlichen Gläubigergruppen im Rahmen der Vertragsgestaltung antizipiert worden seien.<sup>71</sup> Der vertraglich vereinbarte Konfliktlösungsmechanismus dürfe nicht durch die Unterstellung ungeschriebener Treupflichten im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung unterlaufen werden.<sup>72</sup>

Dieses Ergebnis überzeugt uneingeschränkt auch für das deutsche Recht, selbst dann, wenn man das Innenverhältnis des Kreditkonsortiums im Einzelfall nicht schuld-, sondern gesellschaftsvertraglich qualifizieren möchte.<sup>73</sup> Dies gilt umso mehr, wenn man über die Begründung des High Court noch hinausgehend auch die transnationale Dimension des zu beurteilenden Vertrages berücksich-

<sup>70</sup> *Redwood Master Fund Ltd. v. TD Bank Europe Ltd.* [2002] EWHC 2703 (Ch), Rn. 92.

<sup>71</sup> *Redwood Master Fund Ltd. v. TD Bank Europe Ltd.* [2002] EWHC 2703 (Ch), Rn. 97 ff.

<sup>72</sup> Eine Grenze will der High Court lediglich im Falle zweckwidriger oder böswilliger, zur Schädigung der Minderheit durchgeführter und als daher rechtsmissbräuchlich zu qualifizierender Beschlussfassungen ziehen, wofür in der streitgegenständlichen Konstellation aber keine Anhaltspunkte bestanden hätten; *Redwood Master Fund Ltd. v. TD Bank Europe Ltd.* [2002] EWHC 2703 (Ch), Rn. 105.

<sup>73</sup> Vgl. *Estevan de Quesada/Renner*, ERCL 13 (2017), 164, 190; *Renner*, ZBB 2018, 278, 285 ff. Ausführlich zu dieser Qualifikationsfrage oben § 4 III. 1. c) (S. 209 ff.) und unten § 5 IV. 1. a) bb) (S. 290 ff.).

tigt: Wenn und soweit die streitgegenständliche Vertragsbestimmung zur Möglichkeit, die Kreditbedingungen im Wege des Mehrheitsbeschlusses anzupassen, nicht nur für den Einzelvertrag entworfen, sondern aus einem grenzüberschreitend verwendeten Musterdokument übernommen wurde, so wird ein tatsächliches Gebrauchmachen von dieser Möglichkeit erst recht im Rahmen dessen liegen, was professionelle Marktteilnehmer normativ erwarten und in ihrer wirtschaftlichen Planung, etwa beim Anteilserwerb am Sekundärmarkt, üblicherweise mitkalkulieren.<sup>74</sup> So spricht etwa im Fall *Redwoods* angesichts des deutlichen Abschlags vom Nominalbetrag des erworbenen Kreditanteils vieles dafür, dass eine etwaige Anpassung der Kreditbedingungen durch die Mehrheit der übrigen Kreditgeber bereits eingepreist war. Darüber hinaus streitet die Ausbuchstabierung der Möglichkeit konsortiumsinterner Mehrheitsbeschlüsse im einschlägigen Musterdokument dafür, dass sich diese in der Vergangenheit bewährt hat und deshalb im Rahmen der Mustervertragsgenese als sinnvoller Bestandteil des typisierten Interessenausgleichs erachtet wurde, von dem in anders gelagerten Fallkonstellationen womöglich auch *Redwood* selbst hätte profitieren können.

Dieser Gedankengang lässt sich über den Fall *Redwood* und den Bereich des Konsortialkreditvertrages hinaus verallgemeinern, weshalb auch für andere transnationale Vertragstypen des Finanzbereichs grundsätzlich Zurückhaltung bei der Postulierung ungeschriebener Informations-, Schutz-, Treu- und vergleichbarer Pflichten angezeigt scheint.<sup>75</sup> Angesichts der Ausdifferenziertheit der jeweils einzelvertraglich adaptierten transnationalen Verhandlungslösungen dürften derartige Anreicherungen im Regelfall nicht nur funktional entbehrlich sein, sondern können schlechtestenfalls auch die Ausgewogenheit des typisierten Interessenausgleichs sowie die spezifischen Erwartungshaltungen des jeweiligen Marktumfelds unterlaufen.<sup>76</sup> Damit ist freilich nicht gesagt, dass in der ständigen Markt- und Vertragspraxis tatsächlich vorhandene und belegbare, im verwendeten Musterdokument aber (noch) nicht ausbuchstabierte Gepflogenheiten hinsichtlich der Ausübung oder Nichtausübung bestimmter Rechte nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung berücksichtigt werden könnten.

Der hier befürwortete Vorrang der ergänzenden Vertragsauslegung hat schließlich auch keineswegs die Konsequenz, dass dem dispositiven staatlichen Vertragsrecht überhaupt keine Bedeutung für transnationale Verträge verbliebe. Ihm kommt vielmehr die – alles andere als unwichtige – Rolle zu, Regelungslücken auszufüllen, die weder positiv noch negativ im Wege der ergänzenden Vertrags-

<sup>74</sup> Vgl. *Renner*, ZBB 2018, 278, 287 f.

<sup>75</sup> Vgl. am Beispiel der vermeintlich missbräuchlichen Kündigung von Anleihen *Renner*, in: FS Hopt (2020), 993, 1004 ff.

<sup>76</sup> Vgl. *Renner*, ZBB 2018, 278, 287 f.



auslegung abzudecken sind. Dazu gehören insbesondere Fragen des Allgemeinen Vertragsrechts. So werden sich in transnationalen Verträgen beispielsweise oftmals keine Bestimmungen zur Vertragsanfechtung, zu Sekundärrechten wie Rücktritt oder Schadensersatz oder zur Verjährung von Ansprüchen finden. Gerade hier kommt der kollisionsrechtlich zur Anwendung berufenen staatlichen Rechtsordnung wiederum die Aufgabe einer komplementären funktionalen Ergänzung transnationaler Ordnungsstrukturen zu, welche die Unentbehrlichkeit eines Zusammenwirkens von transnationaler und staatlicher Ordnungsebene deutlich vor Augen führt.

### 3. Ausfüllung von offenen Rechtsbegriffen, insbesondere Verhaltensmaßstäben

Auch wo transnationale Verträge keine Eigenaussage treffen und deshalb auf das dispositive staatliche Vertragsrecht zurückzugreifen ist, kann bei dessen Anwendung den Besonderheiten des transnationalen Ordnungskontextes Beachtung geschenkt werden. Anknüpfungspunkte hierfür stellen insbesondere gesetzliche Vorschriften dar, die offene Rechtsbegriffe enthalten, welche ausdrücklich auf gesellschaftliche Maßstäbe und soziale Erwartungshaltungen verweisen. Ein praktisch besonders wichtiges Beispiel bildet der für Schadensansprüche zentrale Zurechnungsmaßstab des Fahrlässigkeitsverschuldens, welcher sich nach § 276 Abs. 2 BGB an der Außerachtlassung der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ orientiert.<sup>77</sup> Welche Anforderungen begründet dieser Maßstab beispielsweise für den *agent* eines grenzüberschreitenden Kreditkonsortiums? In welchem Umfang ist es für eine Akkreditivbank „erforderlich“, die vom Verkäufer vorgelegten Versanddokumente auf Authentizität zu überprüfen?<sup>78</sup> Gehört es zu den Sorgfaltsanforderungen einer Derivate anbietenden Investmentbank, in Vertragsverhandlungen mit einem professionellen Investor auf erhöhte Risiken von Investitionen in Schwellenländer hinzuweisen?<sup>79</sup>

In Rechtsprechung und Schrifttum besteht Einigkeit darüber, dass für die Beantwortung solcher Fragen der Maßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt grundsätzlich objektiv zu bestimmen ist, der individuelle Schuldner den Vorwurf also nicht unter Hinweis auf eigene Defizite entkräften kann.<sup>80</sup> Vielmehr kommt es darauf an, was von einem durchschnittlichen Anforderungen entsprechenden

<sup>77</sup> Vgl. G. Bachmann, *Private Ordnung* (2006), 335.

<sup>78</sup> Vgl. zu dieser Fallkonstellation *Abani Trading Pte Ltd. v. BNP Paribas* [2014] SGHC 111; siehe auch *Schütze/Vorpeil*, *Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr* (7. Aufl. 2016), 310ff.

<sup>79</sup> Vgl. zu dieser Fallkonstellation *J.P. Morgan Bank (formerly Chase Manhattan Bank) v. Springwell Navigation Corp.* [2008] EWHC 1186 (Comm) und [2008] EWHC 1793 (Comm).

<sup>80</sup> Aus der Rechtsprechung etwa RGZ 95, 16, 17; BGHZ 80, 186, 193; BGH NJW 2000, 2812, 2813; BGH NJW 2001, 1786, 1787; BGH NJW 2003, 2022, 2024; aus der Literatur etwa



Angehörigen des jeweiligen Verkehrskreises und der betreffenden Gruppe in der spezifischen Situation erwartet werden darf.<sup>81</sup> Dass dieser Maßstab zumindest in Vertragsverhältnissen grundsätzlich disponibel ist, lässt sich aus § 276 Abs. 1 BGB ableiten, wonach auch strengere oder mildere Haftungsmaßstäbe vereinbart werden oder sich aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses ergeben können.<sup>82</sup>

Die Verkehrskreis- und Gruppenbezogenheit der Anforderungen erlaubt es im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen daher ohne Weiteres, den spezifischen Anschauungen und Verhaltenserwartungen der am jeweiligen Vertragstyp typischerweise beteiligten Akteursgruppen Rechnung zu tragen. Ein starkes Indiz für die Zusammensetzung der jeweils einschlägigen Bezugsgruppe kann vor allem die Mitgliedschaftsstruktur der für die Erstellung von Musterdokumenten verantwortlich zeichnenden Organisation sein. Maßgeblicher Vergleichspunkt in den erwähnten Beispielen wären dann hiernach beispielsweise ein „durchschnittliches“ Kreditinstitut, das, je nach Typ des zu beurteilenden transnationalen Vertrages, regelmäßig mit der Konsortialkredit- oder der Außenhandelsfinanzierung betraut ist oder regelmäßig am Derivatemarkt tätig wird. Auch die im jeweiligen Geschäftsfeld vorherrschenden Übungen und Gepflogenheiten können Orientierung zur Ausfüllung des Sorgfaltsmaßstabs bieten.<sup>83</sup>

Dieser § 276 Abs. 2 BGB zugrunde liegende gruppenbezogene Ansatz kann überdies für den Umgang mit anderen potenziell auf transnationale Verträge anzuwendenden offenen Rechtsbegriffen des Allgemeinen Vertragsrechts fruchtbar gemacht werden. So kann beispielsweise die Frage, ob eine Leistungserbringung für die Partei eines transnationalen Vertrages als wirtschaftlich unzumutbar im Sinne des § 275 Abs. 2 BGB einzustufen ist, genauso aus gruppenspezifischer Perspektive beurteilt werden wie die Feststellung einer Unzumutbarkeit des Festhaltens oder Anpassens eines Vertrages nach Änderung der Geschäftsgrundlage im Sinne von § 313 Abs. 3 BGB, die Angemessenheit der Frist einer außerordentlichen Kündigung nach § 314 Abs. 3 BGB oder der Umfang von Schutzpflichten im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB. Ebenso kann die Ausfüllung von Generalklauseln wie § 242 BGB, der zur Leistungserbringung nach „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ verpflichtet und dabei zwar nicht als Grundsatz, wohl aber in seiner konkreten Interessenbewertung der Parteidisposition untersteht,<sup>84</sup> bei responsiver Auslegung an spezifischen Gruppenmaß-

---

*Caspers*, in: Staudinger (2019), § 276, Rn. 29; *Grundmann*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 276, Rn. 55 f.; *S. Lorenz*, in: BeckOK BGB (65. Ed. 2023), § 276, Rn. 20 f.

<sup>81</sup> *S. Lorenz*, in: BeckOK BGB (65. Ed. 2023), § 276, Rn. 20 ff.; ausführliche Einzelfalldarstellung bei *Caspers*, in: Staudinger (2019), § 276, Rn. 32 ff.

<sup>82</sup> *Grundmann*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 276, Rn. 57.

<sup>83</sup> *S. Lorenz*, in: BeckOK BGB (65. Ed. 2023), § 276, Rn. 21 m. w. N.

<sup>84</sup> *Schubert*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 242, Rn. 125.

staben orientiert und so auf die im zugehörigen transnationalen Vertragsrechtsregime und den an diesen unmittelbar beteiligten Verkehrskreisen vorherrschenden normativen Verhaltenserwartungen ausgerichtet werden.<sup>85</sup>

#### 4. Verhältnis zum Handelsgewohnheitsrecht

Im Gegensatz zum bloßen Handelsbrauch, der im kaufmännischen Verkehr gemäß § 346 HGB bei der Einordnung von Handlungen und Unterlassungen und insbesondere im Rahmen der Vertragsauslegung zu berücksichtigen ist,<sup>86</sup> handelt es sich beim Handelsgewohnheitsrecht aus der Binnenperspektive des staatlichen Rechts um eine eigenständige Rechtsquelle, die neben das staatlich kodifizierte Vertragsrecht treten kann und auch dann Wirkung entfaltet, wenn die Vertragsparteien von ihrem Inhalt im Einzelfall keine Kenntnis haben.<sup>87</sup> Ein typisches Beispiel hierfür sind die im deutschen Recht fest etablierten Grundsätze über das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben.<sup>88</sup> Vereinzelt wird vorgeschlagen, auch die Inhalte transnationaler Musterregelwerke im deutschen Recht schlicht als Handelsgewohnheitsrecht zur Geltung zu bringen.<sup>89</sup> An die Entstehung von Gewohnheitsrecht stellt das staatliche Recht allerdings sehr hohe Anforderungen: Zu einer allgemeinen Übung von gewisser Dauer muss eine *opinio juris* der betreffenden Verkehrskreise hinzutreten, also die subjektive Überzeugung, dass die tatsächlich praktizierte Übung auch rechtsverbindlich ist.<sup>90</sup> Diese Voraussetzungen werden die Inhalte transnationaler Musterdokumente wie derjenigen von ICC, LMA und ISDA trotz ihrer weitgehenden Verbreitung kaum je erfüllen. Denn zum einen werden die Muster laufend weiterentwickelt und unterliegen regelmäßigen Revisionen und Ergänzungen, was für die hiervon betroffenen Klauseln die These einer etablierten allgemeinen Übung von gewisser Dauer widerlegt.<sup>91</sup> Zum anderen ist die Geltung der Musterdokumente im konkreten Einzelfall vom einzelvertraglichen *opt-in* der Parteien abhängig und beruht damit im Grundsatz auf einem privatautonomen Akt, nicht hingegen der subjektiven Vorstellung einer ohnehin vorhandenen Rechtsbindung. Damit fehlt

---

<sup>85</sup> Vgl. *Kappus*, IPRax 1993, 137, 141. Dazu auch noch unten § 5 IV. 2. b) (S. 312 ff.).

<sup>86</sup> Dazu oben § 5 III. 1. (S. 268 ff.).

<sup>87</sup> Vgl. *Schmidt*, in: MüKo HGB, Band 1 (5. Aufl. 2021), Vorbemerkung (Vor § 1), Rn. 32; ebenso *Maultzsch*, in: MüKo HGB, Band 5 (5. Aufl. 2021), § 346, Rn. 20.

<sup>88</sup> BGHZ 188, 128, 134, Rn. 22; *Canaris*, Handelsrecht (24. Aufl. 2006), § 23, Rn. 10; *Maultzsch*, in: MüKo HGB, Band 5 (5. Aufl. 2021), § 346, Rn. 142.

<sup>89</sup> So etwa für die ERA *Häberle*, in: Häberle (Hrsg.), Handbuch für Kaufrecht, Rechtsdurchsetzung und Zahlungssicherung im Außenhandel (2002), 755, 761.

<sup>90</sup> Einführend *Krebs/Becker*, JuS 2013, 97, 100 m. w. N.

<sup>91</sup> Vgl. *Teubner*, in: *Liber Amicorum Simitis* (2000), 437, 440 ff.; *Jarass*, Privates Einheitsrecht (2019), 166, 238 f.

im Regelfall auch die erforderliche *opinio juris* und erweist sich das Handelsgewohnheitsrecht als zum Umgang mit transnationalen Verträgen weitgehend ungeeignete Kategorie.<sup>92</sup>

## IV. Begrenzungen der Vertragsfreiheit

Die durch die staatliche Rechtsordnung anerkannte Privatautonomie ist auch im materiellen Recht nicht schrankenlos. Mit der Parteidisposition entzogenen Schutzvorschriften zugunsten schwächerer Vertragsparteien, Dritter und der Allgemeinheit stellt das materielle Recht einen Ordnungsrahmen bereit, der gewährleisten soll, dass die Vertragsfreiheit des einen nur so weit geht, wie die Freiheit des anderen nicht grundsätzlich in Frage gestellt wird.<sup>93</sup> An diesem Ausartieren potenziell kollidierender Freiheitssphären wird erneut die Vermittlerrolle des Rechts zwischen den Eigenrationalitäten von Wirtschaft einerseits und Politik andererseits deutlich.<sup>94</sup> Trotz des hiermit verbundenen staatlichen Regelungs- und Steuerungsanspruchs bieten jedoch auch die vertragsfreiheitsbegrenzenden Vorschriften des deutschen Privatrechts durchaus Spielräume für einen responsiven Umgang mit transnationalen Verträgen. Dies gilt im Besonderen für die praktisch äußerst bedeutsamen Vorschriften der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, welche eine Abbedingung bestimmter dispositiver Regelungsinhalte von prozeduralen Voraussetzungen abhängig machen und diesen dadurch zumindest „halbzwingenden“ Charakter<sup>95</sup> verleihen. Doch selbst die bedingungslos anzuwendenden Vorschriften des zwingenden Rechts bieten im Rahmen ihrer Anwendung auf transnationale Ordnungszusammenhänge Raum für eine kontextsensible Auslegung.

### 1. AGB-Kontrolle

Das aus der Sicht der grenzüberschreitenden Finanz- und Wirtschaftspraxis wohl berühmt-berüchtigtste Element und zugleich den neuralgischen Punkt des deutschen Vertragsrechts stellt die im internationalen Vergleich sehr weitgehende Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen dar, die in Deutschland auf eine lange Tradition zurückgeht.<sup>96</sup> Schon 1933 hatte *Hans Großmann-Doerth* – nach-

---

<sup>92</sup> Ähnlich für nicht kodifizierte Verträge allgemein *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge (2001), 338 f.

<sup>93</sup> Ausführlich *Renner*, Zwingendes transnationales Recht (2010), 24 ff.

<sup>94</sup> Vgl. zur strukturellen Kopplung zwischen diesen beiden Systemen durch den Vertragsmechanismus *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (1993), 463 f.

<sup>95</sup> *Stoll*, in: FS Kegel (1987), 623, 656.

<sup>96</sup> Überblick bei *Maurer*, Die Inhaltskontrolle transnationalen Rechts (2010), 4 ff. Für eine

dem die Standardisierung von Vertragsbedingungen im Zuge der Industriellen Revolution des 19. Jahrhunderts zum Massenphänomen geworden war<sup>97</sup> – zu einer umfassenden gerichtlichen Überprüfung einseitig vorformulierter Vertragsbedingungen aufgerufen, hinter welchen sich ein „selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft“ verberge, das dem eigentlichen Parteiwillen kaum mehr Spielraum lasse.<sup>98</sup> Nur zwei Jahre später gab *Ludwig Raiser* mit seiner Habilitationsschrift „Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen“<sup>99</sup> Wissenschaft und Rechtspraxis hierfür einen Leitfaden an die Hand, der für Jahrzehnte zum maßgeblichen Referenzpunkt wurde und zu einer proaktiven, zunächst auf § 138 BGB und später auch auf § 242 BGB gestützten Rechtsprechungstätigkeit auf dem Gebiet der AGB-Kontrolle Vorschub leistete.<sup>100</sup> Mit dem am 1.1.1977 in Kraft getretenen „Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ (AGB-Gesetz) wurde die Materie kodifiziert und schließlich mit der Schuldrechtsreform 2002<sup>101</sup> unter Einbeziehung europarechtlicher Vorgaben zum Verbraucherrecht<sup>102</sup> in die §§ 305 ff. des BGB überführt. Dominierendes Leitbild der AGB-Kontrolle war dabei lange Zeit die Wiederherstellung einer durch Machtungleichgewichte gefährdeten „Vertragsgerechtigkeit“.<sup>103</sup> Modernere Begründungstopoi setzen nunmehr vor allem an der gesetzlichen Korrektur eines potenziellen Marktversagens an, welches aus Informations- und Motivationsgefällen zwischen AGB-Verwendern und deren Kunden resultieren und zur Verbreitung unausgewogener Vertragsbedingungen führen könne.<sup>104</sup> Von Kritikern wird das

---

umfassende rechtshistorische Untersuchung zu dieser Thematik siehe *Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgelehrtslehre (2010).

<sup>97</sup> *Fornasier*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), Vorbemerkung (Vor § 305), Rn. 1.

<sup>98</sup> *Großmann-Doerth*, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht (1933), 5 f.

<sup>99</sup> *Raiser*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen (1935).

<sup>100</sup> Vgl. etwa BGHZ 1, 83, 86; BGHZ 38, 183, 185 f.; BGHZ 41, 151, 154; BGHZ 54, 106, 109 f.; siehe auch *Raiser*, JZ 1958, 1, 7 („Ruhmesblatt der deutschen Rechtsprechung“). Zum Ganzen *Fornasier*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), Vorbemerkung (Vor § 305), Rn. 11 f. m. w. N.

<sup>101</sup> Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001, BGBl. I 3138.

<sup>102</sup> Insbesondere Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

<sup>103</sup> Vgl. etwa BGHZ 64, 238, 242; BGH NJW 1976, 2345, 2346; BGH NJW 1977, 624, 625; zuletzt auch BGHZ 215, 172, 189 f., Rn. 64.

<sup>104</sup> *Grundmann*, JZ 2000, 1133, 1136 ff.; *Gottschalk*, AcP 206 (2006), 555, 559; *Leuschner*, AcP 207 (2007), 491, 494 ff.; *Leuschner*, JZ 2010, 875, 879 f.; *Eidenmüller*, JZ 2009, 641, 650; *Leyens/H.-B. Schäfer*, AcP 210 (2010), 771, 779 ff.; *Renner*, AcP 213 (2013), 677, 688; *Kainer*, in: FS Ebke (2021), 485, 491 f.; *D. Paulus*, in: Bordiga/H. Wais (Hrsg.), Inhalt und Grenzen der Privatautonomie in Deutschland und Italien (2021), 89, 104 f.; *Fornasier*, in: MüKo BGB,

deutsche AGB-Recht allerdings seit Langem als für den unternehmerischen Verkehr unpassend und als wichtigster Grund für die in der Kautelarpraxis verbreitete Bevorzugung ausländischer Rechtsordnungen identifiziert.<sup>105</sup> Besonders moniert wird, dass gerade in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht strukturell zwischen Verbrauchergeschäften und unternehmerischen Geschäften, geschweige denn zwischen inländischen und internationalen Geschäften differenziert werde.<sup>106</sup>

Auch die Tatsache, dass innerhalb der transnationalen Vertragsrechtsregime von ICC, LMA und ISDA deutsches Recht bislang einzelvertraglich vergleichsweise selten gewählt wird, dürfte nicht unwesentlich mit der drohenden Möglichkeit einer strikten Residualkontrolle der einzelnen Vertragsklauseln anhand nationaler Maßstäbe zusammenhängen.<sup>107</sup> So sieht sich etwa die LMA im Hinblick auf ihre auf deutsches Recht zugeschnittenen Musterdokumente zu dem ausdrücklichen Warnhinweis veranlasst, dass die Vereinbarkeit der einzelnen Klauseln mit deutschem AGB-Recht nicht gesichert sei.<sup>108</sup> Hiervon potenziell betroffen sind beispielsweise die in den Mustervertragsbedingungen des Leveraged Finance Facility Agreement der LMA vorgesehenen Sonderkündigungsrechte der Kreditgeberseite im Falle des Zahlungsverzugs („Non-payment“-Klausel<sup>109</sup>), der Verletzung von Auflagen über die Einhaltung wirtschaftlicher Kennzahlen („Financial Covenant“-Klauseln<sup>110</sup>), der Unrichtigkeit vertraglicher

---

Band 2 (9. Aufl. 2022), Vorbemerkung (Vor § 305), Rn. 6 ff.; *Hesse*, Diktierte Parteiautonomie (2022), 34 ff.

<sup>105</sup> Etwa *Pfeiffer*, ZGS 2004, 401; *Berger*, ZIP 2006, 2149 ff.; *Berger*, NJW 2010, 465 ff.; *Berger*, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria (2. Aufl. 2010), 28 f.; *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158 ff.; *Dauner-Lieb/Axer*, ZIP 2010, 309 ff.; *Leuschner*, JZ 2010, 875, 876; *Maier-Reimer*, NJW 2017, 1, 2 ff.; *G. Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), 176 ff. Zusammenfassende Übersicht bei *Gsell*, in: Kindl/Perales Viscasillas/Arroyo Vendrell (Hrsg.), Standardisierte Verträge (2017), 237, 244 ff.; ausführliche Darstellung bei *Sommerfeld*, AGB-Reform und Rechtsflucht (2021), 44 ff. (zur Reformdebatte), 185 ff. (zum tatsächlichen Einfluss des AGB-Rechts auf die Rechtswahl); *Richters/Friesen*, in: BeckOGK (2022), § 310 BGB, Rn. 28 ff.

<sup>106</sup> Speziell zu Letzterem *Stoll*, in: FS Kegel (1987), 623, 639 ff.; vgl. am Beispiel der Vereinbarung laufzeitunabhängiger Entgelte in Darlehensverträgen auch *Walgenbach*, in: Langenbacher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar (3. Aufl. 2020), 16. Kapitel, Rn. 10a.

<sup>107</sup> Am Beispiel der LMA *Renner/Leidinger*, BKR 2015, 499; vgl. allgemein auch *Stoll*, in: FS Kegel (1987), 623, 638.

<sup>108</sup> Etwa *LMA*, Users Guide to the German Law Version of Form of Facility Agreement for Real Estate Finance Multiproperty Investment Transactions (2016), 3; *LMA*, Supplemental Users Guide to the German Law Version of the LMA Recommended Form for Primary Documents (2020), 1.

<sup>109</sup> Sec. 29.1 LMA Leveraged Finance Facility Agreement.

<sup>110</sup> Sec. 29.2 i. V. m. Sec. 27 LMA Leveraged Finance Facility Agreement.



Zusicherungen („Misrepresentation“-Klausel<sup>111</sup>) oder der Kündigung anderweitiger Kreditvertragsbeziehungen durch Drittgläubiger („Cross Default“-Klausel<sup>112</sup>).<sup>113</sup> Noch drastischer reagiert die ISDA, die sich bisher – trotz entsprechender Bemühungen deutscher Marktakteure – erst gar nicht auf die Erstellung speziell auf deutsches Recht abgestimmter Musterverträge eingelassen hat, wohingegen sie solche mittlerweile beispielsweise auch zum französischen und zum irischen Recht anbietet.<sup>114</sup> Nicht zuletzt angesichts solcher Beobachtungen werden im Schrifttum immer wieder Forderungen nach weitreichenden Reformen des deutschen AGB-Rechts für den unternehmerischen Geschäftsverkehr erhoben.<sup>115</sup> Eine grundlegende Überarbeitung der Vorschriften scheint aber nichtsdestotrotz bis auf Weiteres nicht auf der Agenda des deutschen Gesetzgebers zu stehen.<sup>116</sup> Dem Grundansatz dieser Untersuchung entsprechend soll deshalb der Fokus im Folgenden nicht auf (weiteren) rechtspolitischen Forderungen, sondern auf dem bereits vorhandenen Potenzial der gegenwärtigen §§ 305 ff. BGB für einen responsiven Umgang mit transnationalen Verträgen liegen.<sup>117</sup>

#### a) Anwendungsbereich

Zunächst stellt sich die Frage, ob und inwieweit transnationale Verträge überhaupt in den Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle nach §§ 305 Abs. 1, 310 BGB fallen. Teilweise wird dies pauschal bejaht und eine Qualifikation als Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz generell als probate rechtsquellentheoretische und dogmatische Kategorie für den Umgang des staatlichen Privatrechts mit dem Ord-

---

<sup>111</sup> Sec. 29.4 LMA Leveraged Finance Facility Agreement.

<sup>112</sup> Sec. 29.5 LMA Leveraged Finance Facility Agreement.

<sup>113</sup> Zum Ganzen *Renner/Leidinger*, BKR 2015, 499, 502 ff.

<sup>114</sup> *Lehmann*, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Internationales Finanzmarktrecht, Rn. 547.

<sup>115</sup> Etwa *Müller/Griebeler/Veil*, BB 2009, 2658, 2660 ff.; *Berger*, NJW 2010, 465, 467 ff.; *Leuschner*, JZ 2010, 875, 883 f.; *Leuschner*, ZIP 2015, 1045 ff.

<sup>116</sup> Ein vom Bundesministerium der Finanzen am 29.6.2022 vorgelegtes Eckpunktepapier für ein Zukunftsfinanzierungsgesetz deutet allerdings an, dass bestimmte Finanzverträge zwischen professionellen Parteien künftig von einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB ausgenommen werden könnten (abrufbar unter [https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Finanzmarktpolitik/2022-06-29-eckpunkte-zukunftsfinanzierungsgesetz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Finanzmarktpolitik/2022-06-29-eckpunkte-zukunftsfinanzierungsgesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=6)). Während im Eckpunktepapier hierfür das Modell einer von bestimmten Voraussetzungen abhängigen Anerkennung als Musterfinanzvereinbarung durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht vorgeschlagen wird, soll im zum Bearbeitungszeitpunkt noch nicht veröffentlichten Referentenentwurf offenbar die Einführung einer neuen Bereichsausnahme in § 310 BGB vorgesehen werden; siehe zum Ganzen *Casper*, ZHR 187 (2023), 5, 9 ff.

<sup>117</sup> Vgl. zum Ansatz einer Fokussierung auf eine kontextsensible Auslegung statt Reform der AGB-Vorschriften *Fornasier*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 310, Rn. 29 ff.



nungsphänomen transnational vereinheitlichter Musterverträge erachtet.<sup>118</sup> Auch hier ist aber eine differenzierte Betrachtung geboten. Erforderlich ist, dass es sich bei den jeweils verwendeten Musterdokumenten im spezifischen Anwendungskontext des Einzelfalls zum einen überhaupt um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt und dass zum anderen für diese keine Bereichsausnahme einschlägig ist.

#### *aa) Vorliegen von AGB*

§ 305 Abs. 1 S. 1 BGB definiert Allgemeine Geschäftsbedingungen als „für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt“. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB ergänzt klarstellend, dass keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorliegen, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Parteien „im Einzelnen ausgehandelt“ worden sind.

#### *(1) Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen*

Dass die in transnationalen Verträgen herangezogenen Musterdokumente der ICC, ISDA, LMA und anderer Regelungsorganisationen zunächst Vertragsbedingungen darstellen, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert werden, steht außer Zweifel. Die Vorbildwirkung für eine möglichst große Zahl künftig noch abzuschließender Einzelverträge ist schließlich ihr erklärtes Hauptziel. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Organisationen ihre Muster ausdrücklich als unverbindliche Empfehlungen darstellen, die „lediglich Diskussionsgrundlage für Vertragsverhandlungen“ sein wollen.<sup>119</sup> Für das Kriterium des Vorformulierens reicht es aus, dass die in den Vertrag aufgenommenen Bedingungen bereits vor Vertragsschluss vorlagen und in ihrem Kerngehalt in den Einzelvertrag übernommen wurden.<sup>120</sup>

#### *(2) Stellen durch einen Verwender*

Größere Schwierigkeiten wirft jedoch das Tatbestandsmerkmal des „Stellens“ der Bedingungen durch einen „Verwender“ auf. Es verlangt letztlich nach einer

---

<sup>118</sup> Vgl. etwa von Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Band I (2. Aufl. 2003), § 2, Rn. 72.

<sup>119</sup> So stellt etwa die LMA all ihren Musterdokumenten den Hinweis voran: „For the avoidance of doubt, this document is in a non-binding, recommended form. Its intention is to be used as a starting point for negotiation only. Individual parties are free to depart from its terms and should always satisfy themselves of the regulatory implications of its use.“ Siehe dazu Renner/Leidinger, BKR 2015, 499, 500. Vgl. zur ISDA Biggins/Scott, EBLR 13 (2012), 309, 326.

<sup>120</sup> Fornasier, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 305, Rn. 13; vgl. auch Mäsch, in: Staudinger (2022), § 305, Rn. 25.

Zurechenbarkeit der Bedingungen zu einer der Vertragsparteien.<sup>121</sup> Diese muss die Bedingungen zwar nicht notwendigerweise selbst formuliert,<sup>122</sup> sie aber einseitig in die Vertragsverhandlungen eingebracht und dabei nicht ernstlich zur Disposition gestellt haben, was sich insbesondere aus der auf ein „Aushandeln im Einzelnen“ abstellenden Negativformulierung des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB ergibt.<sup>123</sup> Die bloße Einräumung einer Gelegenheit zum Anbringen von Anmerkungen und Änderungswünschen beseitigt das Element des Stellens allerdings nicht.<sup>124</sup> Speziell der BGH verlangt für ein „Aushandeln“ deutlich mehr als ein bloßes „Verhandeln“, nämlich die für jede Klausel einzeln festzustellende reale Möglichkeit der Gegenseite, den gesetzesfremden Kerngehalt der Regelung inhaltlich im eigenen Interesse beeinflussen zu können.<sup>125</sup> Zumindest im unternehmerischen Verkehr, in welchem sich transnationale Vertragsabschlüsse fast ausschließlich bewegen, können diese hohen Voraussetzungen kaum je erfüllt geschweige denn im Streitfall bewiesen werden<sup>126</sup> – zumal ein solches detailliertes Aushandeln die mit der Verwendung transnationaler Musterdokumente als „Paketlösung“ verbundenen Kosten- und Vereinheitlichungsvorteile für alle beteiligten Parteien konterkarieren würde.<sup>127</sup> Am Element des „Stellens“ wird es daher in den wenigsten Fällen transnationaler Vertragsgestaltungen fehlen.

Problematischer – und deshalb für eine kontextsensible Handhabung empfänglicher – erscheint bei einem Rückgriff auf transnationale Musterdokumente demgegenüber das Kriterium des einseitigen Einbringens durch einen „Verwender“. Eine einseitige Zurechnung ist zumindest dann nicht mehr plausibel, wenn die Einbeziehung der vorformulierten Bedingungen auf der freien Entscheidung und dem gleichberechtigten Wunsch beider Vertragsparteien beruht.<sup>128</sup> Da etwa die

---

<sup>121</sup> *Fornasier*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 305, Rn. 21, 30; vgl. auch BGHZ 126, 326, 332; BGHZ 184, 259, 263, Rn. 10; BGH NJW 2016, 1230, 1231, Rn. 24.

<sup>122</sup> So schon ausdrücklich die Begründung zum Entwurf des AGB-Gesetzes, BT-Drs. 7/3919, 6.8.1975, 16. Aus der Rechtsprechung etwa BGH NJW 2016, 1230, 1231, Rn. 24.

<sup>123</sup> Vgl. *Fornasier*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 305, Rn. 21, 36.

<sup>124</sup> BGH NJW 2016, 1230, 1232, Rn. 29 f.; *Fornasier*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 305, Rn. 21.

<sup>125</sup> Ständige Rechtsprechung, etwa BGH NJW-RR 1987, 144, 145; BGH NJW 1991, 1678, 1679; BGH NJW 1992, 2283, 2285; BGH NJW 1992, 2759, 2760; BGH WM 1995, 1455, 1456; BGH NJW 1998, 3488, 3489; BGHZ 143, 103, 111 f.; BGHZ 150, 299, 302 f.; BGHZ 153, 311, 321; BGH NJW 2005, 1574, 1575; BGH NJW 2005, 2543, 2544; BGH NJW 2013, 856, Rn. 10; BGHZ 204, 346, 355 f., Rn. 33; BGH NZBau 2016, 213, 215, Rn. 26.

<sup>126</sup> Deutliche Kritik etwa bei *Berger*, ZIP 2006, 2149, 2152; *Berger/Kleine*, BB 2007, 2137; *Berger*, Arb. Int'l 32 (2016), 243, 247 f.; *Fornasier*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 305, Rn. 48 ff.

<sup>127</sup> Am Beispiel der LMA-Musterdokumente *Renner/Leidinger*, BKR 2015, 499, 500; vgl. auch *Berger/Kleine*, BB 2007, 2137; *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158, 159 f.

<sup>128</sup> *Fornasier*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 305, Rn. 21.

Musterdokumente der ICC, LMA und der ISDA von Repräsentanten verschiedener markteteiligter Interessengruppen ausgehandelt und von den meisten Angehörigen der jeweils adressierten Branchen als ausgewogen betrachtet werden, wird es in Vertragsverhandlungen jedenfalls unter professionellen Akteuren nicht selten vom Zufall abhängen, welche Seite eine Verwendung des einschlägigen Musterdokuments zur Sprache bringt oder zuerst auf dieses Bezug nimmt.<sup>129</sup> Wirken beide Parteien einvernehmlich auf die Verwendung des Musters hin, erscheint eine Differenzierung zwischen „Verwender“ und „anderer Vertragspartei“, wie sie im Tatbestand des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB angelegt ist, nicht mehr sinnvoll.<sup>130</sup> Dies gilt insbesondere für solche Vertragsparteien, die häufig an entsprechenden Transaktionen beteiligt sind und womöglich auch in laufenden Geschäftsbeziehungen zueinander stehen. In solchen Konstellationen greift die auf den Ausgleich eines Marktversagens gerichtete Zwecksetzung der AGB-Kontrolle nicht durch.<sup>131</sup> Unabhängig davon, ob man dann alle Vertragsparteien oder keine von diesen als „Verwender“ einstufen möchte,<sup>132</sup> ist bei responsiver Auslegung der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle in solchen Fällen trotz fehlendem „Aushandeln“ der Klauseln im Einzelnen mangels einseitiger Zurechenbarkeit der Vertragsbedingungen als nicht eröffnet anzusehen.<sup>133</sup>

Auch bei transnationalen Verträgen kann die Situation freilich anders liegen. So wird es etwa bei Konsortialkrediten zumindest im Außenverhältnis zwischen Kreditnehmer und Kreditgebern regelmäßig die Kreditgeberseite sein, welche die Verwendung eines LMA-Musterdokuments vorschlägt, insbesondere wenn die Aufnahme von Konsortialkrediten nicht zum alltäglichen Geschäft des Kreditnehmers gehört.<sup>134</sup> Auch im Innenverhältnis wird typischerweise der *arranger* derjenige sein, welcher zunächst unter Heranziehung eines LMA-Musterdokuments den Vertragsentwurf erarbeitet und diesen dann an potenzielle weitere Kreditgeber weiterleitet.<sup>135</sup> Ebenso ist es im Falle von Kreditderivaten wahrscheinlich, dass der beteiligte Sicherungsgeber häufiger mit der jeweiligen Transaktionsart zu tun hat und deshalb am ehesten derjenige sein wird, der auf

<sup>129</sup> *Fornasier*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 305, Rn. 28.

<sup>130</sup> Vgl. *Stoll*, in: FS Kegel (1987), 623, 655; speziell zu den ERA *Häberle*, in: Häberle (Hrsg.), Handbuch für Kaufrecht, Rechtsdurchsetzung und Zahlungssicherung im Außenhandel (2002), 755, 760.

<sup>131</sup> Vgl. *Grundmann*, in: FS Rolland (1999), 145, 152 f.; speziell zu den ERA *Schütze/Vorpeil*, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr (7. Aufl. 2016), 20 f.

<sup>132</sup> Offengelassen in BGHZ 184, 259, 268 f., Rn. 21.

<sup>133</sup> Vgl. *Fornasier*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 305, Rn. 28 f.; siehe für eine Konstellation fehlender einseitiger Zurechenbarkeit BGHZ 184, 259, 269, Rn. 21.

<sup>134</sup> Vgl. *Wenzel*, Rechtsfragen internationaler Konsortialkreditverträge (2006), 89 f.; *Renner/Leidinger*, BKR 2015, 499, 500.

<sup>135</sup> *Wenzel*, Rechtsfragen internationaler Konsortialkreditverträge (2006), 72.

eine Verwendung der ISDA-Musterdokumente hinwirkt sowie anhand dieser einen ersten Vertragsentwurf erstellt. Beim Dokumentenakkreditiv kann dies hinsichtlich der Verwendung der ERA vor allem auf regelmäßig in der Außenhandelsfinanzierung aktive Banken sowie auf Großlieferanten zutreffen. In all diesen Konstellationen ist folgerichtig das „Stellen durch einen Verwender“ zu bejahen und die AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB fortzusetzen. Eine Einzelfallbetrachtung der Frage des Vorliegens von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bleibt damit auch im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen unabdingbar.

#### *bb) Bereichsausnahmen*

Selbst wenn die Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 BGB im Einzelfall vorliegen, scheidet eine AGB-Kontrolle aus, wenn der zu beurteilende transnationale Vertrag einer der Bereichsausnahmen des § 310 Abs. 4 S. 1 BGB unterfällt.<sup>136</sup> Während die dort aufgeführten Bereiche des Erb-, Familien- und kollektiven Arbeitsrechts im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen ohne Belang sind, kann wiederum die Ausnahme des „Gesellschaftsrechts“ potenziell relevant werden; namentlich für nach Vorlage der Musterdokumente der LMA ausgestaltete Konsortialkreditverträge. Bereits im Rahmen der Erörterung des Anwendungsbereichs der kollisionsrechtlichen Rechtswahlfreiheit nach der Rom I-VO wurde erläutert, dass das Innenverhältnis eines Kreditkonsortiums nach der im deutschen Schrifttum überwiegenden Ansicht als Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingestuft wird,<sup>137</sup> was auf Grundlage des § 310 Abs. 4 S. 1 BGB eine AGB-Prüfung der für das Innenverhältnis übernommenen Vorschriften der LMA-Musterverträge ausschließen würde. Aufgrund der innerhalb der EU bestehenden Qualifikationsunterschiede wurde im kollisionsrechtlichen Zusammenhang in Bezug auf die Anwendung des Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO indes für eine einheitliche schuldvertragliche Qualifikation des Kreditkonsortiums plädiert.<sup>138</sup> Hierfür sprachen neben dem Vergleich mit dem insoweit vom EuGH eng verstandenen Art. 24 Nr. 2 Brüssel Ia-VO und der Systematik der Rom I-VO, die eine restrikt-

---

<sup>136</sup> Andere Ausnahmenvorschriften des § 310 BGB wie etwa § 310 Abs. 1 S. 3 BGB führen nicht zur Nichtanwendbarkeit des AGB-Rechts, sondern nur zu Einschränkungen der AGB-Prüfung und werden deshalb erst im Rahmen der Ausführungen zur Inhaltskontrolle unter § 5 IV. 1. c) (S. 293 ff.) behandelt.

<sup>137</sup> Etwa *De Meo*, Bankenkonsortien (1994), 34 ff.; *Brandt/Sonnenhol*, WM 2001, 2329, 2331; *Wenzel*, Rechtsfragen internationaler Konsortialkreditverträge (2006), 256 ff.; *Freitag*, in: *Staudinger* (2015), § 488, Rn. 79; *Diem/C. Jahn*, Akquisitionsfinanzierungen (4. Aufl. 2019), § 31, Rn. 1 ff.; *C. Schäfer*, in: *MüKo BGB*, Band 7 (8. Aufl. 2020), Vor § 705, Rn. 59; *Pamp*, in: *Ellenberger/Bunte* (Hrsg.), *Bankrechtshandbuch* (6. Aufl. 2022), § 51, Rn. 122; *Sprau*, in: *Grüneberg* (Hrsg.), *BGB* (82. Aufl. 2023), § 705, Rn. 44.

<sup>138</sup> Dazu oben § 4 III. 1. c) (S. 209 ff.).

tive Auslegung der Bereichsausnahme nahelegt, insbesondere die teleologische Erwägung, dass die Eröffnung der Rechtswahloption des Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO nicht nur dem Parteiwillen entspricht, sondern auch für die von der Rom I-VO angestrebte Rechtssicherheit von entscheidender Bedeutung ist und die Einbettung von Einzelverträgen in transnationale Ordnungsstrukturen oftmals erst ermöglicht.

Diese aus der Auslegung des Unionsrechts gewonnenen Argumente lassen sich allerdings nicht ohne Weiteres in den materiellrechtlichen Kontext des § 310 Abs. 4 S. 1 BGB übertragen, dessen Auslegung sich grundsätzlich allein am deutschen Recht orientieren muss.<sup>139</sup> Der Begriff „Gesellschaft“ in § 310 Abs. 4 S. 1 BGB erfasst unzweifelhaft alle im deutschen Recht anerkannten Gesellschaftsformen, einschließlich der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach §§ 705 ff. BGB,<sup>140</sup> und die Subsumtion eines Kreditkonsortiums unter die niedrigschwelligeren Voraussetzungen des § 705 BGB – gemeinsame Zweckverfolgung und Förderpflicht der Beteiligten – ist im Regelfall unproblematisch möglich.<sup>141</sup> Fraglich ist daher allein, ob Sinn und Zweck der Vorschrift eine Korrektur dieses Subsumtionsergebnisses im Hinblick auf transnationale Konsortialkreditverträge gebieten. Hintergrund der Herausnahme gesellschaftsrechtlicher Verträge aus dem Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle ist, dass die am synallagmatischen Austauschvertrag orientierten Kontrollmaßstäbe der §§ 305 ff. BGB unpassend sind für organisationsbezogene gesellschaftsrechtliche Fragestellungen wie Stimm- und Vertretungsrechte sowie Koordinationspflichten, die gerade auch das Innenverhältnis des Kreditkonsortiums prägen.<sup>142</sup> Die Argumente des Parteiwillens und der Förderung von Rechtssicherheit auf grenzüberschreitenden Märkten, die im Zusammenhang mit Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO für eine restriktive Auslegung sprechen, greifen für § 310 Abs. 4 S. 1 BGB nicht. Im Gegenteil: Dem Parteiwillen und dem Interesse an durch Vertragsvereinheitlichung geförderter grenzüberschreitender Rechtssicherheit entspricht es hier mit Blick

---

<sup>139</sup> *Estevan de Quesada/Renner*; ERCL 13 (2017), 164, 187.

<sup>140</sup> *Fornasier*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 310, Rn. 121.

<sup>141</sup> Der erforderliche gemeinsame Zweck liegt in der gemeinsamen Ausreichung und zentralisierten Koordination und Verwaltung eines Kredits an den gleichen Kreditnehmer. Die Förderpflicht der Konsorten äußert sich neben der Auszahlung des jeweiligen Kreditanteils unter anderem in den üblicherweise vereinbarten Pro-Rata-Distribution- und Sharing-Klauseln, die bei unvollständiger Darlehensrückzahlung eine gleichmäßige anteilige Verteilung verlangen, sowie in der Verpflichtung zur Unterlassung einseitiger Kündigungen und Fälligstellungen von Kreditanteilen im Krisenfall des Kreditnehmers. Ausführlich hierzu *Wenzel*, Rechtsfragen internationaler Konsortialkreditverträge (2006), 257 ff; *Böhle*, Das Recht des internationalen Kreditkonsortiums (2022), 53 ff.

<sup>142</sup> Vgl. BGHZ 127, 176, 183 f.; *C. Schäfer*, in: MüKo BGB, Band 7 (8. Aufl. 2020), § 705, Rn. 143; *Becker*, in: BeckOK BGB (65. Ed. 2023), § 310, Rn. 29.



auf die angestrebte transnationale Anschlussfähigkeit des Einzelvertrages weit eher, die Ausnahme des § 310 Abs. 4 S. 1 BGB im Zweifel anzuwenden und die das Innenverhältnis betreffenden Vereinbarungen des Kreditkonsortialvertrages in Übereinstimmung mit der im deutschen Schrifttum herrschenden Auffassung von der AGB-Kontrolle auszunehmen.<sup>143</sup> Folgt man dem, kann eine Inhaltskontrolle zumindest für die das Innenverhältnis der Konsorten betreffenden Vorschriften transnationaler Konsortialkreditverträge nur noch auf Grundlage der §§ 138, 242 BGB stattfinden. Als Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle transnationaler Verträge nach §§ 305 ff. BGB verbleiben dann allein solche Fallkonstellationen, in welchen erstens eine einseitige Zurechnung der Verwendung des Musterdokuments möglich und zweitens kein Ausnahmetatbestand nach § 310 Abs. 4 S. 1 BGB erfüllt ist.

#### *b) Einbeziehungskontrolle*

Sind Vertragsbedingungen als Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB identifiziert und ist das Vorliegen einer Bereichsausnahme im konkreten Einzelfall verneint worden, stellt sich im nächsten Schritt die Frage nach deren wirksamer Einbeziehung. Die speziellen Voraussetzungen der § 305 Abs. 2 und Abs. 3 BGB sind im unternehmerischen Geschäftsverkehr, dem transnationale Verträge im Finanzbereich in den allermeisten Fällen zugehören, gemäß § 310 Abs. 1 S. 1 BGB nicht anzuwenden, sodass sich die Einbeziehungskontrolle hier im Wesentlichen auf das Verbot überraschender Klauseln nach § 305c Abs. 1 BGB beschränkt. Als „überraschend“ definiert das Gesetz solche Klauseln, „die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht“. Die Vorschrift beruht auf der empirisch gesicherten Erkenntnis, dass vorformulierte Vertragsbedingungen typischerweise nicht im Einzelnen gelesen werden,<sup>144</sup> und dient dem Schutz des Vertrauens darauf, dass die getroffenen Regelungen sich im Großen und Ganzen im Rahmen des nach den Umständen des Vertragsschlusses Erwartbaren halten.<sup>145</sup> Maßgeblich ist dabei grundsätzlich der Erwartungshorizont eines Durchschnittskunden.<sup>146</sup> Bei Verträgen allerdings, die regelmäßig mit einer bestimmten

<sup>143</sup> *Estevan de Quesada/Renner*, ERCL 13 (2017), 164, 187.

<sup>144</sup> Umfassender Überblick über die hierzu durchgeführten empirischen Untersuchungen bei *McColgan*, Abschied vom Informationsmodell im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen (2020), 82 ff.; vgl. auch *Ben-Shahar/Schneider*, *More Than You Wanted to Know* (2014), 42 ff.

<sup>145</sup> *Bonin*, in: BeckOGK (2022), § 305c BGB, Rn. 2; *Fornasier*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 305c, Rn. 1; vgl. auch die Begründung zum Entwurf des AGB-Gesetzes, BT-Drs. 7/3919, 6.8.1975, 19.

<sup>146</sup> *Fornasier*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 305c, Rn. 7.



Art von Kunden – etwa Angehörigen einer bestimmten Branche oder eines bestimmten Berufsfelds – geschlossen werden, kann noch gezielter auf den Erwartungshorizont der an der jeweiligen Vertragsart typischerweise beteiligten Verkehrskreise abgestellt werden.<sup>147</sup> Diese Maßgabe kann auch im Hinblick auf transnationale Verträge fruchtbar gemacht werden, bei welchen sich üblicherweise professionelle Akteure einer bestimmten Branche gegenüberstehen. Der gruppenspezifische Erwartungshorizont einer „typischen“ Vertragspartei wird hier oft wesentlich durch die Vorgaben der am jeweiligen Markt etablierten Musterdokumente selbst geprägt. Als Allgemeine Geschäftsbedingungen einzuordnende Klauseln eines transnationalen Musterdokuments sind deshalb jedenfalls für Marktbeteiligte üblicherweise nicht überraschend, sondern das genaue Gegenteil hiervon.<sup>148</sup> Zur Überraschung im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB kann es im Einzelfall allenfalls dann kommen, wenn von den Vorgaben des einschlägigen Musterdokuments einseitig abgewichen wird – wofür in der Regel wenig Anreize bestehen dürften, weil hierdurch auch die mit der Nutzung des Musters verbundenen Standardisierungsvorteile und die Anschlussfähigkeit des Einzelvertrages an das jeweilige transnationale Vertragsrechtsregime unterlaufen würden – oder wenn ausnahmsweise eine Vertragspartei nicht mit den Markterwartungen vertraut sein sollte, etwa weil es sich um einen branchenfremden Unternehmer oder um einen Verbraucher handelt.

### c) Inhaltskontrolle

Wirksam einbezogene Allgemeine Geschäftsbedingungen unterliegen schließlich der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB. Während die §§ 308, 309 BGB hierfür detaillierte Einzelvorgaben enthalten, die indes gemäß § 310 Abs. 1 S. 1 BGB bis auf wenige Ausnahmen im unternehmerischen Verkehr keine unmittelbare Anwendung finden<sup>149</sup> und deshalb für transnationale Vertragsgestaltungen nur äußerst selten relevant werden dürften, erfasst § 307 BGB als umfassende Auffangvorschrift und Generalklausel grundsätzlich alle Konstellationen der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Auch hiervon sieht allerdings § 310 Abs. 1 S. 3 BGB eine Ausnahme für die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) einbeziehende Verträge vor, deren analoge An-

---

<sup>147</sup> Vgl. BGH NJW 1978, 1519; BGH NJW 1981, 117, 118; BGH NJW 1985, 850, 851; BGH NJW-RR 2004, 780 f.; BGH NJW-RR 2007, 1703, Rn. 12; *Fornasier*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 305c, Rn. 8.

<sup>148</sup> Vgl. zu den ERA von Bar, ZHR 152 (1988), 38, 52.

<sup>149</sup> Freilich werden die Inhalte der §§ 308, 309 BGB in der Rechtsprechung nichtsdestotrotz auch im unternehmerischen Verkehr zur Ausfüllung der Generalklausel des § 307 BGB herangezogen; vgl. *Fornasier*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 310, Rn. 11 ff.; *Wurmnest*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 308, Rn. 86 f., § 309, Rn. 9.

wendung auf andere von zentraler Stelle herausgegebene transnationale Musterdokumente erwogen werden kann. Zudem kann die Inhaltskontrolle hinsichtlich einzelner transnationaler Vertragsklauseln nach Maßgabe des § 307 Abs. 3 BGB auf eine bloße Transparenzkontrolle beschränkt sein. Soweit die Inhaltskontrollvorschriften der § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB hingegen vollumfänglich auf transnationale Vertragsbestimmungen zur Anwendung kommen, kann den Besonderheiten transnationaler Verträge noch bei der Ausfüllung der heranzuziehenden inhaltlichen Kontrollmaßstäbe Rechnung getragen werden.

*aa) Ausnahme wegen zentraler Herausgeberinstanz?*

Die in § 310 Abs. 1 S. 3 BGB ausdrücklich normierte Nichtanwendbarkeit der Inhaltskontrolle auf Verträge, welche die Bestimmungen der VOB/B in ihrer jeweils aktuellen Fassung ohne inhaltliche Abweichungen und insgesamt einbeziehen, gründet auf der Erwägung, dass eine gerichtliche Inhaltskontrolle nicht geboten erscheint, wenn ein in den einschlägigen Verkehrskreisen allgemein anerkanntes Vertragswerk zentral und unter Einbeziehung von Branchenvertretern in einem konsensualen Verfahren ausgehandelt wird, das potenziell allen beteiligten Interessengruppen Gehör und Einfluss verschafft.<sup>150</sup> Hier erscheint die Gefahr eines Marktversagens, das durch eine Inhaltskontrolle auszugleichen wäre, minimal.<sup>151</sup> Da auch im Rahmen der Genese der Regelwerke von ICC, LMA und ISDA mittlerweile umfassende Partizipationsmöglichkeiten für die verschiedenen unmittelbar adressierten Akteurskreise bestehen und die Verfahrensausgestaltung in hohem Maße eine Gruppenrichtigkeit der erzielten Verhandlungsergebnisse verbürgt,<sup>152</sup> kann man erwägen, auch diese Musterdokumente durch analoge Anwendung von § 310 Abs. 1 S. 3 BGB von der AGB-Inhaltskontrolle freizustellen.

Angesichts des Ausnahmecharakters der auf ein einziges spezifisches Vertragsregelwerk bezogenen Vorschrift erscheint es allerdings wenig plausibel, für unerwähnt gebliebene Musterdokumente von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen, die für eine Analogiebildung erforderlich wäre. Auch eine Vergleichbarkeit der Interessenlagen ist nicht in vollem Umfang gewährleistet, weil es sich bei den VOB/B erstens um ein gerade in und für Deutschland und das deutsche Recht entwickeltes, nicht um ein transnationales Vertragswerk handelt, und zweitens der geforderte Gesamtverweis auf das Regelwerk ohne jede inhalt-

---

<sup>150</sup> BGHZ 86, 135, 141; BGHZ 157, 346, 348; *Maurer*, Die Inhaltskontrolle transnationalen Rechts (2010), 9 f.; *Renner/Leidinger*, BKR 2015, 499, 500. Zum Zustandekommen der VOB/B *Damler*, Das gesetzlich privilegierte Muster im Privatrecht (2015), 47 ff.

<sup>151</sup> *Renner*, AcP 213 (2013), 677, 694.

<sup>152</sup> Dazu oben § 1 II. 5. c) dd) (S. 87 f.), § 2 II. 6. b) bb) (S. 145 ff.).

liche Modifikation im Zusammenhang mit den Musterdokumenten der ICC, LMA und ISDA – anders als bei den VOB/B<sup>153</sup> – in der Praxis durchaus nicht der Regelfall ist.<sup>154</sup> Trotz der potenziellen Verallgemeinerungsfähigkeit des Rechtsgedankens des § 310 Abs. 1 S. 3 BGB erscheint daher *de lege lata* eine gänzliche Herausnahme von auf den Musterdokumenten von ICC, LMA und ISDA beruhenden transnationalen Verträgen aus dem Anwendungsbereich der AGB-Inhaltskontrolle in analoger Anwendung der Vorschrift nicht möglich.<sup>155</sup>

#### *bb) Mögliche Beschränkung auf Transparenzkontrolle*

Auch für gesetzlich nicht privilegierte Musterverträge kommt allerdings nach Maßgabe des § 307 Abs. 3 BGB eine Beschränkung der Inhaltskontrolle einzelner Vertragsbestimmungen auf die Wahrung des Transparenzgebots nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB in Betracht. Gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB gilt die umfassende Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und Abs. 2 sowie §§ 308, 309 BGB nur für solche Klauseln, „durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden“. Im Umkehrschluss nicht erfasste Geschäftsbedingungen sind also zum einen solche, die lediglich den Inhalt gesetzlicher Regelungen wiedergeben (sog. deklaratorische Klauseln), zum anderen solche, die durch das Gesetz gar nicht erfasste Vertragsbestandteile betreffen, worunter namentlich unmittelbare Leistungsbeschreibungen und Preisabreden zu fassen sind.<sup>156</sup> Derartige Klauseln können gemäß § 307 Abs. 3 S. 2 BGB i. V. m. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB lediglich daraufhin überprüft werden, ob sie hinreichend klar und verständlich formuliert sind.

Die Herausnahme gesetzesdeklaratorischer Klauseln aus dem Anwendungsbereich der offenen Inhaltskontrolle lässt sich unschwer mit der Bindung des Richters an Recht und Gesetz nach Art. 20 Abs. 3 GG und der Erwägung erklären, dass die AGB-Inhaltskontrolle nicht als Instrument zur Angemessenheitsprüfung oder gar Modifikation gesetzgeberischer Wertungen zu dienen bestimmt ist.<sup>157</sup> In Bezug auf transnationale Vertragsgestaltungen im Finanzbereich hat diese Ausnahme aber freilich nur geringe Relevanz, weil sich die hierbei herangezogenen, grenzüberschreitend vereinheitlichten Musterdokumente bislang kaum je an

<sup>153</sup> Vgl. *Damler*, Das gesetzlich privilegierte Muster im Privatrecht (2015), 146.

<sup>154</sup> Vgl. am Beispiel der LMA *Ingenhoven/Eisen*, in: Hölter (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf (10. Aufl. 2022), Rn. 4.101.

<sup>155</sup> Zur zum Bearbeitungszeitpunkt rechtspolitisch diskutierten Möglichkeit der Einführung einer neuen Sonderregel in § 310 BGB für bestimmte Finanzverträge im Rahmen eines geplanten Zukunftsstabilisierungsgesetzes *Casper*, ZHR 187 (2023), 5, 9 ff.

<sup>156</sup> Vgl. statt aller *Wurmnest*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 307, Rn. 1.

<sup>157</sup> Statt aller *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge (2001), 377 f.; *Stoffels*, JZ 2001, 843, 844; *Wendland*, in: Staudinger (2022), § 307, Rn. 284, 290.

den dispositiven Vorschriften gerade der deutschen Rechtsordnung ausrichten. Dies gilt selbst für speziell auf das deutsche Recht zugeschnittene Musterverträge wie diejenigen der LMA, weil sich auch diese in erster Linie am englischen Vertragsrecht orientieren.<sup>158</sup>

Von größerer praktischer Bedeutung mit Blick auf transnationale Verträge ist demgegenüber die Ausnahme für Leistungsbeschreibungen und Preisabreden. Hinter dieser Kontrollbeschränkung steht zuvörderst die Erwägung, dass eine Inhaltskontrolle kaum durchführbar erscheint, wo das Gesetz selbst keine Regelungen trifft und es insoweit auch an gesetzlichen Kontrollmaßstäben fehlt.<sup>159</sup> Angesichts der Reichweite der auf die Gebote von Treu und Glauben abstellenden Generalklausel des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sowie des Verweises auf die „Natur des Vertrags“ und die „Gefährdung des Vertragszwecks“ in § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB erscheint es allerdings durchaus fragwürdig, ob es der dispositiven Vorgaben gerade eines staatlichen Gesetzgebers bedarf, um eine Inhaltskontrolle sinnvoll vornehmen zu können.<sup>160</sup> Überzeugender lässt sich die in § 307 Abs. 3 BGB angelegte Beschränkung der Inhaltskontrolle von Leistungsbeschreibungen und Preisabreden deshalb als Ausdruck der gesetzgeberischen Achtung der Privatautonomie und der Anerkennung marktwirtschaftlicher Prinzipien erklären.<sup>161</sup> Die Festlegung von Leistungen und Preisen (bzw. Gegenleistungen) stellt den Kernbereich des durch das Wechselspiel von Angebot und Nachfrage geprägten Marktmechanismus dar, der vom staatlichen Gesetzgeber respektiert wird und in welchen dementsprechend auch staatliche Gerichte grundsätzlich nicht eingreifen sollen.<sup>162</sup> Eine Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB erscheint indes auch hier angezeigt, damit sichergestellt ist, dass den Vertragsbeteiligten

---

<sup>158</sup> *Estevan de Quesada/Renner*, ERCL 13 (2017), 164, 177; *Renner*, ZBB 2018, 278, 281. So erläutert die LMA etwa im Vorwort des Supplemental Users Guide to the German law version of the LMA recommended form of Primary Documents, dass das Ziel der deutschrechtlichen Fassung darin bestehe, „form and substance of the LMA English law documents“ nur soweit erforderlich an die Anforderungen des deutschen Rechts anzupassen.

<sup>159</sup> Statt aller *Wurmnest*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 307, Rn. 1; aus der Rechtsprechung zuletzt etwa BGH NJW 2011, 1726 f.; BGH NJW 2018, 534, 535; BGH NJW 2019, 47, 48, jeweils m. w. N.

<sup>160</sup> Ausführlich zu diesen Kontrollmaßstäben unten § 5 IV. 1. c) cc) (S. 302 ff.).

<sup>161</sup> *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge (2001), 376 f., 386; *Stoffels*, JZ 2001, 843, 844; vgl. *Kainer*, in: FS Ebke (2021), 485, 490 ff.; *Eckelt*, in: BeckOGK (2022), § 307 BGB, Rn. 192; *Wendland*, in: Staudinger (2022), § 307, Rn. 284; *Wurmnest*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 307, Rn. 1.

<sup>162</sup> Dies wird seit Langem auch in der Rechtsprechung anerkannt; vgl. etwa BGHZ 141, 137, 141; BGHZ 142, 46, 49; BGHZ 143, 128, 140; BGHZ 146, 331, 338 f.; BGHZ 185, 96, Rn. 19; BGH NJW 2011, 1726 f.; BGH NJW 2018, 534, 535; BGH NJW 2019, 47, 48.

ein „vollständiges und wahres Bild“ dessen vermittelt wird, worauf der anvisierte Leistungsaustausch tatsächlich abzielt.<sup>163</sup>

Im Detail kann sich die Abgrenzung zwischen nur eingeschränkt kontrollfähigen Leistungsbeschreibungen und Preisabreden einerseits und umfassend kontrollfähigen Nebenabreden andererseits freilich als überaus schwierig erweisen.<sup>164</sup> Dies lässt sich am Beispiel komplexer Zinssatzklauseln verdeutlichen, wie sie unter anderem in LMA-basierten transnationalen Konsortialkreditverträgen üblich sind. So weist etwa die auf die Zinszahlungspflicht des Kreditnehmers bezogene Sec. 9 der auf das deutsche Recht zugeschnittenen Version des Multi-currency and Revolving Facilities Agreement for Investment Grade Loans der LMA eine gleich dreigliedrige Struktur auf, bestehend aus einem auf die Umstände des Einzelfalls (z. B. veranschlagtes Kreditrisiko) bezogenen festen Zinsbestandteil („Margin“), einem an einem Referenzzinssatz wie dem EURIBOR oder dem LIBOR ausgerichteten variablen Zinsbestandteil sowie einem festen Zinsbestandteil, der an „Mandatory Costs“ des Kreditinstituts anknüpft.<sup>165</sup> Einfluss auf die Zinszahlungspflicht des Kreditnehmers können außerdem die im gleichen Musterdokument vorgesehenen Klauseln zu Marktstörungen (Sec. 11.3, 11.4)<sup>166</sup>, zum Steuerausgleich (Sec. 13)<sup>167</sup> und zu Kostenerhöhungen (Sec. 14)<sup>168</sup> haben. Was hiervon ist dann noch als konkretisierende Beschreibung von „Art,

---

<sup>163</sup> BGH NJW-RR 2008, 251, 253; vgl. auch *Stoffels*, JZ 2001, 843, 845.

<sup>164</sup> Manche Autoren wollen deshalb bei Vertragstypen, die komplexe Finanzprodukte wie Derivate betreffen, sogar ganz auf die Abgrenzung und folglich auch auf eine Inhaltskontrolle verzichten, weil auch (vermeintliche) Nebenbestimmungen zu Chancen und Risiken eines Produktes und damit zu dessen Leistungsprofil wesentlich beitragen; so etwa in Bezug auf Anleihebedingungen *Assmann*, WM 2005, 1053, 1058 ff.; *Artzinger-Bolten/Wöckener*, in: Hopt/Seibt (Hrsg.), *Schuldverschreibungsrecht* (2017), § 3 SchVG, Rn. 108 f.

<sup>165</sup> Einzelheiten bei *Renner*, in: Grundmann (Hrsg.), *Bankvertragsrecht*, Band 1 (2020), 4. Teil, Rn. 360 ff.; *Walgenbach*, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), *Bankrechts-Kommentar* (3. Aufl. 2020), 16. Kapitel, Rn. 40 ff.

<sup>166</sup> Übersteigen die Refinanzierungskosten des Kreditinstituts unerwartet den in Bezug genommenen Referenzzinssatz, so verpflichtet diese Klausel zur Nachverhandlung und erforderlichenfalls einseitigen Anpassung des variablen Zinsbestandteils an den erhöhten Refinanzierungszinssatz. Einzelheiten bei *Renner*, in: Grundmann (Hrsg.), *Bankvertragsrecht*, Band 1 (2020), 4. Teil, Rn. 363.

<sup>167</sup> Diese Klausel erlaubt dem Kreditinstitut unter anderem die einseitige Anpassung des variablen Zinssatzes an geänderte steuerliche Rahmenbedingungen. Einzelheiten bei *Renner*, in: Grundmann (Hrsg.), *Bankvertragsrecht*, Band 1 (2020), 4. Teil, Rn. 367; *Walgenbach*, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), *Bankrechts-Kommentar* (3. Aufl. 2020), 16. Kapitel, Rn. 55 ff.

<sup>168</sup> Diese Klausel erlaubt es dem Kreditinstitut, unerwartete Kostenerhöhungen, die ihm durch Veränderung rechtlicher Rahmenbedingungen entstehen, über Anpassungen des Zinssatzes an den Kreditnehmer weiterzugeben. Einzelheiten bei *Renner*, in: Grundmann (Hrsg.), *Bankvertragsrecht*, Band 1 (2020), 4. Teil, Rn. 366.



Güte und Umfang der geschuldeten Leistung“<sup>169</sup> anzusehen und wo ist die Grenze zur leitungsmodifizierenden, uneingeschränkt kontrollfähigen Nebenabrede überschritten?

Zunächst könnte man insoweit an einen Abgleich mit den Vertragstypenregelungen des dispositiven staatlichen Rechts denken, doch hilft ein solcher zumindest mit Blick auf transnationale Vertragsgestaltungen im Finanzbereich in der Regel kaum weiter. Denn auch soweit der entsprechende Vertragstyp überhaupt im Besonderen Teil des staatlichen Vertragsrechts abgebildet ist – was beispielsweise für Dokumentenakkreditive und Kreditderivate gar nicht der Fall ist – gehen die Regelungen transnationaler Musterverträge wie derjenigen der LMA in ihrem Detailgrad weit über die Regelungen des staatlichen Rechts hinaus. So beschränken sich etwa die zinsbezogenen Pflichtenbeschreibungen des staatlichen Darlehensrechts der §§ 488 ff. BGB auf die Festlegung, dass „der Darlehensnehmer verpflichtet ist, einen geschuldeten Zins zu zahlen“ (§ 488 Abs. 1 S. 2 BGB) und dass „die vereinbarten Zinsen, soweit nicht anders vereinbart, nach dem Ablauf je eines Jahres und, wenn das Darlehen vor dem Ablauf eines Jahres zurückzuzahlen ist, bei der Rückzahlung zu entrichten“ sind (§ 488 Abs. 2 BGB). Mehr als die Aussage, dass die Zahlung vereinbarter (in Abgrenzung zu gesetzlichen) Zinsen generell zum geschuldeten Leistungsprogramm eines Darlehensvertrages gehört, lässt sich diesen rudimentären Formulierungen nicht entnehmen, sodass sie für die komplexen Zinszahlungsregelungen der LMA-Musterverträge kaum Orientierung bieten. Angesichts der Vielgestaltigkeit und Komplexität transnationaler Musterdokumente im Finanzbereich erscheint es allerdings ebenso wenig zielführend, anhand allgemein-begrifflicher Kriterien festzulegen, welche für den Leistungsumfang der Parteien eines bestimmten Vertragstyps relevanten Vertragselemente noch zur Leistungsbeschreibung gehören und welche sich demgegenüber als Nebenabreden darstellen.<sup>170</sup>

Zur Differenzierung zwischen diesen beiden Kategorien von Vertragsklauseln in transnationalen Finanzverträgen geeigneter erscheint deshalb eine funktionale Herangehensweise, die sich am marktbezogenen Schutzzweck des § 307 BGB orientiert.<sup>171</sup> Wie bereits erläutert, ist die Vorschrift in erster Linie auf die Korrektur eines potenziellen, aus Informations- und Motivationsgefällen zwischen AGB-Verwendern und deren Kunden resultierenden Marktversagens zugeschnit-

---

<sup>169</sup> So die Umschreibung nur eingeschränkt kontrollfähiger Leistungsbeschreibungen etwa in BGHZ 141, 137, 141; BGH NJW 2001, 1132, 1133; BGH NJW 2018, 534, 535; BGH NJW 2019, 47, 48.

<sup>170</sup> Vgl. *Wurmnest*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 307, Rn. 13.

<sup>171</sup> Vgl. *Stoffels*, JZ 2001, 843, 847; *Wurmnest*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 307, Rn. 13.



ten,<sup>172</sup> nicht auf Eingriffe in den Marktmechanismus selbst. Dementsprechend soll der Klauselgegner durch § 307 BGB auch nicht vor wirtschaftlich möglicherweise nachteiligen Verhandlungsergebnissen geschützt werden (insoweit greift in engen Grenzen allenfalls § 138 Abs. 1 BGB<sup>173</sup>), sondern vor benachteiligenden Bedingungen, die im Zweifel in Vertragsverhandlungen gar nicht oder nur am Rande zur Sprache kommen und welchen er, unter Transaktionskostengesichtspunkten durchaus rational, im Regelfall keine nähere Aufmerksamkeit schenken dürfte.<sup>174</sup> Dies wird typischerweise nur bei solchen Klauseln zu bejahen sein, die nicht die kommerziellen Eckpunkte der Einzeltransaktion und die unmittelbar aus diesen resultierenden, *ex ante* absehbaren und deshalb wirtschaftlich von den Vertragsbeteiligten fest einzukalkulierenden Zahlungsverpflichtungen betreffen. Derlei unmittelbar zahlungsrelevante Klauseln nämlich werden im Regelfall im Mittelpunkt der Vertragsverhandlungen stehen, selbst wenn sie im Einzelfall mangels „Aushandelns“ weiterhin als Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB zu qualifizieren sind.<sup>175</sup>

Bezogen auf das Beispiel der Zinssatzklauseln der auf deutsches Recht zugeschnittenen Fassung des Multicurrency and Revolving Facilities Agreement for Investment Grade Loans der LMA führt dieser Abgrenzungsmaßstab zu folgender Differenzierung: Die festen Zinsverpflichtungen zu „Margin“ und „Mandatory Costs“ nach Sec. 9 werden auf die spezifischen Umstände des Einzelfalls zugeschnitten und sind deshalb meist Gegenstand intensiver Verhandlungen, damit unzweifelhaft Leistungsbeschreibungen bzw. Preisabreden, die lediglich der Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 3 S. 2 i. V. m. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB unterliegen.<sup>176</sup> Zu den für alle Vertragsbeteiligten einzukalkulierenden Zahlungsverpflichtungen gehören aber auch Zinsgleitklauseln wie der für den individuellen Einzelvertrag festgelegte, jedoch an einem Referenzzinssatz ausgerichtete variable Zinsbestandteil nach Sec. 9, sodass die dahingehende Zinsklausel ebenfalls zur Leistungsbeschreibung bzw. Preisabrede gehört und nur auf Transparenz zu

---

<sup>172</sup> Grundmann, JZ 2000, 1133, 1136 ff.; Gottschalk, AcP 206 (2006), 555, 559; Leuschner, AcP 207 (2007), 491, 494 ff.; Leuschner, JZ 2010, 875, 879 f.; Eidenmüller, JZ 2009, 641, 650; Leyens/H.-B. Schäfer, AcP 210 (2010), 771, 779 ff.; Renner, AcP 213 (2013), 677, 688; Kainer, in: FS Ebke (2021), 485, 491 f.; Fornasier, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), Vorbemerkung (Vor § 305), Rn. 6 ff.

<sup>173</sup> Dazu unten § 5 IV. 2. b) (S. 311 ff.).

<sup>174</sup> Ganz im Sinne des Marketings der LMA dahingehend, dass sich Vertragsparteien bei Verwendung ihrer Musterdokumente vollumfänglich auf die kommerziellen Elemente der Einzeltransaktion konzentrieren könnten; siehe <<https://www.lma.eu.com/documents-guidelines>>.

<sup>175</sup> Dazu oben § 5 IV. 1. a) aa) (1) (S. 287 ff.).

<sup>176</sup> Vgl. Renner, in: Grundmann (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Band 1 (2020), 4. Teil, Rn. 361, 364.

überprüfen ist.<sup>177</sup> Die potenziell ebenfalls zinsrelevante Klausel zu Marktstörungen (Sec. 11.3, 11.4) räumt hingegen der Kreditgeberseite zumeist ohne Anpassung auf die spezifischen Umstände des Einzelvertrages die allgemeine Möglichkeit ein, auf etwaige steigende Refinanzierungskosten zu reagieren und einseitig eine Zinsanpassung vorzunehmen, die bei Vertragsschluss nicht antizipiert werden kann und die das wirtschaftlich kalkulierbare ursprüngliche Leistungsprogramm grundlegend verändert. Darin liegt keine Leistungsbeschreibung mehr, sondern die Möglichkeit zur Leistungsmodifikation, für die eine grundsätzlich unbeschränkte Inhaltskontrolle angezeigt ist.<sup>178</sup> Bezüglich von Steuerausgleichsklauseln (Sec. 13) und Kostenerhöhungsklauseln (Sec. 14) schließlich ist zu unterscheiden: Soweit diese nur eine automatische Weitergabe tatsächlich anfallender erhöhter Steueraufwendungen und Kosten, aber auch dahingehender Einsparungen vorsehen, sind sie Zinsgleitklauseln vergleichbar, die zum ursprünglichen Leistungsprogramm gehören und ausschließlich der Transparenzkontrolle unterliegen.<sup>179</sup> Soweit sie jedoch der Kreditgeberseite eine Ermessensentscheidung hinsichtlich des „Ob“ der nachträglichen Zinserhöhung in Reaktion auf gegebenenfalls veränderte Rahmenbedingungen einräumen, stellen sie modifizierende Zinsanpassungsklauseln vergleichbar der Marktstörungsklausel dar, die in das ursprünglich ausgehandelte Marktergebnis eingreifen und deshalb in den Anwendungsbereich der umfassenden Inhaltskontrolle fallen.<sup>180</sup>

Unabhängig davon, ob einzelne Klauseln in transnationalen Verträgen nach diesen Maßgaben allein dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB oder zusätzlich einer umfassenden Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB sowie gegebenenfalls §§ 308, 309 BGB unterliegen, stellt sich in jedem Fall die Anschlussfrage, inwieweit die Transparenzkontrolle im Hinblick auf den besonderen transnationalen Ordnungskontext responsiv gehandhabt werden kann. Ähnlich wie im Rahmen der Einbeziehungskontrolle nach § 305c Abs. 1 BGB und der Überprüfung, ob die in Rede stehende Klausel als „überraschend“ einzustufen ist,<sup>181</sup> bietet sich auch hier eine gruppenspezifische Anpassung des Empfängerhorizonts an die am jeweiligen Vertragstyp üblicherweise beteiligten Verkehrskreise an. Ob eine Klausel aus Sicht des Vertragspartners hinreichend „klar und verständlich“ formuliert ist, ist dann nicht nach dem Verständnisgrad eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittsbürgers zu beurteilen, sondern unter Berücksichtigung der zu erwartenden Kenntnisse und Erwartungen eines typi-

<sup>177</sup> Vgl. Renner, in: Grundmann (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Band 1 (2020), 4. Teil, Rn. 362.

<sup>178</sup> Vgl. Renner, in: Grundmann (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Band 1 (2020), 4. Teil, Rn. 363.

<sup>179</sup> Vgl. Renner, in: Grundmann (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Band 1 (2020), 4. Teil, Rn. 366 f.

<sup>180</sup> Vgl. Renner, in: Grundmann (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Band 1 (2020), 4. Teil, Rn. 366 f.

<sup>181</sup> Dazu oben § 5 IV. 1. b) (S. 292 f.). Zur Verwandtschaft zwischen § 305c Abs. 1 BGB und § 307 Abs. 1 S. 2 BGB vgl. Wendland, in: Staudinger (2022), § 307, Rn. 172 m. w. N.

schen Marktteilnehmers der jeweiligen Branche und des jeweiligen Geschäftsbereichs.<sup>182</sup> Aus der Sicht von professionellen und regelmäßigen Marktteilnehmern aber werden im Regelfall selbst komplexe Vertragsklauseln jedenfalls dann nachvollziehbar sein, wenn sie unverändert aus grenzüberschreitend verwendeten und marktgängigen Musterdokumenten übernommen werden.<sup>183</sup> Dies gilt auch für die beispielhaft erörterten Zinssatzklauseln der auf deutsches Recht zugeschnittenen LMA-Musterverträge jedenfalls dann, wenn sich die variablen Zinsbestandteile anhand von öffentlich zugänglichen oder von der begünstigten Partei offenzulegenden, für alle Vertragsparteien überprüfbar berechnen und wenn etwaige einseitige Zinsanpassungen konkret angegeben werden sowie nachvollziehbaren Richtlinien und Grenzen unterliegen.<sup>184</sup> An Klarheit und Verständlichkeit kann es hingegen insbesondere dann fehlen, wenn neue und noch nicht praxiserprobte Musterdokumente herangezogen werden oder wenn der Verwender einseitige Anpassungen und Modifikationen komplexer Klauseln eines marktüblichen Musterdokuments vornimmt oder diese aus ihrem systematischen Zusammenhang herauslöst, bevor er die Bedingungen in den jeweiligen Einzelvertrag einführt. Je weiter sich die Formulierung dabei vom Erwartungshorizont der berührten Verkehrskreise entfernt, desto deutlicher muss dies in der jeweiligen Klausel kenntlich gemacht und erläutert werden.<sup>185</sup> Sollten einzelne transnationale Finanzvertragstypen nicht nur ausnahmsweise, sondern regelmäßig unter Beteiligung schwächerer Vertragsparteien wie insbesondere Verbrauchern geschlossen werden, so wäre der für die Transparenzkontrolle maßgebliche Empfängerhorizont freilich am Kundenkreis mit den geringsten erwartbaren Vorkenntnissen auszurichten.<sup>186</sup>

### *cc) Maßstab der Inhaltskontrolle im Übrigen*

Kommt neben der Transparenzkontrolle auch eine vollumfängliche Inhaltskontrolle auf transnationale Verträge und die in diesen übernommenen Klauseln grenzüberschreitend verwendeter Musterdokumente zur Anwendung, so empfiehlt sich als Anknüpfungspunkt einer responsiven Auslegung eine Flexibilisierung des inhaltlichen Kontrollmaßstabs der §§ 307 ff. BGB. Da die speziellen

---

<sup>182</sup> Für einen verkehrskreispezifischen Ansatz etwa BGH NJW 1981, 117, 118; BGHZ 106, 259, 264 f.; BGHZ 115, 177, 185; vgl. auch *Wendland*, in: Staudinger (2022), § 307, Rn. 183 f. m. w. N.

<sup>183</sup> Vgl. am Beispiel der ISDA Credit Derivatives Definitions *Renner*, ZHR 185 (2021), 840, 854.

<sup>184</sup> Vgl. *Renner*, in: Grundmann (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Band 1 (2020), 4. Teil, Rn. 200, 362 ff.

<sup>185</sup> Vgl. *Wendland*, in: Staudinger (2022), § 307, Rn. 184.

<sup>186</sup> Vgl. am Beispiel von Anleihebedingungen *Renner*, ZHR 185 (2021), 840, 853 f.

Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB im unternehmerischen Verkehr, in dem sich die hier untersuchten transnationalen Verträge des Finanzbereichs ganz überwiegend abspielen, nach Maßgabe des § 310 Abs. 1 S. 1 BGB nicht unmittelbar anwendbar sind, wird dabei § 307 BGB zum Dreh- und Angelpunkt der Inhaltskontrolle. Die Generalklausel des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB stellt auf den offenen Kontrollmaßstab der „unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben“ ab. Diese unbestimmten Maßgaben werden durch § 307 Abs. 2 BGB weiter konkretisiert. Danach ist im Zweifel von einer unangemessenen Benachteiligung auszugehen, wenn die überprüfte Vertragsbestimmung entweder von wesentlichen Grundgedanken des dispositiven Rechts abweicht (Nr. 1) oder aber wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der „Natur des Vertrags“ ergeben, vertragszweckgefährdend einschränkt (Nr. 2). Der in der ersten Variante aufgerufene, am Gedanken des gesetzlichen Leitbildes orientierte Vergleichsmaßstab des dispositiven Rechts hilft für die hier interessierende Inhaltskontrolle transnationaler Verträge indes kaum weiter: Transnational typisierte Vertragsgestaltungen finden entweder, wie das Dokumentenakkreditiv oder das Kreditderivat, im dispositiven Gesetzesrecht überhaupt keine Entsprechung oder haben sich, wie der grenzüberschreitende Konsortialkredit, durch ihren Detail- und Konkretisierungsgrad von gesetzlich verankerten Grundvertragstypen wie dem Darlehensvertrag nach §§ 488 ff. BGB so weit entfernt, dass die auf diese zugeschnittenen dispositiven Vorschriften keine zuverlässige Orientierung bieten können.<sup>187</sup>

Damit rückt im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen der Vergleichsmaßstab der „Natur des Vertrags“ nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB in den Fokus. Was darunter zu verstehen ist, wird allerdings im Gesetz nicht näher definiert. Klar ist nur, dass eine Ausfüllung mit gesetzlichen Wertungen nicht sinnvoll erscheint, weil die Vorschrift sonst gegenüber § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB keinen eigenständigen Anwendungsbereich hätte.<sup>188</sup> Ein denkbarer Ansatz wäre zunächst der Versuch, die „Natur des Vertrags“ an dem in Rede stehenden Einzelvertrag selbst festzumachen.<sup>189</sup> Damit würde jedoch paradoxerweise der Vertrag zum Überprüfungsmaßstab seiner selbst und wäre eine Vertragsklausel an der anderen

<sup>187</sup> Zu Konsortialkrediten *Renner/Leidinger*, BKR 2015, 499, 501; *Renner*, in: Grundmann (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Band 1 (2020), 4. Teil, Rn. 355; *Walgenbach*, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar (3. Aufl. 2020), 16. Kapitel, Rn. 10a; zu Derivaten vgl. *Sebastianutti*, Law & Fin. Mkt. Rev. 3 (2009), Part 4, 348, 350. Allgemein zum Spannungsverhältnis zwischen dynamischer Vertragspraxis und statischen gesetzlichen Leitbildern als Maßstab der Inhaltskontrolle *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge (2001), 421 ff.

<sup>188</sup> *Renner*, AcP 213 (2013), 677, 680 f.

<sup>189</sup> Dafür etwa *Lieb*, DB 1988, 946, 954; *Schulte-Nölke*, in: R. Schulze (Hrsg.), HK-BGB (11. Aufl. 2021), § 307, Rn. 17.

zu messen, was eine interne Hierarchisierung in „wesentliche“ und „unwesentliche“ Vertragsrechte und -pflichten erforderlich machen würde.<sup>190</sup> Eine mögliche Vorlage für eine solche Differenzierung könnte zwar die noch zu § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz ergangene Rechtsprechung zu „Kardinalpflichten“ bieten, worunter der BGH solche Pflichten versteht, „deren Erfüllung die ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrages erst ermöglicht und auf deren Erfüllung der andere Teil vertrauen darf“.<sup>191</sup> Da es insoweit allerdings nicht gelungen ist, über die formelhafte Umschreibung hinausgehende verallgemeinerungsfähige Abgrenzungsleitlinien zu entwickeln, würde letztlich ein Auslegungsproblem durch ein anderes ersetzt und erweist sich die Bestimmung des Vergleichsmaßstabs der „Natur des Vertrags“ aus dem Vertrag selbst als dogmatische Sackgasse, die auch für den konsistenten Umgang mit transnationalen Verträgen keine praktikablen Ergebnisse verspricht.<sup>192</sup>

Gerade im Zusammenhang mit der Inhaltskontrolle transnationaler Verträge zielführender erscheint hingegen der von *Moritz Renner* vorgeschlagene Ansatz, die „Natur des Vertrags“ zwischen Vertrag und dispositivem Gesetzesrecht, nämlich in den tatsächlichen Verhaltenserwartungen zu verorten, welche die Bestimmungen des zu überprüfenden Einzelvertrages überlagern und ergänzen.<sup>193</sup> Bezugspunkt hierfür können zum einen relationale Verhaltenserwartungen der unmittelbar beteiligten Vertragsparteien sein, die sich beispielsweise aus den vor Vertragsschluss geführten Verhandlungen oder einer bereits längerfristig bestehenden Geschäftsbeziehung ergeben können.<sup>194</sup> Zum anderen – und im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen im Regelfall noch bedeutsamer – können diejenigen Verhaltenserwartungen herangezogen werden, die mit der konkreten sozialen Rolle der Vertragsparteien und dem gesellschaftlichen Kontext des Vertrages verbunden sind, etwa innerhalb eines bestimmten Marktes oder einer bestimmten Branche.<sup>195</sup> Diese bereichsspezifischen normativen Maßstäbe spiegeln sich meist in einem hohen Maße in der Ausgestaltung marktgängiger Musterdokumente wider, die nicht nur unter enger Einbeziehung der unmittelbar

---

<sup>190</sup> *Renner*, AcP 213 (2013), 677, 680; *Renner/Leidinger*, BKR 2015, 499, 501.

<sup>191</sup> Vgl. BGHZ 89, 363, 367; BGHZ 93, 29, 48; BGH NJW 1985, 914, 915 f.; BGH NJW 1985, 3016, 3018; BGHZ 103, 316, 322, 324; BGH NJW 1992, 2016, 2017; BGH NJW 1993, 335; BGH NJW-RR 1993, 560, 561; BGHZ 145, 203, 244 f.; BGHZ 149, 89, 96; BGHZ 164, 11, 36 f.

<sup>192</sup> Vgl. zu dieser Kritik *Renner*, AcP 213 (2013), 677, 681 ff.

<sup>193</sup> Ausführlich *Renner*, AcP 213 (2013), 677, 685 ff.

<sup>194</sup> *Renner*, AcP 213 (2013), 677, 685 ff.; *Renner/Leidinger*, BKR 2015, 499, 501. Grundlegend zum Konzept relationaler Erwartungen *Macaulay*, Am. Soc. R. 28 (1963), 55 ff.; *MacNeil*, Nw. U. L. Rev 72 (1978), 854, 886 ff.; *MacNeil*, Wis. L. Rev. 1985, 483 ff.; *Dore*, Br. J. Sociol. 34 (1983), 459, 463 ff.; *Dixit*, Lawlessness and Economics (2004), 32 ff., 59 ff.

<sup>195</sup> *Renner*, AcP 213 (2013), 677, 690 ff.



betroffenen Verkehrskreise erzeugt, sondern auch an deren spezifischen Bedürfnissen ausgerichtet werden. Was etwa konkret von einer Akkreditivbank, dem *agent* eines grenzüberschreitenden Kreditkonsortiums oder dem Sicherungsgeber eines Kreditderivats von Vertragspartnern wie auch von anderen Marktteilnehmern erwartet wird, richtet sich wesentlich nach den normativen Vorgaben, die innerhalb der jeweils einschlägigen transnationalen Vertragsrechtsregime von ICC, LMA und ISDA erarbeitet und laufend fortentwickelt werden. Vor diesem Hintergrund liegt es überaus nahe, auch die „Natur“ eines transnationalen Vertrages danach zu bemessen, was im zugehörigen transnationalen Ordnungsbereich und unter den innerhalb desselben agierenden Verkehrsteilnehmern als Verhaltensstandard gilt, und die Inhaltskontrolle der gestellten Geschäftsbedingungen dann konsequent an diesem Vergleichsmaßstab auszurichten. Dies würde bedeuten, dass in einen transnationalen Einzelvertrag eingebrachte Allgemeine Geschäftsbedingungen als inhaltswirksam anzusehen wären, wenn und solange sie die Vorgaben des jeweiligen marktweit akzeptierten Musterdokuments unverändert übernehmen, wohingegen inhaltliche Abweichungen von diesen Vorgaben durch den Verwender zu eigenen Gunsten – etwa im Rahmen von kreditinstituts-eigenen Musterbedingungen, die zwar auf dem transnationalen Musterdokument aufbauen, dieses aber in entscheidenden Punkten zum Vorteil der Verwenderseite modifizieren – im Zweifel als unzulässig zu behandeln wären.<sup>196</sup> Auf eine Heranziehung dispositiven staatlichen Vertragsrechts und der §§ 308, 309 BGB – welche in der Rechtsprechung trotz § 310 Abs. 1 S. 1 BGB auch im unternehmerischen Verkehr mit Indizwirkung versehen werden<sup>197</sup> – wäre hingegen weitestgehend zu verzichten.<sup>198</sup> Im Ergebnis ließe sich auf diesem Wege der Maßstab der AGB-Inhaltskontrolle selbst ein Stück weit „transnationalisieren“.

Freilich liegen gleich mehrere mögliche Einwände gegen diese methodische Vorgehensweise auf der Hand. So könnte etwa moniert werden, dass mit tatsächlichen Verhaltenserwartungen etwas zum rechtlichen Maßstab erhoben würde, dem aus der Sicht des staatlichen Rechts gar keine Rechtsqualität zukommt.<sup>199</sup> Dem lässt sich indes entgegenhalten, dass jene rechtsordnungsexternen Verhaltenserwartungen ihre rechtliche Relevanz im deutschen Recht ja erst vermittelt durch die staatliche Verweisungsnorm des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB gewinnen.<sup>200</sup> Auch etwaigen Zweifeln an der empirischen Ermittelbarkeit bereicherspezifischer

---

<sup>196</sup> Renner/Leidinger, BKR 2015, 499, 502.

<sup>197</sup> Vgl. Fornasier, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 310, Rn. 11 ff.; Wurmnest, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 308, Rn. 86 f., § 309, Rn. 9.

<sup>198</sup> Renner, AcP 213 (2013), 677, 711.

<sup>199</sup> Vgl. Stoffels, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge (2001), 491 ff., der zwischen tatsächlichen und normativ begründeten Erwartungen differenziert.

<sup>200</sup> Renner, AcP 213 (2013), 677, 687.



tatsächlicher Verhaltenserwartungen in einem Gerichtsverfahren lässt sich un schwer durch den Verweis auf den zivilprozessualen Beibringungsgrundsatz (einschließlich einer dahingehenden Kostentragung durch die Parteien) sowie die Möglichkeit der Einholung von Sachverständigengutachten begegnen, welche staatlichen Gerichten etwa bei Feststellung von Handelsbräuchen im Rahmen des § 346 HGB durchaus geläufig ist.<sup>201</sup>

Schwerer scheint allerdings der normative Einwand zu wiegen, dass eine Ausrichtung der AGB-Kontrolle an den durch transnationale Vertragsrechtsregime wie diejenigen von ICC, LMA und ISDA geprägten Verhaltenserwartungen eben jenes „selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft“<sup>202</sup> zum Kontrollmaßstab erhöhe, um dessen Eindämmung und Korrektur es in den §§ 305 ff. BGB in erster Linie gehe.<sup>203</sup> Wäre damit nicht im Ergebnis eine völlige Preisgabe des staatlichen Kontroll- und Steuerungsanspruchs verbunden? Auf den zweiten Blick lässt sich aber selbst diese Befürchtung entkräften. Zum einen bleibt es dem staatlichen Gesetzgeber stets vorbehalten, bisher nicht gesetzlich erfasste Vertragstypen künftig selbst zu regeln und die auf diese bezogene Inhaltskontrolle damit dem insoweit spezielleren Kontrollmaßstab des dispositiven Rechts nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu unterwerfen.<sup>204</sup> Ohnehin unangetastet bleibt das zwingende Gesetzesrecht, denn Vorschriften, die nicht einmal individualvertraglich disponibel sind, können erst recht nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen abbedungen werden.<sup>205</sup> Zum anderen spricht im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen auch eine teleologische Betrachtung des § 307 BGB nicht gegen, sondern vielmehr nachdrücklich für eine Ausrichtung der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB an den tatsächlichen Erwartungshaltungen des betreffenden Gesellschaftsbereichs. Nach neuerer, sozialwissenschaftlich informierter Lesart dienen die Vorschriften der AGB-Kontrolle wie bereits erläutert in erster Linie der Korrektur eines potenziellen Marktversagens, welches aus Informations- und Kostenasymmetrien zwischen Verwender und Vertragspartner resultieren und eine Verbreitung unausgewogener Vertragsbedingungen zur Folge

---

<sup>201</sup> Renner, AcP 213 (2013), 677, 686, 693; zu § 346 HGB vgl. BGH NJW 1966, 502, 503; aus der Literatur etwa Fest, in: Ebenroth u. a. (Hrsg.), HGB, Band 2 (4. Aufl. 2020), § 346, Rn. 57 ff.; Maultzsch, in: MüKo HGB, Band 5 (5. Aufl. 2021), § 346, Rn. 44, 46; Pamp, in: Oetker (Hrsg.), HGB, (7. Aufl. 2021), § 346, Rn. 27 f.; Lehmann-Richter, in: BeckOK HGB (39. Ed. 2023), § 346, Rn. 8; Leyens, in: Hopt (Hrsg.), HGB (42. Aufl. 2023), § 346, Rn. 13.

<sup>202</sup> Großmann-Doerth, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht (1933), 5 f.

<sup>203</sup> Vgl. A. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), AGB-Recht (13. Aufl. 2022), § 307, Rn. 251.

<sup>204</sup> Renner, AcP 213 (2013), 677, 713.

<sup>205</sup> Renner/Leidinger, BKR 2015, 499, 501; vgl. auch Renner, AcP 213 (2013), 677, 713.

haben kann.<sup>206</sup> Liegt ein solches Marktversagen vor, soll durch die mit der AGB-Kontrolle verbundene Ersetzung einseitig übervorteilender Klauseln die Vertragsparität der Parteien wiederhergestellt werden. Der marktweiten Durchsetzung gesetzlich nicht geregelter Vertragsgestaltungen und der Erzeugung darauf zugeschnittener Musterdokumente innerhalb transnationaler Vertragsrechtsregime liegt im Regelfall aber gerade kein solches Marktversagen zugrunde.<sup>207</sup> Im Gegenteil: Die mehrstufigen Regelsetzungsverfahren innerhalb von ICC, LMA und ISDA gewährleisten mittlerweile durch die Professionalität der Beteiligten, die breite Einbindung der unmittelbar interessierten Verkehrskreise sowie die Abstimmung mit anderen Regelsetzungsorganisationen ein Mindestmaß an inhaltlicher Ausgewogenheit, durch welches eine Durchsetzung der Musterdokumente als nahezu weltweit akzeptierter Marktstandard erst möglich geworden ist.<sup>208</sup> Sie sind in diesen Konstellationen nicht das Ergebnis eines versagenden, sondern vielmehr das eines funktionierenden Regelmarktes<sup>209</sup> und erfüllen eine dem dispositiven staatlichen Recht äquivalente Funktion auf transnationaler Ordnungsebene, indem sie typisierte Verhandlungslösungen niederlegen, die dem hypothetischen Willen durchschnittlicher Vertragsparteien der jeweils unmittelbar adressierten Verkehrskreise entsprechen.

Insoweit erscheint eine richterliche Korrektur des erzielten Marktergebnisses an einem unbestimmten, letztlich auch aus den Quellen der persönlichen Überzeugung oder des eigenen Rechtsempfindens der zur Entscheidung berufenen Richter geschöpften Maßstab der „Natur des Vertrags“ im Regelfall nicht angezeigt.<sup>210</sup> Gerade durch eine Orientierung an den in einschlägigen transnationalen Musterdokumenten typisierten Verhandlungslösungen kann der Dezentralität gesellschaftlichen Wissens Rechnung getragen und die AGB-Kontrolle auf ihren eigentlichen Zweck der Korrektur von Marktversagen in konkreten Einzelfällen begrenzt werden.<sup>211</sup> Genau dieser Gedanke liegt auch der Privilegierung der VOB/B in § 310 Abs. 1 S. 3 BGB zugrunde, die zwar wie erörtert keinen Spielraum für Analogiebildungen lässt, aber nichtsdestotrotz als Beleg für die grundsätzliche Aufgeschlossenheit des Gesetzgebers für die Möglichkeit ausgewogener gesellschaftlicher Regelbildungsprozesse dient, welche sich eben auch im

---

<sup>206</sup> Grundmann, JZ 2000, 1133, 1136 ff.; Gottschalk, AcP 206 (2006), 555, 559; Leuschner, AcP 207 (2007), 491, 494 ff.; Leuschner, JZ 2010, 875, 879 f.; Eidenmüller, JZ 2009, 641, 650; Leyens/H.-B. Schäfer, AcP 210 (2010), 771, 779 ff.; Renner, AcP 213 (2013), 677, 688; Fornasier, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), Vorbemerkung (Vor § 305), Rn. 6 ff.

<sup>207</sup> Vgl. Renner, AcP 213 (2013), 677, 693.

<sup>208</sup> Dazu ausführlich oben § 1 II. 5. c) (S. 82 ff.).

<sup>209</sup> Vgl. Renner, AcP 213 (2013), 677, 695.

<sup>210</sup> Renner, AcP 213 (2013), 677, 695, 715.

<sup>211</sup> Renner, AcP 213 (2013), 677, 694, 710.

Verzicht auf eine gesetzlich typisierte Regelung von in Kautelar- und Wirtschaftspraxis entwickelten Vertragstypen niederschlagen kann. Verwiesen werden kann insoweit zudem auf § 310 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB, demgemäß bei Anwendung des § 307 BGB im Unternehmensverkehr auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen ist<sup>212</sup> – worin nicht zuletzt auch ein Differenzierungsgebot zwischen dem engmaschigen Inhaltskontrollmaßstab der §§ 307 bis 309 BGB für marktversagensanfällige Verbraucherverträge einerseits, der AGB-Prüfung im Wirtschaftsverkehr und gerade dessen transnationalen Dimensionen andererseits gesehen werden kann.<sup>213</sup>

Zusammengefasst ergeben sich für die Inhaltskontrolle transnationaler Verträge nach § 307 BGB damit folgende Maßgaben: Allgemeine Geschäftsbedingungen, die einer gesetzlich typisierten Vertragsart entsprechen, sind am Maßstab des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB daraufhin zu überprüfen, ob sie mit wesentlichen Grundgedanken des einschlägigen dispositiven Rechts vereinbar sind. Je weiter sich eine Vertragsgestaltung jedoch von den gesetzlich typisierten Vertragsarten entfernt, desto stärker ist anstelle der Vergleichsfolie des dispositiven Rechts der auf die „Natur des Vertrags“ verweisende Kontrollmaßstab des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB heranzuziehen.<sup>214</sup> Dieser ist, da das dispositive Recht insoweit keine zuverlässige Orientierung bietet und eine Ermittlung der Vertragsnatur aus dem Vertrag selbst eine kaum praktikable interne Pflichtenhierarchisierung erfordern würde, primär an den tatsächlichen Verhaltenserwartungen auszurichten, die sich im Einzelfall aus den relationalen Vertragsbeziehungen der Parteien, vor allem aber auch aus deren sozialer Rolle und dem gesellschaftlichen Kontext des Vertrages ergeben, etwa einer bestimmten Markt- und Branchenpraxis.<sup>215</sup> Bei transnationalen Verträgen spiegeln sich diese Verhaltenserwartungen insbesondere in der Ausgestaltung der in Bezug genommenen etablierten Musterdokumente wider, welchen deshalb bei der AGB-Kontrolle des streitgegenständlichen Einzelvertrages eine funktionsäquivalente Rolle zum dispositiven staatlichen Recht zukommt. Die im zu beurteilenden Einzelfall einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind dann primär daran festzuhalten, inwieweit sie dem einschlägigen transnationalen Musterdokument und den zu diesem auf der transnationalen Ordnungsebene entwickelten Anwendungsmaßgaben entsprechen. Über § 307 BGB hinaus können diese Maßstäbe auch im Rahmen einer auf § 242 BGB gestützten Inhaltskontrolle solcher transnationalen Verträge fruchtbar gemacht

---

<sup>212</sup> Renner; AcP 213 (2013), 677, 710; noch zur Vorgängerregelung § 24 S. 2 AGB-Gesetz Berger; in: FS Sandrock (2000), 49, 57 f.

<sup>213</sup> Berger/Kleine, BB 2007, 2137 ff.; vgl. auch Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 29.

<sup>214</sup> Vgl. Renner; AcP 213 (2013), 677, 707.

<sup>215</sup> Renner; AcP 213 (2013), 677, 685 ff.

werden, die wie beispielsweise Konsortialkreditverträge im Hinblick auf das Innenverhältnis des Konsortiums nach hier vertretener Ansicht nicht in den Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB fallen.<sup>216</sup>

## 2. Zwingendes Recht

Die materielle Vertragsfreiheit findet im zwingenden Recht ihre „absolute“ Grenze, doch ist auch diese weniger klar gezogen, als es zunächst scheint. „Zwingendes Recht“ ist letztlich ein Sammelbegriff für eine Vielzahl von Normen, die im Einzelnen ganz verschiedene Zwecke verfolgen und sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenseite in sehr unterschiedlichen Erscheinungsformen auftreten können.<sup>217</sup> Gemeinsamer Nenner ist neben dem konstitutiven Element der Unabdingbarkeit der Normen ihre wirtschaftsverfassungsrechtliche Funktion: Sie begrenzen die Privatautonomie des Einzelnen im Interesse politisch motivierter Interventionen, die zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Vorbedingungen autonomer Entscheidungsräume aller Teilnehmer des Privatrechtsverkehrs notwendig erscheinen.<sup>218</sup> Darin liegt zugleich ein Rechtfertigungsgebot, an welchem sich die einzelnen Einschränkungen der Vertragsfreiheit messen und festhalten lassen müssen.<sup>219</sup> Auch im Zusammenhang mit der Beurteilung transnationaler Verträge stellt sich daher stets die Frage, ob und nach welchen Maßgaben der mit einer zwingenden Vorschrift des staatlichen Rechts verfolgte Zweck eine Anwendung auf den konkreten Einzelfall gebietet. Dabei kann zwischen der Anwendung spezieller gesetzlicher Ge- und Verbotsvorschriften einerseits, der zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB andererseits unterschieden werden.

### a) Spezielle gesetzliche Ge- und Verbotsvorschriften

Die zahlreichen zwingenden spezialgesetzlichen Ge- und Verbotsvorschriften der deutschen Rechtsordnung scheinen auf den ersten Blick keinerlei Spielraum für eine responsive Auslegung zu belassen. Auch hier kann aber insbesondere die Frage nach der Einschlägigkeit des verfolgten Schutzzwecks durchaus zu einem kontextsensiblen Umgang mit transnationalen Ordnungsstrukturen und namentlich transnationalen Verträgen beitragen.

---

<sup>216</sup> Dazu oben § 5 IV. 1. a) bb) (S. 290 ff.).

<sup>217</sup> Vgl. *G. Bachmann*, JZ 2008, 11 f.; *Renner*, Zwingendes transnationales Recht (2010), 29 ff.; *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), *Regelsetzung im Privatrecht* (2019), 165, 167 ff.

<sup>218</sup> Vgl. *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), *Regelsetzung im Privatrecht* (2019), 165, 173. Zur Rechtfertigung zwingenden Rechts aus ökonomischer Sicht *G. Wagner*, ZEuP 2010, 243, 257 ff.

<sup>219</sup> Vgl. *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), *Regelsetzung im Privatrecht* (2019), 165, 173 f.

Zwingende gesetzliche Vorschriften, die vorrangig dem Schutz der schwächeren Vertragspartei durch den Ausgleich von Informations- und Machtasymmetrien dienen (z. B. die §§ 312b, 312c BGB für Haustür- und Fernabsatzgeschäfte oder die §§ 491 ff. BGB für Verbraucherdarlehensverträge), werden im Bereich transnationaler Finanzverträge nur äußerst selten einschlägig sein, weil sich hier in aller Regel professionelle Vertragspartner gegenüberstehen, aus deren Sicht schon die inklusive Ausgestaltung des Regelsetzungsverfahrens der ICC, LMA und ISDA eine grundsätzliche Interessenausgewogenheit der in Rede stehenden Musterdokumente gewährleistet.

Anderes gilt hingegen potenziell für Vorschriften, die dem Schutz Dritter und der Allgemeinheit, insbesondere durch Verhinderung oder Korrektur negativer externer Effekte gewidmet sind. Insoweit nimmt das staatliche Recht wiederum eine essenzielle Lückenfüllungsfunktion ein, weil es innerhalb bereichsspezifischer transnationaler Vertragsrechtsregime wie derjenigen von ICC, LMA und ISDA bislang an eigenständigen Mechanismen fehlt, die eine umfassende Rückbindung der transnationalen Normgenese in Form der hervorgebrachten Musterdokumente an gesamtgesellschaftliche, in politischen Prozessen artikulierte Interessen des Schwächeren-, Dritt- und Gemeinwohlschutzes gewährleisten könnten. Im Rahmen dieser Lückenfüllung durch zwingende Vorschriften des staatlichen Rechts kann und sollte allerdings – in Parallele zum Vorschlag der responsiven Handhabung von Eingriffsnormen und *ordre public*-Vorbehalt auf kollisionsrechtlicher Ebene<sup>220</sup> – der grenzüberschreitende gesellschaftliche Kontext des zu beurteilenden transnationalen Vertrages sowie die potenzielle „Transnationalisierungsfähigkeit“ der potenziell einschlägigen zwingenden Vorschrift stets mitberücksichtigt werden.

Ist die Zielrichtung der jeweiligen zwingenden Norm „transnational anschlussfähig“ – finden sich also funktional vergleichbare Vorschriften etwa in internationalen Einheitsrechtsinstrumenten, in einer Vielzahl anderer nationaler Rechtsordnungen oder auch im Fallrecht ausländischer Gerichte und internationaler Schiedsgerichte – bestehen an einer extensiven Anwendung auf transnationale Verträge keine Bedenken. Im Gegenteil: Das nationale Recht kann durch die konsequente Anwendung solcher Normen einen Beitrag zur Fremdkonstitutionalisierung und damit zur Fortentwicklung transnationaler Vertragsrechtsregime und transnationaler Wirtschaftsverfassungsstrukturen leisten. Dies gilt beispielsweise für die kartellrechtlichen Verbotsvorschriften der § 1 GWB und Art. 101, 102 AEUV<sup>221</sup> oder transaktionsrelevante Straftatbestände wie das Betrugsverbot

<sup>220</sup> Dazu oben § 4 III. 3. b) cc) und dd) (S. 244 ff., 253 ff.).

<sup>221</sup> Zur Transnationalisierbarkeit grundlegender kartellrechtlicher Verbotsvorschriften vgl. Renner, *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 29 f., 297; zurückhaltender Buxbaum, in: Zumbansen (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Transnational Law* (2021), 315, 316 ff.



des § 263 StGB, das Untreueverbot des § 266 StGB sowie das Verbot der Bestechung und Vorteilsnahme der § 299 und § 334 StGB,<sup>222</sup> deren Verletzung über § 134 BGB zur Nichtigkeit des zu beurteilenden transnationalen Vertrages führt.

Demgegenüber können zwingende Normen, die einem grenzüberschreitenden Vergleichsmaßstab nicht entsprechen und als Ausdruck nationaler Eigenheiten auf transnationaler Ebene nicht anschlussfähig sind, zwar schon aus Gründen der Gewaltenteilung nicht einfach unangewendet bleiben, wohl aber im Einzelfall daraufhin überprüft werden, ob in der Anwendung auf den zu beurteilenden transnationalen Vertrag eine teleologische Reduktion möglich ist. Dies gilt umso mehr, je geringer sich der tatsächliche Bezug des in Rede stehenden Vertrages zur auf ihn anzuwendenden deutschen Vertragsrechtsordnung darstellt. Ein Beispiel für eine solche Vorschrift ist wiederum das Verbot vertraglich vereinbarter Zinseszinsen nach § 248 Abs. 1 BGB, an welchem bei extensiver Anwendung auf transnationale Verträge etwa die Zinseszinsregelungen der für Akquisitionsfinanzierungen bestimmten LMA-Musterdokumente scheitern dürfte.<sup>223</sup> Führt man sich jedoch vor Augen, dass § 248 Abs. 1 BGB unabhängig von der Höhe des Zinses greift und der Zweck der Vorschrift damit offenbar nicht in der Eingrenzung der Höhe der Zinslast,<sup>224</sup> sondern vielmehr in der Gewährleistung von deren Vorhersehbarkeit für den Schuldner liegt,<sup>225</sup> erscheint es überaus fragwürdig, eine Vertragsgestaltung professioneller Akteure im deutschen Recht scheitern zu lassen, die beispielsweise im für solche Verträge überwiegend verwendeten englischen Recht völlig unproblematisch wäre.<sup>226</sup> In solchen Konstellationen wird nämlich auch der Kreditnehmer im Regelfall hinreichend informiert sein, um die Konsequenzen der Abrede verstehen und die potenziell entstehende Zinsbelastung einkalkulieren zu können. Damit wäre die Zielrichtung der Vertragsfreiheitsbeschränkung des § 248 Abs. 1 BGB in diesen Fällen nicht einschlägig

<sup>222</sup> Zur Transnationalisierbarkeit des Korruptionsverbots vgl. *World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Schiedsspruch vom 4.10.2006, Rn. 142 ff.; *Brogia Mendes*, in: FS Teubner (2009), 827, 830 ff.; *Brekoulakis*, in: Schultz/Ortino (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Arbitration* (2020), 120, 133 ff.

<sup>223</sup> Sec. 15.3 LMA Leveraged Finance Facility Agreement; ausführlich dazu *Ballo*, *Die AGB-Kontrolle von Kreditverträgen in der Akquisitionsfinanzierung* (2011), 115 ff. Im auf deutsches Recht abgestimmten Leveraged Finance Facility Agreement-Muster der LMA wurde die Klausel deshalb zwar durch eine Klausel zu pauschalierten Schadensersatzansprüchen ersetzt, doch ist deren Wirksamkeit in Anbetracht von § 248 Abs. 1 BGB ebenfalls umstritten; vgl. *Klumb*, ZBB 2012, 449, 450.

<sup>224</sup> So aber *Reifner*, NJW 1992, 337, 339; *Bezenberger*, WM 2002, 1617, 1621.

<sup>225</sup> *Schmidt*, JZ 1982, 829, 830 f.; *Omlor*, in: Staudinger (2021), § 248, Rn. 2; *Coen*, in: BeckOGK (2022), § 248 BGB, Rn. 5; *Grundmann*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 248, Rn. 1; *Grothe*, in: BeckOK BGB (65. Ed. 2023), § 248, Rn. 1; vgl. auch OLG Köln NJW-RR 1992, 682, 683.

<sup>226</sup> Vgl. *Döser*, JuS 2000, 246, 253.



und könnte die Vorschrift bei responsiver Lesart teleologisch reduziert werden und auf den zu beurteilenden, auf einem LMA-Muster beruhenden transnationalen Konsortialkreditvertrag unangewendet bleiben.<sup>227</sup>

### b) Generalklauseln

Den materiellrechtlichen Generalklauseln des § 138 Abs. 1 BGB und des § 242 BGB kommt angesichts der unvermeidbaren Unvollständigkeit der Privatrechtsordnung schon im rein nationalen Rahmen eine wichtige Auffangfunktion zu, welche im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen umso relevanter werden kann. Mit ihrem Verweis auf die allgemeinen Korrektive der „guten Sitten“ und von „Treu und Glauben nach der Verkehrssitte“ inkorporieren die Vorschriften die „klassischen Schranken der Vertragsfreiheit“ ins deutsche Privatrecht.<sup>228</sup> So unbestritten die grundsätzliche Existenz dieser Schranken ist, so schwierig gestaltet sich allerdings seit jeher deren Konkretisierung.<sup>229</sup> Das Spektrum der hierzu im Schrifttum diskutierten Ansätze ist weit: Vorgeschlagen werden unter anderem eine Orientierung an naturrechtlichen oder ethisch-philosophischen Idealen, an rechtsordnungsinternen Grundprinzipien, an der „allgemeinen“ oder „öffentlichen“ Meinung oder an empirisch ermittelbaren sozialen Normen; andere wollen sogar ganz auf einen solchen objektiven Bezugspunkt verzichten und die Vorschriften schlicht als Ermächtigung zur freien richterlichen Rechtsfortbildung lesen.<sup>230</sup> Die in der Rechtsprechung gebräuchliche Formel des „Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden“<sup>231</sup> ist ihrerseits mehr Umschreibung als konkretisierende Definition,<sup>232</sup> da sich der Begriff des „Anstands“ auf gleicher Abstraktionsebene wie derjenige der Sitte bewegt und zudem die mit „aller“ bezeichnete Bezugsgruppe weitgehend unbestimmt bleibt. Obschon man aus der Formulierung immerhin ablesen kann, dass der Maßstab grundsätzlich objektiv verstanden werden soll,<sup>233</sup> dürften in der Rechtsprechungspraxis *de facto* häufig doch die subjektiven Wertvorstellungen der entscheidenden Richter – einer für

<sup>227</sup> Zur Möglichkeit einer teleologischen Reduktion der Vorschrift bei hinreichender Vorhersehbarkeit der Zinsbelastung selbst in Verbraucherverträgen *Grundmann*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 248, Rn. 15.

<sup>228</sup> Vgl. *Stoll*, in: FS Kegel (1987), 623, 624.

<sup>229</sup> So schon *Teubner*, Standards und Direktiven in Generalklauseln (1971), 9.

<sup>230</sup> Ausführliche Übersicht und Kritik zu diesen Ansätzen bei *Teubner*, Standards und Direktiven in Generalklauseln (1971), 13 ff., 115.

<sup>231</sup> Etwa RGZ 80, 219, 221; BGH NJW 2004, 2668, 2670; BGH NJW-RR 2013, 1448, Rn. 14; BGH NJW 2014, 1380, Rn. 8; BGH NJW-RR 2018, 906, 907, Rn. 24; BGH NJW 2019, 3635, 3637, Rn. 24.

<sup>232</sup> Zu Recht kritisch *Teubner*, Standards und Direktiven in Generalklauseln (1971), 19 ff.; *Heldrich*, AcP 186 (1986), 74, 93 f.

<sup>233</sup> *Wendtland*, in: BeckOK BGB (65. Ed. 2023), § 138, Rn. 16.

die Gesamtbevölkerung kaum repräsentativen Berufsgruppe – starken Einfluss darauf haben, was im konkreten Fall als „anständig“ beurteilt wird und was nicht.<sup>234</sup> Erklärbar ist dies auch vor dem Hintergrund der Schwierigkeit einer empirischen Ermittlung von Wertvorstellungen, die von „allen“, also der Gesamtgesellschaft getragen werden – zumal von der Existenz solcher gemeinsamen Wertvorstellungen in einer zunehmend ausdifferenzierten und immer weniger durch territoriale Grenzen definierten Gesellschaft ohnehin nur noch in begrenztem Umfang ausgegangen werden kann. Als Kompromiss hat sich in der Rechtsprechung daher mittlerweile der Ansatz weitgehend durchgesetzt, den Begriff des „Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden“ nicht im engeren Sinne empirisch, sondern normativ durch Heranziehung der in der Rechts- und Verfassungsordnung selbst positivierten Wertvorstellungen auszufüllen.<sup>235</sup> Freilich unterliegen aber auch diese einem ständigen, durch gesellschaftliche Entwicklungen vorgezeichneten Wandel, welcher sich beispielsweise an der dynamischen Fortentwicklung des Bedeutungs- und Schutzgehalts der Grundrechte zeigt.<sup>236</sup>

Im Hinblick auf die Beurteilung transnationaler Verträge bietet indes gerade die Unbestimmtheit der Generalklauseln der § 138 Abs. 1 BGB und § 242 BGB erhebliches Potenzial für eine kontextsensible Anwendung.<sup>237</sup> Dafür wird hier wiederum ein zweistufiges Vorgehen vorgeschlagen, das eine vorrangige Orientierung an gruppenspezifischen sozialen Normen mit dem Vorbehalt einer sekundären normativen Residualkontrolle anhand rechtsordnungsinterner Wertvorstellungen kombiniert. In einem ersten Schritt ist der in den Formulierungen der § 138 Abs. 1 und § 242 BGB angelegte Verweis auf rechtsordnungsexterne gesellschaftliche Maßstäbe ernst zu nehmen und weitestmöglich umzusetzen. Hierfür kann der bereits für die Ausfüllung offener Rechtsbegriffe im Rahmen der Vertragsauslegung sowie für die AGB-Inhaltskontrolle am Maßstab der „Natur des Vertrags“ entworfene Ansatz einer Orientierung an den tatsächlichen normativen Verhaltenserwartungen innerhalb des jeweils berührten Gesellschaftsbereichs fruchtbar gemacht werden.<sup>238</sup> Deren Ermittlung erweist sich als ungleich praktikabler als die Konkretisierung der Idealvorstellung einer „Universalsitte“ oder die empirische Feststellung des „Anstandsgefühls“ einer als einheitlich ge-

---

<sup>234</sup> Vgl. hierzu und zu den daran anzulegenden Legitimationsanforderungen *Fischinger*, in: Staudinger (2021), § 138, Rn. 111 ff.

<sup>235</sup> Maßgeblichen Einfluss hat insoweit insbesondere die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte; siehe dazu BVerfGE 7, 198, 205 f.; BVerfGE 42, 143, 148; BVerfGE 89, 214, 229; vgl. auch BGHZ 140, 118, 128; *Wendland*, in: BeckOK BGB (65. Ed. 2023), § 138, Rn. 17.

<sup>236</sup> Siehe dazu im Überblick und mit Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts *Vofßkuhle*, JuS 2019, 417, 418 ff.

<sup>237</sup> Vgl. *Stoll*, in: FS Kegel (1987), 623, 648 f.

<sup>238</sup> Dazu oben § 5 III. 3. (S. 280 ff.) und § 5 IV. 1. c) (S. 301 ff.).

dachten, in erster Linie territorial definierten Gesellschaft. Neben dem Abgleich mit den im einschlägigen transnationalen Vertragsrechtsregime erzeugten Regelungsvorgaben und geteilten Verstehensgehalten kämen methodisch etwa Befragungen und Stellungnahmen von Branchen- und Berufsverbänden sowie die Einholung von Sachverständigengutachten zu marktspezifischen Gepflogenheiten in Betracht.<sup>239</sup> Erweist sich der zu beurteilende Einzelvertrag bereits nach diesem bereichs- bzw. gruppenspezifischen Maßstab als anstößig, begründet dies eine starke Vermutung dafür, dass dem Vertrag oder der in Rede stehenden Rechtshandlung nach § 138 Abs. 1 BGB oder § 242 BGB die rechtliche Wirkung zu versagen ist. So wäre beispielsweise einem einzelnen Derivatvertrag, der von der im jeweils einschlägigen ISDA-Mustervertrag vorgesehenen Interessenverteilung in extremer Weise zu Lasten einer Vertragspartei abweicht und dieser keinerlei Chance auf ein wirtschaftlich profitables Geschäft belässt, die Wirksamkeit nach § 138 Abs. 1 BGB abzuspochen<sup>240</sup> oder könnte die Ausübung eines Kündigungsrechts in einem Kreditvertrag in einer Weise, die den etablierten Branchen- und Verkehrserwartungen zuwiderläuft und Drittgläubiger gefährdet, als nach § 242 BGB rechtsmissbräuchlich zu behandeln sein.<sup>241</sup> Dabei ist keineswegs ausgemacht, dass das Abstellen auf bereichsspezifische Wertvorstellungen stets zur Absenkung von Verhaltensanforderungen gegenüber einem verallgemeinerndem Maßstab führen würde. Auch das Gegenteil kann der Fall und bereichsspezifisch beispielsweise ein höheres Maß an gegenseitiger Rücksichtnahme in bestimmten Konstellationen verlangt sein als es im Rechtsverkehr üblicherweise gelten würde.

Da allerdings nicht auszuschließen ist, dass sich der bereichsspezifische Maßstab der Branchen- und Verkehrssitten im Einzelfall von gesamtgesellschaftlichen Belangen und Wertungen entfernt, ist in einem zweiten Schritt eine subsidiäre normative Residualkontrolle anhand der in der deutschen Rechts- und Verfassungsordnung positivierten Werteordnung vorzunehmen. Das Ergebnis der in erster Linie empirisch orientierten bereichsspezifischen Sittenprüfung wird hierdurch gewissermaßen unter einen „materiellrechtlichen *ordre public*-Vorbehalt“ gestellt, welcher eine gesamtgesellschaftliche Rückbindung der Beurteilung des in Rede stehenden transnationalen Vertrages und mittelbar auch des hinter diesem stehenden transnationalen Vertragsrechtsregimes sicherstellt. Auch wenn also ein Einzelvertrag oder eine Rechtsausübung keiner einschlägigen Branchen- oder Verkehrssitte widerspricht, kann als *ultima ratio* die materiellrechtliche Wirkung zu versagen sein, wenn gegen eine in der deutschen Rechtsordnung verkörperte

<sup>239</sup> Vgl. Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln (1971), 93; Renner, AcP 213 (2013), 677, 686, 693.

<sup>240</sup> Vgl. Lehmann, ZBB 2015, 282, 284 f.

<sup>241</sup> Vgl. Renner, in: FS Hopt (2020), 993, 1004 f.

grundlegende Wertvorstellung verstoßen wird. Bei diesem Wertungsvorgang sollten wiederum Faktoren wie die Transnationalisierungsfähigkeit der rechtsordnungsinternen Wertvorstellung sowie die sachliche Nähebeziehung des zu beurteilenden transnationalen Vertrages zur deutschen Rechtsordnung in die Abwägung einbezogen werden. Erweist sich die betroffene Wertvorstellung als rechtsordnungsübergreifend anschlussfähig, so sollte sie umfassend, andernfalls hingegen nur restriktiv und bei engem räumlichem Bezug auf deutschem Recht unterliegende transnationale Vertragsrechtsverhältnisse zur Anwendung gebracht werden.

Nach den hier vorgeschlagenen Anwendungsmaßgaben für das zwingende Recht nähert sich dieses strukturell den kollisionsrechtlichen Schranken des positiven *ordre public* (materiellrechtliche Entsprechung in speziellen gesetzlichen Ge- und Verboten) und negativen *ordre public* (materiellrechtliche Entsprechung in Generalklauseln) an.<sup>242</sup> Hierdurch wird der für die responsive Verarbeitung transnationaler Verträge befürwortete Grundsatz der rechtswahlfreundlichen Auslegung des materiellen Vertragsrechts auch auf die Begrenzung der Vertragsfreiheit übertragen. Für dieses Vorgehen spricht neben einer funktionalen Perspektive, die das staatliche Recht als komplementäre Ergänzung transnationaler Ordnungsstrukturen rekontextualisiert, auch eine verfassungsrechtliche Perspektive: Materiellrechtliche Einschränkungen der privatautONOMEN Gestaltungsfreiheit über das Maß dessen hinaus, was durch eine zulässige kollisionsrechtliche Gestaltung erreicht werden könnte, sind zwar rechtstechnisch aufgrund der positivrechtlichen Differenzierungen zwischen Partei- und Privatautonomie möglich, können aber nicht nur praktisch in der Regel leicht umgangen werden, sondern in Anwendung auf transnationale Vertragsgestaltungen im Einzelfall auch in ihrer Verhältnismäßigkeit als zumindest fragwürdig erscheinen.

## V. Zwischenergebnis

Auch für das materielle Vertragsrecht stellt sich die Frage nach Möglichkeiten und Grenzen einer für den transnationalen Charakter eines Vertrages und dessen Einbettung in einen spezifischen grenzüberschreitenden Ordnungskontext responsiven Rechtsanwendung. In deren Rahmen wird es den Parteien eines transnationalen Vertrages in Abstimmung auf die für das Kollisionsrecht entwickelten Wertungen im Sinne einer „rechtswahlfreundlichen Auslegung“ einerseits weitestgehend ermöglicht und erleichtert, ihren Vertrag den bereichsspezifischen normativen Vorgaben eines transnationalen Vertragsrechtsregimes zu unterstellen und so grenzüberschreitend anschlussfähig zu gestalten. Andererseits werden

---

<sup>242</sup> Vgl. Renner/Leidinger, BKR 2015, 499, 501.

diejenigen Schranken gezogen, die zur gesamtgesellschaftlichen Rückbindung transnationaler Verträge erforderlich sind und zum gegenwärtigen Entwicklungsstand transnationaler Vertragsrechtsregime noch überwiegend vom staatlichen Recht ausgehen müssen.

Dieser Ansatz äußert sich zum Ersten darin, dass an den Abschluss eines transnationalen Vertrages nach §§ 145 ff. BGB und namentlich an dessen Bestimmtheit keine überhöhten Anforderungen zu stellen sind. Insoweit hat eine Orientierung an markt- und verkehrskreisspezifischen Gepflogenheiten zu erfolgen und reicht es beispielsweise im Regelfall aus, wenn der wesentliche Vertragsinhalt unter Heranziehung der einschlägigen Mustervertragsbestimmungen erschlossen werden kann.

Zum Zweiten ist den besonderen Eigenschaften transnationaler Verträge bei der Bestimmung des Vertragsinhalts Rechnung zu tragen. Hierfür sind zunächst die vorhandenen Vertragsbestimmungen, soweit sie dem in Bezug genommenen grenzüberschreitend verwendeten Musterdokument entsprechen, vorrangig mit den Methoden der objektiven Auslegung – statt mit jenen der für Willenserklärungen üblichen subjektiv orientierten Auslegung – zu interpretieren. Verbleibende Vertragslücken sind sodann primär im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen, die ihrerseits an den im zugehörigen transnationalen Vertragsrechtsregime generierten normativen Verhaltenserwartungen zu orientieren ist, welche insbesondere Zurückhaltung beim „Hinzudenken“ ungeschriebener Rechte und Pflichten gebieten können. Nur subsidiär kommt ein Rückgriff auf das dispositives Recht in Betracht, beispielsweise für auf transnationaler Regelungsebene nicht eigens behandelte Fragen des Allgemeinen Vertragsrechts. Dabei hat dann insbesondere die Ausfüllung offener Rechtsbegriffe wie „erforderliche Sorgfalt“, „Unzumutbarkeit“, „Angemessenheit“ und „Treu und Glauben“ gruppen- und verkehrskreisspezifisch wiederum anhand der unter Teilnehmern des zugehörigen transnationalen Vertragsrechtsregimes vorherrschenden normativen Erwartungshaltungen zu erfolgen.

Zum Dritten sind die Begrenzungen der Vertragsfreiheit kontextsensibel auf transnationale Verträge zur Geltung zu bringen. Im Rahmen der praktisch besonders relevanten Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist im Einzelnen zunächst darauf zu achten, ob tatsächlich die asymmetrische Situation des „Stellens durch einen Verwender“ vorliegt und ob möglicherweise eine Bereichsausnahme nach § 310 Abs. 4 BGB einschlägig ist. Ist der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle nach diesen Maßgaben eröffnet, ist sodann bei der Einbeziehungskontrolle (insbesondere § 305c Abs. 1 BGB) sowie der Inhaltskontrolle am Transparenzkriterium des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB und dem Maßstab der „Natur des Vertrags“ nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB maßgeblich auf den Kenntnis- und Verständnishorizont von Teilnehmern des jeweiligen Verkehrskreises abzustellen

und den in diesem vorherrschenden tatsächlichen Verhaltenserwartungen grundsätzlich der Vorrang gegenüber den im dispositiven Gesetzesrecht typisierten Interessenabwägungen einzuräumen. Auch bei der Anwendung zwingenden Rechts im Sinne des § 134 BGB ist ein responsives Vorgehen geboten und ist im Einzelfall danach zu fragen, ob der Zweck der jeweiligen spezifischen Ge- oder Verbotsvorschrift transnationalisierungsfähig ist und deshalb deren vorbehaltlose Durchsetzung gerade im Ordnungszusammenhang transnationaler Vertragsrechtsregime erforderlich macht oder ob dies nicht der Fall ist und insoweit eine teleologische Reduktion erwogen werden kann. Schließlich hat im Rahmen der Anwendung der zivilrechtlichen Generalklauseln wie § 138 Abs. 1 BGB und § 242 BGB zumindest in einem ersten Schritt eine Orientierung an den verkehrskreisspezifischen Verhaltenserwartungen zu erfolgen. Die in der deutschen Rechtsordnung verkörpertten Wertvorstellungen sind demgegenüber erst in einem zweiten Schritt – in struktureller Annäherung an den kollisionsrechtlichen *ordre public*-Vorbehalt – als abschließende normative Residualkontrolle in Stellung zu bringen, um eine gesamtgesellschaftliche Rückbindung transnationaler Vertragsrechtsregime auch auf materiellrechtlicher Ebene abzusichern.



## § 6 Transnationale Verträge im Internationalen Zivilverfahrensrecht

Die zuvor dargestellten Maßgaben einer responsiven Anwendung des Kollisions- und Vertragsrechts sind allesamt auf die Situation zugeschnitten, dass ein deutsches Gericht zur Entscheidung einer transnationalen Vertragsstreitigkeit in der Sache berufen ist. Ob und in welchem Umfang dies allerdings überhaupt der Fall ist, entscheidet das Internationale Zivilverfahrensrecht, weshalb auch dieses zu einem komplementären Rechtsgebiet wird, in welchem transnationale Ordnung und staatliches Recht ineinandergreifen und zueinander ins Verhältnis zu setzen sind.<sup>1</sup> Als Leitbild für einen responsiven verfahrensrechtlichen Umgang mit transnationalen Verträgen wird im Folgenden vorgeschlagen, den für das Kollisionsrecht entwickelten und im Vertragsrecht gespiegelten Gedankengang einer Ergänzung des herkömmlichen territorialitätsbezogenen durch ein funktionales, gesellschaftsbezogenes Paradigma auf das Verfahrensrecht zu übertragen, um so eine möglichst weitgehende Wertungskonsistenz zwischen allen drei Rechtsgebieten sicherzustellen.<sup>2</sup> Konkret geht es darum, einerseits die im Kollisions- und materiellen Vertragsrecht als möglich und zulässig erkannten Öffnungen des staatlichen Rechts für die Eigenwertungen der transnationalen Ordnungsebene nicht durch verfahrensrechtliche Einschränkungen zu konterkarieren, andererseits einer Umgehung der im Kollisions- und materiellen Vertragsrecht als notwendig erkannten funktionalen Begrenzungen durch verfahrensrechtliche Gestaltungen vorzubeugen.

---

<sup>1</sup> Der Begriff des Internationalen Zivilverfahrensrechts wird hier weit, auch das staatliche Schiedsverfahrensrecht umfassend verstanden; vgl. zu diesem Begriffsverständnis *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht, (5. Aufl. 2020), § 1, Rn. 2 ff., 30 ff.; *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 1.4.

<sup>2</sup> Vgl. zur normativen Verklammerung zwischen Zivilverfahrensrecht einerseits und Kollisions- sowie materiellem Privatrecht andererseits *G. Wagner*, Prozeßverträge (1998), 59 ff., 355.

## I. Zuordnungsfreiheit als Scharnier zur transnationalen Ordnungsebene

Das zivilrechtliche Leitprinzip der Privatautonomie gilt grundsätzlich auch auf Ebene des Zivilverfahrensrechts, wo die Rechtswahlfreiheit des Kollisionsrechts und die Vertragsfreiheit des materiellen Rechts ihr Äquivalent in der Freiheit zur Verfahrensgestaltung finden.<sup>3</sup> Diese umfasst alle durch das staatliche Recht eingeräumten Möglichkeiten, über Art, Ort, Ablauf und Konsequenzen einer rechtsverbindlichen Beilegung privater Streitigkeiten zu disponieren. Von überragender Bedeutung für transnationale Finanzverträge ist hierbei der Aspekt der Verfahrenszuordnung zu bewusst ausgewählten Streitbeilegungsinstanzen: So sind insbesondere Gerichtsstandsvereinbarungen in solchen Verträgen gang und gäbe und wird zunehmend auch von Schiedsvereinbarungen Gebrauch gemacht, um den in transnationalen Vertragsrechtsregimen erstrebten kollisions- und materiellrechtlichen Gleichlauf einer Vielzahl von Einzelverträgen verfahrensrechtlich abzusichern und grenzüberschreitende Durchsetzungsoptionen zu erschließen.<sup>4</sup> Die für die Mustererstellung verantwortlich zeichnenden Organisationen wie ICC, LMA und ISDA sprechen deshalb – teils in Ergänzung zu organisations-eigenen, jedoch sachlich eng begrenzten Streitbeilegungsangeboten – ausdrückliche Empfehlungen für die Wahl bestimmter staatlicher Gerichtsstände oder Schiedsmöglichkeiten im Zusammenhang mit Streitigkeiten aus, die ihre Regelwerke betreffen. Auch einzelne Schiedsinstitutionen wie P.R.I.M.E. Finance, die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS), die American Arbitration Association (AAA), die China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIATEC) und das Hong Konger Financial Dispute Resolution Centre (FDRC) stellen spezifische Musterschiedsklauseln für bestimmte transnational typisierte Vertragsarten bereit und stimmen ihre Schiedsregeln auf diese ab.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Vgl. *G. Wagner*, Prozeßverträge (1998), 59 ff.; *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, Band 12 (23. Aufl. 2022), Art. 25 EuGVVO, Rn. 2; stärker differenzierend *Maultzsch*, in: von Hein/Rühl (Hrsg.), Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union (2016), 153, 154 f.

<sup>4</sup> Vgl. *U. Magnus*, in: FS von Hoffmann (2011), 664; speziell zur Schiedsgerichtsbarkeit *Wiebecke*, SchiedsVZ 2008, 34.

<sup>5</sup> So stellt etwa die DIS eine auf den Schiedsort Frankfurt am Main zugeschnittene Musterschiedsklausel für ISDA-Verträge bereit (<<https://www.disarb.org/werkzeuge-und-tools/dismusterklauseln>>). Die Musterschiedsklauseln von P.R.I.M.E. Finance sind ebenfalls auf ISDA-Verträge und auf die möglichen Schiedsorte Genf, Zürich, Den Haag, Hong Kong, London, New York, Paris oder Singapur zugeschnitten (<<https://primefinancedisputes.org/page/model-clauses>>). Die AAA stellt mit den Arbitration Rules for Commercial Financial Disputes spezielle Verfahrensregeln für Finanzstreitigkeiten zur Verfügung, ebenso die CIATEC mit den

Von der Weichenstellung, ob sich die Parteien eines transnationalen Vertrages für eine Streitbeilegung vor staatlichen Gerichten oder vor privaten Schiedsgerichten entscheiden, hängt maßgeblich ab, mit welchen verfahrensrechtlichen Fragestellungen ein mit einer transnationalen Vertragsstreitigkeit konfrontiertes deutsches Gericht befasst sein kann. Beide Möglichkeiten werden nachfolgend im Detail erörtert.

## II. Staatliche Gerichtsbarkeit

Anders als in den Bereichen des grenzüberschreitenden Warenhandels, des Anlagenbaus oder des Unternehmenskaufs, in welchen die private Schiedsgerichtsbarkeit längst zur dominierenden Streitbeilegungsform aufgestiegen ist,<sup>6</sup> wird der überwiegende Teil finanzvertraglicher Streitigkeiten noch immer vor staatlichen Gerichten ausgetragen.<sup>7</sup> Für die Parteien eines transnationalen Vertrages in diesem Bereich wie auch für die Funktionalität transnationaler Vertragsrechtsregime insgesamt ist dabei von entscheidender Bedeutung, dass Klarheit darüber besteht, wo vertragsbezogene Streitigkeiten erforderlichenfalls angestrengt werden und zu grenzüberschreitend durchsetzbaren Entscheidungen führen können.

### 1. Internationale Zuständigkeit im Erkenntnisverfahren

Wird eine im Zusammenhang mit einem transnationalen Vertrag entstandene Streitigkeit bei einem deutschen Gericht anhängig gemacht, stellt sich zuvörderst die Frage nach dessen Kompetenz, in Abgrenzung zu den Gerichtsbarkeiten anderer Staaten über den streitgegenständlichen Sachverhalt entscheiden zu dürfen. Fehlt es daran, ist die Klage als unzulässig abzuweisen; eine Verweisung an ein ausländisches Gericht entsprechend § 281 ZPO ist nicht möglich.<sup>8</sup> Unter wel-

---

Financial Disputes Arbitration Rules; siehe *Wiebecke*, *SchiedsVZ* 2008, 34, 35. Zum FDRC siehe <<https://www.fdrc.org.hk/>>.

<sup>6</sup> *Pfeiffer*, in: Gesellschaft für Rechtspolitik/Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier/Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law (Hrsg.), *Bitburger Gespräche: Jahrbuch 2016* (2017), 13, 16. Für eine Auswertung empirischer Studien zur Verwendung der Schiedsgerichtsbarkeit in einzelnen Branchen und einen Vergleich mit den Entwicklungen der Fallzahlen staatlicher Gerichte in Deutschland siehe *Hoffmann/Maurer*, *ZfRSoz* 31 (2010), 279, 286 ff.

<sup>7</sup> Vgl. zu Hintergründen und Ausnahmen *Horn*, in: *FS Sandrock* (2000), 385, 391 ff.

<sup>8</sup> OLG Köln *NJW* 1988, 2182, 2183; aus der Literatur etwa *Hay/Rößler*, *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht* (5. Aufl. 2016), 9; *Prütting*, in: *MüKo ZPO*, Band 1 (6. Aufl. 2020), § 281, Rn. 5; *Saenger*, in: *Saenger* (Hrsg.), *HK-ZPO* (9. Aufl. 2021), § 281, Rn. 7; *Bacher*, in: *BeckOK ZPO* (47. Ed. 2022), § 281, Rn. 9.

chen Voraussetzungen darf und muss ein deutsches Gericht also bei responsiver Herangehensweise von der eigenen internationalen Zuständigkeit ausgehen?

#### a) Gerichtsstandsvereinbarung

Erster und wichtigster Ansatzpunkt zur Beantwortung dieser Frage ist das mögliche Vorliegen einer Gerichtsstandsvereinbarung. Ebenso wie die Rechtswahlfreiheit im Kollisionsrecht ist die Freiheit der Gerichtsstandsvereinbarung im Zivilverfahrensrecht in nahezu allen Jurisdiktionen anerkannt<sup>9</sup> und im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr allgegenwärtig.<sup>10</sup> Gerade Finanzverträge enthalten üblicherweise Gerichtsstandsvereinbarungen, mittels derer die in der Regel ausschließliche<sup>11</sup> Zuständigkeit der Gerichte eines bestimmten Staates, oftmals sogar eines spezifischen Gerichts (z. B. Landgericht Frankfurt am Main) für eine konkrete Streitigkeit oder bestimmte Arten von Streitigkeiten festgelegt wird.<sup>12</sup> Meist wird dabei ein Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Sachrecht angestrebt und gehen deshalb Gerichtsstands- und Rechtswahlvereinbarungen Hand in Hand.<sup>13</sup> Dahinter stehen vor allem die Erwägungen, dass staatliche Gerichte im Regelfall mit dem eigenen Recht am besten zurechtkommen und sämtliche vertragsbezogenen Streitigkeiten einem einheitlichen Forum unterliegen sollten.<sup>14</sup>

Um bestimmen zu können, unter welchen Voraussetzungen eine Gerichtsstandsvereinbarung Wirkung entfaltet und eine Zuständigkeit des angerufenen deutschen Gerichts entweder begründet (prorogiert) oder ausschließt (derogiert),<sup>15</sup>

<sup>9</sup> *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge (2006), 114; *Gottschalk/Breßler*, ZEuP 2007, 56; *Mills*, Party Autonomy in Private International Law (2018), 92 f.; vgl. auch die Länderberichte in Geimer/Schütze (Hrsg.), Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen (65. Aufl. 2022).

<sup>10</sup> Vgl. *Sebastianutti*, Law & Fin. Mkt. Rev. 3 (2009), 155, 157.

<sup>11</sup> Vgl. *Mills*, Party Autonomy in Private International Law (2018), 93 ff., 113 ff.; siehe auch die Vermutungsregel des Art. 25 Abs. 1 S. 2 Brüssel Ia-VO.

<sup>12</sup> Speziell zu Derivatverträgen *Reiner/Scholl*, in: Ellenberger/Bunte (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch (6. Aufl. 2022), § 94, Rn. 400; speziell zu Konsortialkreditverträgen *Estevan de Quesada/Renner*, ERCL 13 (2017), 164, 177; allgemein *Mills*, Party Autonomy in Private International Law (2018), 91; *Lehmann/Eichmüller*, BKR 2023, 1, 3.

<sup>13</sup> *Rühl*, RabelsZ 71 (2007) 559, 567; *Calliess/Hoffmann*, GLJ 10 (2009), 115; *Estevan de Quesada/Renner*, ERCL 13 (2017), 164, 177.

<sup>14</sup> Vgl. *Döser*, JuS 2000, 663, 664 f.; *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge (2006), 114 f.; *Calliess/Hoffmann*, GLJ 10 (2009), 115; zu weiteren möglichen Gründen *Antomo*, Schadensersatz wegen der Verletzung einer internationalen Gerichtsstandsvereinbarung? (2017), 43 ff.; zu Vor- und Nachteilen eines Gleichlaufs zwischen internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht *Dutta*, in: FS Kronke (2020), 51, 57 ff.

<sup>15</sup> Über diese zuständigkeitsrechtlichen Fragen hinausgehend können Gerichtsstandsvereinbarungen auch materiellrechtliche Wirkungen entfalten, insbesondere Schadensersatzansprü-

muss nach der anwendbaren Rechtsquelle, konkret zwischen Brüssel Ia-VO, LugÜ,<sup>16</sup> HGÜ<sup>17</sup> und ZPO differenziert werden.

### aa) Brüssel Ia-VO

Aus Sicht eines deutschen Gerichts ist zur Beurteilung der Wirksamkeit einer in einem transnationalen Vertrag getroffenen Gerichtsstandsvereinbarung grundsätzlich vorrangig die Brüssel Ia-VO heranzuziehen, in deren Anwendungsbereich sich die Anforderungen an und Grenzen von Gerichtsstandsvereinbarungen in erster Linie aus Art. 25 Brüssel Ia-VO ergeben.

#### (1) Anwendungsbereich

##### (a) Zivil- und Handelssachen

Nach Art. 1 Abs. 1 S. 1 Brüssel Ia-VO gilt die Verordnung für „Zivil- und Handelssachen“. Diese Begriffe sind ebenso auszulegen wie im Rahmen der Rom I-VO<sup>18</sup> und dienen nach Art. 1 Abs. 1 S. 2 Brüssel Ia-VO vor allem der Abgrenzung zum öffentlichen Recht, welches selbst bei transnationalen Verträgen mit Beteiligung einer Partei der öffentlichen Hand mangels Ausübung von Hoheitsrechten nicht einschlägig ist.

##### (b) Grenzüberschreitender Bezug

Im Gegensatz zu Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO, der eine „Verbindung zum Recht verschiedener Staaten“ verlangt,<sup>19</sup> sieht die Brüssel Ia-VO kein ausdrückliches Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs des Streitgegenständlichen Sachverhalts vor. Daraus wird vereinzelt gefolgert, dass ein solcher Bezug entbehrlich und die Brüssel Ia-VO auch auf reine Inlandssachverhalte anwendbar sei.<sup>20</sup> Vertreter der herrschenden Gegenansicht verlangen hingegen einen grenzüber-

---

che begründen. Siehe dazu BGHZ 223, 269, 274 ff., Rn. 22 ff.; *Antomo*, Schadensersatz wegen der Verletzung einer internationalen Gerichtsstandsvereinbarung? (2017), 399 ff.; *Gottwald*, in: FS H. Roth (2021), 699, 704 ff.; *Prütting*, in: FS H. Roth (2021), 497, 499 f.

<sup>16</sup> Luganer Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007. Das Abkommen entspricht in der derzeitigen Fassung weitgehend der Brüssel I-VO, eine Anpassung an die Brüssel Ia-VO ist bislang nicht erfolgt.

<sup>17</sup> Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen vom 30. Juni 2005.

<sup>18</sup> Dazu oben § 4 III. 1. a) (S. 206 f.); für einen Gleichlauf auch Erwägungsgrund 7 der Rom I-VO.

<sup>19</sup> Zur Vorzugswürdigkeit einer extensiven Auslegung dieses Kriteriums oben § 4 III. 1. b) (S. 207 ff.).

<sup>20</sup> *Geimer*; Internationales Zivilprozessrecht (8. Aufl. 2020), Rn. 1646; *Geimer*, in: Zöllner,

schreitenden Bezug als ungeschriebene Anwendungsvoraussetzung und wollen in Ermangelung eines solchen die Wirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung nach dem nationalen Prozessrecht des angerufenen Gerichts beurteilen.<sup>21</sup> Trotz der Unterschiede in den Formulierungen der Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO, Art. 1 Abs. 1 Rom II-VO, Art. 1 Abs. 1 Rom III-VO einerseits und des Art. 1 Abs. 1 Brüssel Ia-VO andererseits erscheint die letztgenannte Sichtweise vor dem Hintergrund der primärrechtlichen Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten stichhaltiger. Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV) ist die EU nur zur Regelung solcher Materien befugt, für die eine Zuständigkeitsübertragung durch die Mitgliedstaaten stattgefunden hat. Und der den vereinheitlichten Vorschriften des Kollisions- und Internationalen Zivilverfahrensrechts zugrunde liegende Kompetenztitel Art. 81 AEUV<sup>22</sup> weist der EU in Abs. 1 S. 1 die Aufgabe der Entwicklung einer justiziellen Zusammenarbeit nur in „Zivilsachen mit grenzüberschreitendem Bezug“ zu.<sup>23</sup> Diese Einschränkung ist bei der Auslegung der auf Grundlage dieses Titels ergangenen Sekundärrechtsakte zu berücksichtigen,<sup>24</sup> was sich auch dadurch untermauern lässt, dass zahlreiche Vorschriften der Brüssel Ia-VO Implikationen für die örtliche Zuständigkeit haben, es aber kaum dem mitgliedstaatlichen Willen entsprochen haben dürfte, selbst die innerstaatliche Zuständigkeitsverteilung dem nationalen Zuständigkeitsrecht zu entziehen.<sup>25</sup> Folgerichtig hat sich mittlerweile auch der EuGH zum Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs als Anwendungsvoraussetzung der Brüssel Ia-VO bekannt.<sup>26</sup>

Damit ist allerdings die Anschlussfrage aufgeworfen, wann von einem „grenzüberschreitenden Bezug“ nach Art. 1 Abs. 1 Brüssel Ia-VO auszugehen ist. Dass

---

ZPO (34. Aufl. 2022), Art. 4 EuGVVO, Rn. 9; noch zum EuGVÜ *Geimer*, IPRax 1991, 31 f.; *Coester-Waltjen*, in: FS Nakamura (1996), 89, 110.

<sup>21</sup> Etwa *R. Magnus*, ZEuP 2018, 507, 512; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 292, 576 f.; *A. Staudinger*, in: Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band 1 (5. Aufl. 2021), Brüssel Ia-VO, Einleitung, Rn. 19; *Antomo*, in: BeckOK ZPO (47. Ed. 2022), Art. 1 Brüssel Ia-VO, Rn. 15; *Gottwald*, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), Vorbemerkung zu Art. 1 Brüssel Ia-VO, Rn. 32; *Nordmeier*, in: Thomas/Putzo, ZPO (43. Aufl. 2022), Vorb Art. 1 EuGVVO, Rn. 20.

<sup>22</sup> Siehe Erwägungsgrund 5 der Brüssel Ia-VO.

<sup>23</sup> Ausführlich zu dessen Auslegung *Hess*, in: von Hein/Rühl (Hrsg.), Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union (2016), 67, 68 ff.; *J. Bachmann*, Universalisierung des Europäischen Zivilverfahrensrechts (2020), 81 ff.

<sup>24</sup> *R. Magnus*, ZEuP 2018, 507, 509 f.

<sup>25</sup> *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 291.

<sup>26</sup> EuGH, Urteil vom 1.3.2005, Rs. C-281/02 – *Owusu*, Rn. 25; EuGH, Urteil vom 17.11.2011, Rs. C-327/10 – *Hypoteční banka*, Rn. 29; EuGH, Urteil vom 14.11.2013, Rs. C-478/12 – *Maletic*, Rn. 25 ff.; EuGH, Urteil vom 19.12.2013, Rs. C-9/12 – *Corman-Collins*, Rn. 18; EuGH, Urteil vom 7.5.2020, Rs. C-267/19 und C-323/19 – *Parking*, Rn. 30.



hierfür nicht nur binnenmarktinterne Bezüge, sondern auch solche zu Drittstaaten ausreichen, hat nach langer Diskussion<sup>27</sup> der EuGH in der Rechtssache *Owusu* klargestellt.<sup>28</sup> Ähnlich wie im Rahmen der Rom I-VO<sup>29</sup> ist jedoch auch für die Brüssel Ia-VO nicht vollständig geklärt, welche Kriterien im Einzelnen einen hinreichenden grenzüberschreitenden Bezug begründen.<sup>30</sup> Erwogen werden unter anderem parteibezogene Elemente wie Staatsangehörigkeit, Wohnsitz, gewöhnlicher Aufenthalt, Satzungs- oder Verwaltungssitz, Gründungs- oder Registerort, Ort der Niederlassung oder der hauptsächlichen Geschäftstätigkeit, aber auch streitgegenstandsbezogene wie der Abschluss- oder Erfüllungsort eines Vertrages.<sup>31</sup> Bei allem Streit im Detail erscheint, wie bei der Paralleldiskussion zu Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO,<sup>32</sup> auch im verfahrensrechtlichen Kontext die Ansetzung einer äußerst niedrigen Schwelle angezeigt, nicht zuletzt, um einen unionsinternen Gleichlauf internationaler Zuständigkeiten sicherzustellen.<sup>33</sup>

Im Hinblick auf transnationale Verträge stellt sich in diesem Zusammenhang wiederum die Frage, inwieweit die Verwendung eines transnationalen Musterdokuments sowie damit typischerweise verbundener Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln einen für die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs der Brüssel Ia-VO hinreichenden grenzüberschreitenden Bezug begründet. Wenngleich transnationale Verträge zumeist ohnehin in Konstellationen auftreten, die schon objektiv räumliche Verbindungen zu mehreren Staaten aufweisen, können selbst für Parteien eines vermeintlichen Inlandsgeschäfts Anreize zum Anschluss

---

<sup>27</sup> Im Überblick *J. Bachmann*, Universalisierung des Europäischen Zivilverfahrensrechts (2020), 22 ff.; *Mankowski*, in: *Leible/Terhechte* (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (2. Aufl. 2021), § 33, Rn. 5 ff.; *Thole*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, Band 12 (23. Aufl. 2022), vor Art. 4 EuGVVO, Rn. 8, jeweils m. w. N.

<sup>28</sup> EuGH, Urteil vom 1.3.2005, Rs. C-281/02 – *Owusu*, Rn. 26. Vgl. auch schon EuGH, Urteil vom 13.7.2000, Rs. C-412/98 – *Group Josi*, Rn. 59 ff.

<sup>29</sup> Dazu oben § 4 III. 1. b) (S. 207 ff.).

<sup>30</sup> Vgl. *Mills*, *Party Autonomy in Private International Law* (2018), 223 f.

<sup>31</sup> Ausführlich *R. Magnus*, *ZEuP* 2018, 507, 516 ff.

<sup>32</sup> Dazu oben § 4 III. 1. b) (S. 207 ff.).

<sup>33</sup> Vgl. *Stadler*, in: *Musielak/Voit* (Hrsg.), ZPO (19. Aufl. 2022), Art. 25 EuGVVO, Rn. 1. Von der Europäischen Kommission wurde sogar die Auffassung vertreten, dass schon die Möglichkeit einer Vollstreckung im Ausland einen hinreichenden grenzüberschreitenden Bezug begründe und dass Unionsrechtsakte, die generell auf die Erleichterung grenzüberschreitender Verfahren abzielen, auf der Kompetenzgrundlage des Art. 81 Abs. 1 S. 1 AEUV auch auf innerstaatliche Sachverhalte angewandt werden könnten; siehe dazu den Kommissionsvorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, 15.3.2005, KOM(2005) 87 endg., 5 f. Dieser Ansatz konnte sich jedoch bislang nicht durchsetzen; vgl. *Lenzing*, in: *von der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht (7. Aufl. 2015), Art. 81. AEUV, Rn. 4; *Hess*, in: *von Hein/Rühl* (Hrsg.), Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union (2016), 67, 70 f.; *R. Magnus*, *ZEuP* 2018, 507, 510.

an ein transnationales Vertragsrechtsregime bestehen, etwa um eine Veräußerbarkeit von Vertragsforderungen am Sekundärmarkt sicherzustellen. Durften also beispielsweise die in den transnationalen Swap-Verträge zwischen italienischen bzw. portugiesischen Parteien betreffenden Fällen *Dexia v. Prato* und *Banco Santander v. Companhia de Carris de Ferro* angerufenen englischen Gerichte<sup>34</sup> ihre Zuständigkeit nach der damals im Vereinigten Königreich noch anwendbaren Brüssel Ia-VO prüfen, obwohl die einzigen grenzüberschreitenden Bezüge der Streitigkeiten in der Verwendung von ISDA-Musterdokumenten und damit einhergehenden Rechts- und Gerichtsstandswahlen bestanden? Unterfiele ein noch vor dem Brexit vor einem deutschen Gericht anhängig gemachter Rechtsstreit um einen LMA-Konsortialkreditvertrag zwischen einem deutschen Autohersteller und einem aus deutschen Banken gebildeten Konsortium dem sachlichen Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO schon deshalb, weil ein LMA-Muster verwendet und als Gerichtsstand London gewählt worden ist?

Einige Stimmen sprechen sich gegen die Zulassung einer solchen „gewillkürten“ Eröffnung des Anwendungsbereichs der Brüssel Ia-VO aus und halten bei Fehlen objektiver Auslandsbezüge des Sachverhalts einen Rückgriff auf nationales Prozessrecht für erforderlich.<sup>35</sup> Begründet wird dies vor allem mit dem Argument, dass sonst die gegenüber der Brüssel Ia-VO strengeren Anforderungen der §§ 38, 40 ZPO an Gerichtsstandsvereinbarungen unterlaufen würden, insbesondere das grundsätzliche Erfordernis einer Kaufmannseigenschaft.<sup>36</sup> Zudem bestehe im europäischen Zivilverfahrensrecht kein dem Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO entsprechendes Korrektiv, welches die Möglichkeiten zur Umgehung einfach zwingenden Rechts einschränke.<sup>37</sup> Beiden Gesichtspunkten ist jedoch entgegenzuhalten, dass die gegenüber §§ 38, 40 ZPO größere personenbezogene Flexibilität des Art. 25 Brüssel Ia-VO für Gerichtsstandsvereinbarungen durch die ordnungsinternen Formvorgaben des Art. 25 Abs. 1 S. 3 Brüssel Ia-VO, die Einschränkungen der Art. 15, 19 und 23 Brüssel Ia-VO für Versicherungs-, Verbraucher- und Arbeitsverträge sowie die ausschließlichen Zuständigkeiten des Art. 24 Brüssel Ia-VO anderweitig kompensiert und auch auf diesen Wegen eine Benachteiligung strukturell unterlegener Vertragsparteien sowie eine Untergrabung zwingender staatlicher Ordnungsinteressen verhindert werden kann. Der

<sup>34</sup> Ausführlich dazu oben § 4 III. 3. b) aa) (1) (S. 227 ff.).

<sup>35</sup> Etwa OLG Hamm IPRax 1999, 244, 245; *Kropholler/von Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht (9. Aufl. 2011), Art. 23 EuGVO, Rn. 89; *R. Magnus*, ZEuP 2018, 507, 533 ff.; *Mankowski*, in: Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band 1 (5. Aufl. 2021), Art. 25 Brüssel Ia-VO, Rn. 35; vgl. auch *Thole*, ZZP 122 (2009), 423, 437 f., der allerdings einschränkend auch eine subjektive Missbrauchsabsicht verlangt.

<sup>36</sup> *R. Magnus*, ZEuP 2018, 507, 534 f.

<sup>37</sup> Vgl. *R. Magnus*, ZEuP 2018, 507, 534.

Verweis auf ein Fehlen einer Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO entsprechenden Regelung relativiert sich zudem, wenn man bedenkt, dass die Brüssel Ia-VO gemäß Art. 25 Abs. 1 S. 1 nach vorzugswürdiger Ansicht grundsätzlich nur Prorogationen zugunsten der Gerichte eines EU-Mitgliedstaates erfasst,<sup>38</sup> welche ihrerseits die Rom I-VO anzuwenden haben – einschließlich der Begrenzungen der Art. 3 Abs. 3 und Abs. 4 Rom I-VO, die ausweislich des Erwägungsgrundes 15 der Rom I-VO durch Gerichtsstandsvereinbarungen allein ebenso wenig wie durch Rechtswahl umgangen werden können.

Damit die Schutzmechanismen von europäischem Kollisions- und Zivilverfahrensrecht dergestalt ineinandergreifen können, ist eine weitestmögliche Kohärenz der sachlichen Anwendungsbereiche von Rom I-VO und Brüssel Ia-VO erforderlich, welche in Zweifel stünde, wenn an die ungeschriebene Anwendungsvoraussetzung des grenzüberschreitenden Bezugs in Art. 1 Abs. 1 Brüssel Ia-VO höhere Anforderungen gestellt würden als an die ausdrückliche Voraussetzung der „Verbindung zum Recht verschiedener Staaten“ in Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO, für die sogar schon die Wahl eines fremden Rechts genügt.<sup>39</sup> Mithin ist es vorzugswürdig, gerade mit Blick auf die für transnationale Verträge relevante Möglichkeit zur Schaffung eines Gleichlaufs zwischen anwendbarem Recht und Gerichtsstand, auch im Rahmen der Brüssel Ia-VO einen „gewillkürten“ grenzüberschreitenden Bezug in Form der Verwendung eines transnationalen Musterdokuments und damit verbundener Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln für die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs ausreichen zu lassen.

### (c) Bereichsausnahmen

Die Brüssel Ia-VO sieht in Art. 1 Abs. 2 eine Reihe von Bereichsausnahmen vor, die in erster Linie darauf beruhen, dass die aufgeführten Materien spezielleren europa- oder völkerrechtlichen Abkommen unterliegen.<sup>40</sup> Im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen ist vor allem die Ausnahme der Schiedsgerichtsbarkeit (lit. d) zu beachten, welche auf dem durch Art. 73 Abs. 2 und Erwägungsgrund 12 der Brüssel Ia-VO anerkannten Vorrang des UNÜ beruht. Sie greift freilich nur, wenn die Parteien eines transnationalen Vertrages eine Schiedsvereinbarung getroffen haben, was im Finanzbereich (noch) die Ausnahme darstellt.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Zu Details und Ausnahmen siehe unten § 6 II. 1. a) aa) (1) (d) (S. 327 ff.).

<sup>39</sup> Dazu oben § 4 III. 1. b) (S. 207 ff.).

<sup>40</sup> Antomo, in: BeckOK ZPO (47. Ed. 2022), Art. 1 Brüssel Ia-VO, Rn. 58.

<sup>41</sup> Dazu unten § 6 III. (S. 403). Beim Sonderfall sog. *split jurisdiction clauses* ist zwischen Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungselementen zu unterscheiden und sind nur Erstere nach der Brüssel Ia-VO zu beurteilen, sofern deren sonstige Anwendungsvoraussetzungen vorliegen. Vgl. dazu Wiebecke, SchiedsVZ 2008, 34, 36.

Für bestimmte Typen transnationaler Verträge im Finanzbereich wie Kreditderivatverträge nach Maßgaben der ISDA kann außerdem die Bereichsausnahme für „Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren“ (lit. b) einschlägig erscheinen. Diese dient der Abgrenzung zur EuInsVO,<sup>42</sup> welche alle insolvenzrechtlichen Verfahren erfasst, die von Art. 3 und 6 EuInsVO den Gerichten des EU-Mitgliedstaates zugewiesen werden, in dessen Gebiet ein Insolvenzschuldner den Mittelpunkt seines hauptsächlichen Interesses hat.<sup>43</sup> Ziel dieser Verfahrenskonzentration ist die Bündelung aller die Interessen der Gläubigermehrheit betreffenden Klagen bei einem einheitlichen Insolvenzgericht.<sup>44</sup> Zu den hiervon erfassten Verfahren gehören neben dem insolvenzrechtlichen Stammverfahren im Sinne von Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Nr. 4 EuInsVO i. V. m. Anhang A EuInsVO jedoch nur solche Einzelverfahren, die unmittelbar aus dem Insolvenzverfahren hervorgehen oder mit diesem in engem Zusammenhang stehen.<sup>45</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH setzt dies voraus, dass der geltend gemachte Anspruch oder die ihm zugrunde liegende Verpflichtung auf einer Sonderregelung für Insolvenzverfahren beruht und damit entweder eine Insolvenzeröffnung zwingend voraussetzt oder unmittelbar der Verwirklichung des Insolvenzverfahrens dient<sup>46</sup> – ohne Insolvenzverfahren also gar nicht denkbar wäre.<sup>47</sup> Beispiele hierfür sind Anfechtungsklagen des Insolvenzverwalters<sup>48</sup> oder der gegen Mitglieder des Vertretungsorgans oder Abwickler einer juristischen Person gerichtete Anspruch auf Ersatz für nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung geleistete Zahlungen nach § 15b Abs. 4 InsO.<sup>49</sup> Für Ansprüche aus Rechtsgeschäften hingegen, die grundsätzlich schon vor Insolvenzeröffnung nach

<sup>42</sup> Verordnung (EU) 2015/848 vom 20. Mai 2015 des Europäischen Parlaments und des Rates über Insolvenzverfahren.

<sup>43</sup> Vgl. dazu *Kindler*, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 3 EuInsVO, Rn. 2.

<sup>44</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 18.7.2013, Rs. C-147/12 – ÖFAB, Rn. 25.

<sup>45</sup> EuGH, Urteil vom 12.2.2009, Rs. C-339/07 – Seagon, Rn. 21; EuGH, Urteil vom 19.4.2012, Rs. C-213/10 – F-Text, Rn. 22 f., 29; EuGH, Urteil vom 4.9.2014, Rs. 157/13 – Nickel & Goeldner Spedition, Rn. 19; EuGH, Urteil vom 9.11.2017, Rs. C-641/16 – Tünkers France und Tünkers Maschinenbau, Rn. 19; EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Rs. C-649/16 – Valach u. a., Rn. 26; EuGH, Urteil vom 4.10.2018, Rs. C-337/17 – Feniks, Rn. 31; EuGH, Urteil vom 14.11.2018, Rs. C-296/17 – Wiemer & Trachte, Rn. 31; EuGH, Urteil vom 18.9.2019, Rs. C-47/18 – Riel, Rn. 34; EuGH, Urteil vom 4.12.2019, Rs. C-493/18 – Tiger u. a., Rn. 28 f.; BGH NJW-RR 2021, 1207 f., Rn. 22 f.; vgl. auch schon EuGH, Urteil vom 22.2.1979, Rs. 133/78 – Gourdain/Nadler, Rn. 4.

<sup>46</sup> Etwa EuGH, Urteil vom 4.9.2014, Rs. 157/13 – Nickel & Goeldner Spedition, Rn. 27; EuGH, Urteil vom 4.12.2014, Rs. C-295/13 – H, Rn. 21; EuGH, Urteil vom 4.10.2018, Rs. C-337/17 – Feniks, Rn. 31.

<sup>47</sup> *Stadler*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO (19. Aufl. 2022), Art. 1 EuGVVO, Rn. 6.

<sup>48</sup> EuGH, Urteil vom 12.2.2009, Rs. C-339/07 – Seagon, Rn. 28.

<sup>49</sup> Noch zur Vorgängervorschrift § 64 GmbHG EuGH, Urteil vom 10.12.2015, Rs. C-594/14

allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften hätten geltend gemacht werden können, bleibt es bei der Anwendbarkeit der Brüssel Ia-VO.<sup>50</sup> Vor diesem Hintergrund unterfallen bei responsiver Auslegung, die ein restriktives Verständnis der Bereichsausnahmen nahelegt, auch Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Abwicklung von Kreditderivaten sachlich der Brüssel Ia-VO: Zwar werden hier, wenn wie üblich die Bestimmungen aus dem Master Agreement der ISDA zum Close-out Netting übernommen worden sind, bestehende Erfüllungsansprüche spätestens mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens in einen einzigen, nach Saldierung aller Einzelpositionen verbleibenden Zahlungsanspruch überführt.<sup>51</sup> Doch hat dieser insolvenzrechtlich privilegierte Saldoanspruch seine Grundlage gerade nicht im Insolvenzrecht, sondern in einer vertragsautonomen Regelung und beruht auf materiellen Ansprüchen, die sämtlich auch ohne Insolvenzverfahren hätten geltend gemacht werden können.<sup>52</sup> Das gilt selbst dann, wenn die Saldierung der Ansprüche wie in § 104 InsO – abweichend vom international üblichen Ansatz – von Gesetzes wegen erfolgt und vertragliche Nettingklauseln lediglich als Modifikationen des gesetzlich vorgesehenen Nettingmechanismus behandelt werden.<sup>53</sup> Ein in transnationalen Kreditderivatverträgen vereinbarter Gerichtsstand bleibt daher von der Bereichsausnahme unberührt und für die Geltendmachung auch nettingbasierter Saldoansprüche maßgeblich.

#### (d) Räumlich-personeller Anwendungsbereich

Für die Abgrenzung der Brüssel Ia-VO zu LugÜ, HGÜ und ZPO sind die Begrenzungen des räumlich-personellen Anwendungsbereichs der Vorschriften entscheidend. Abweichend vom Ausgangspunkt des Art. 4 Abs. 1 Brüssel Ia-VO, wonach die Verordnung grundsätzlich nur greift, wenn der Beklagte seinen (Wohn-)Sitz i. S. d. Art. 62, 63 Brüssel Ia-VO in einem EU-Mitgliedstaat hat,<sup>54</sup> verlangt Art. 25 Brüssel Ia-VO Anwendung auf alle Gerichtsstandsvereinbarun-

---

– Kornhaas, Rn. 21; weitere Beispiele bei *Antomo*, in: BeckOK ZPO (47. Ed. 2022), Art. 1 Brüssel Ia-VO, Rn. 82 ff.

<sup>50</sup> EuGH, Urteil vom 4.9.2014, Rs. 157/13 – Nickel & Goeldner Spedition, Rn. 27; EuGH, Urteil vom 6.2.2019, Rs. C-535/17 – NK, Rn. 28; EuGH, Urteil vom 21.11.2019, Rs. C-198/18 – CeDe Group, Rn. 31; *Antomo*, in: BeckOK ZPO (47. Ed. 2022), Art. 1 Brüssel Ia-VO, Rn. 86.

<sup>51</sup> Dazu oben § 1 II. 3. b) bb) (S. 67 ff.). Ergibt sich hierbei eine ausstehende Forderung des Vertragspartners, kann diese nur noch als Insolvenzforderung verfolgt werden; im umgekehrten Fall hat der Vertragspartner zur Masse zu leisten, wobei das Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters entfällt; *Fehl-Weileder*, in: Braun (Hrsg.), InsO (9. Aufl. 2022), § 104, Rn. 8 ff.; vgl. auch *Berberich*, in: BeckOK InsO (30. Ed. 2023), § 104, Rn. 41.

<sup>52</sup> Vgl. *Lehmann*, ZBB 2015, 282, 292; *Lehmann/Flöther/Gurlit*, WM 2017, 597, 603 f.

<sup>53</sup> Vgl. für eine Kritik an diesem deutschen Sonderweg *Lehmann/Flöther/Gurlit*, WM 2017, 597, 603 f.

<sup>54</sup> Zu den Besonderheiten im Verhältnis zu Dänemark statt aller *A. Staudinger*, in: Rauscher



gen, welche die Zuständigkeit eines Gerichts oder der Gerichte eines EU-Mitgliedstaates vorsehen.<sup>55</sup> Dabei regelt die Vorschrift nicht nur die Voraussetzungen für Prorogationen zugunsten, sondern zugleich auch diejenigen für damit gegebenenfalls einhergehende Derogationen zulasten mitgliedstaatlicher Gerichte, was sich zwar nicht aus dem Wortlaut, wohl aber aus der teleologischen Erwägung ergibt, dass der Vereinheitlichungseffekt des Art. 25 Brüssel Ia-VO für EU-interne ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarungen konterkariert würde, würde sich die Wirksamkeit der Prorogation nach Unionsrecht, die der Derogation hingegen nach dem autonomen Recht des betroffenen Mitgliedstaates richten.<sup>56</sup>

Für Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten drittstaatlicher Gerichte – beispielsweise der in ISDA-Verträgen oftmals in Bezug genommenen Gerichte New Yorks oder nunmehr nach dem EU-Austritt des Vereinigten Königreichs auch englischer Gerichte, auf die etwa in Konsortialkreditverträgen nach LMA-Mustern häufig verwiesen wird – gilt Art. 25 Brüssel Ia-VO hingegen nach herkömmlicher Ansicht nicht.<sup>57</sup> Insoweit ist allerdings eine Differenzierung erforderlich. So entspricht es der ganz herrschenden, auch vom EuGH mitgetragenen Ansicht, dass die Brüssel Ia-VO sich zumindest insoweit auf Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten von Drittstaaten auswirkt, als diese zur Derogation der in der Verordnung vorgesehenen ausschließlichen Gerichtsstände (Art. 25 Abs. 4 Var. 2 i. V.m. Art. 24 Brüssel Ia-VO) oder besonderen Schutzgerichtsstände für Versicherungsnehmer, Verbraucher oder Arbeitnehmer (Art. 25 Abs. 4 Var. 1 i. V.m. Art. 15, 19, 23 Brüssel Ia-VO) führen würden.<sup>58</sup> Eine Derogation dieser „zwin-

---

(Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band 1 (5. Aufl. 2021), Brüssel Ia-VO, Einleitung, Rn. 15.

<sup>55</sup> Der Ausnahmecharakter der Art. 25 Brüssel Ia-VO ergibt sich auch aus Art. 6 Abs. 1 Brüssel Ia-VO. Durch den Verzicht auf das in Art. 23 Brüssel I-VO a.F. noch vorgesehene (Wohn-)Sitzerfordernis in der EU hat die Relevanz der Brüssel Ia-VO nochmals zugenommen; vgl. *U. Magnus*, in: FS Martiny (2014), 785, 789.

<sup>56</sup> Vgl. *Gaier*, in: BeckOK ZPO (47. Ed. 2022), Art. 25 Brüssel Ia-VO, Rn. 10 f.; *Gottwald*, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), Art. 25 Brüssel Ia-VO, Rn. 6; *Stadler*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO (19. Aufl. 2022), Art. 25 EuGVVO, Rn. 1. *A maiore ad minus* gilt Art. 25 Brüssel Ia-VO außerdem für isolierte „negative“ Gerichtsstandsvereinbarungen, die bei mehreren gesetzlich vorgesehenen EU-Gerichtsständen die Zuständigkeit von Gerichten einzelner Mitgliedstaaten ausschließen; vgl. *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, Band 12 (23. Aufl. 2022), Art. 25 EuGVVO (für analoge Anwendung).

<sup>57</sup> Statt vieler *Basedow*, in: FS U. Magnus (2014), 337, 345.

<sup>58</sup> EuGH, Urteil vom 19.7.2012, Rs. C-154/11 – Mahamadia, Rn. 58 ff., 66; EuGH, Urteil vom 17.3.2016, Rs. C-175/15 – Taser International, Rn. 26 ff.; aus der Literatur etwa *U. Magnus*, in: FS Martiny (2014), 785, 789; *Berner*, RIW 2017, 792, 796; *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht (2. Aufl. 2020), Rn. 6.143; *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht (5. Aufl. 2020), § 15, Rn. 6; *Mankowski*, in: Leible/Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (2. Aufl. 2021), § 33, Rn. 15; *Schlosser*, in: Schlosser/Hess, EU-Zivilprozessrecht



genden“ EU-Gerichtsstände lasse die Brüssel Ia-VO auch nicht zugunsten drittstaatlicher Gerichte zu. Für diese Sichtweise spricht insbesondere, dass der mit der zwingenden Ausgestaltung der genannten Gerichtsstände verfolgte Schutzzweck genauso, unter Umständen sogar umso mehr greift, wenn anstelle eines anderen mitgliedstaatlichen ein drittstaatliches Gericht prorogiert wird.<sup>59</sup> Zudem kann auf den Wortlaut der Art. 15, 19 und 23 Brüssel Ia-VO verwiesen werden, welcher nicht zwischen der Prorogation mitgliedstaatlicher und drittstaatlicher Gerichte unterscheidet.<sup>60</sup> Ebenso wenig lässt der Wortlaut des Art. 25 Abs. 4 Brüssel Ia-VO – im Gegensatz zu Art. 25 Abs. 1 Brüssel Ia-VO – eine Einschränkung auf Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten von EU-Mitgliedstaaten erkennen.<sup>61</sup>

Eine in der Literatur stark im Vordringen befindliche Ansicht möchte sogar noch weiter gehen und Art. 25 Brüssel Ia-VO auch dann heranziehen, wenn die zu beurteilende Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten drittstaatlicher Gerichte zur Derogation sonstiger nach der Brüssel Ia-VO eröffneter, aber abdingbarer Zuständigkeiten führen würde.<sup>62</sup> Konsequenz dessen wäre, dass nationale Vor-

---

(5. Aufl. 2021), Art. 25 EuGVVO, Rn. 30; *Trunk*, in: Trunk/Hatzimihail (Hrsg.), EU Civil Procedure Law and Third Countries (2021), 37, 43 f.; *Gaier*, in: BeckOK ZPO (47. Ed. 2022), Art. 25 Brüssel Ia-VO, Rn. 18.1; *Gottwald*, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), Art. 25 Brüssel Ia-VO, Rn. 12. Zur strukturellen Bedeutung dieser Gerichtsstände mit Blick auf transnationale Verträge unten § 6 II. 1. a) aa) (3) (a) und (b) (S. 348 ff.).

<sup>59</sup> EuGH, Urteil vom 19.7.2012, Rs. C-154/11 – Mahamadia, Rn. 60 ff.; *Berner*, RIW 2017, 792, 796.

<sup>60</sup> EuGH, Urteil vom 19.7.2012, Rs. C-154/11 – Mahamadia, Rn. 63; *Peiffer*, Schutz gegen Klagen im forum derogatum (2013), 83 f.; *Berner*, RIW 2017, 792, 796.

<sup>61</sup> Freilich muss man sich die faktische Einschränkung vor Augen halten, dass die Erstreckung der zwingenden Gerichtsstandsvorschriften der Brüssel Ia-VO auf Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten von Drittstaaten nur dann praktisch relevant werden kann, wenn überhaupt ein mitgliedstaatliches Gericht angerufen wird, da drittstaatliche Gerichte nicht an die Brüssel Ia-VO gebunden sind und sich über deren Einschränkungen nach Maßgabe des eigenen Prozessrechts hinwegsetzen können; siehe *Gaier*, in: BeckOK ZPO (47. Ed. 2022), Art. 25 Brüssel Ia-VO, Rn. 18.1. Die hierdurch benachteiligte Partei ist aber auch in letzterem Fall nicht schutzlos: Der Weg zu nach der Brüssel Ia-VO zwingenden Gerichtsständen in EU-Mitgliedstaaten bleibt offen; zudem kann der Außerachtlassung zwingender Gerichtsstände der Brüssel Ia-VO noch durch Verweigerung der Anerkennung und Vollstreckung des drittstaatlichen Urteils innerhalb der EU Rechnung getragen werden. Dazu unten § 6 II. 2. e) cc) (2) (S. 398); vgl. auch *Gottwald*, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), Art. 25 Brüssel Ia-VO, Rn. 12.

<sup>62</sup> *U. Magnus*, in: FS Martiny (2014), 785, 789, 795; *Berner*, RIW 2017, 792, 796 ff.; *Brügge-mann*, Die Anerkennung prorogationswidriger Urteile im Europäischen und US-amerikanischen Zivilprozessrecht (2019), 27; *Danelzik*, Die Gerichtsstandsvereinbarung zwischen ZPO, EuGVVO und HGÜ (2019), 177 ff.; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht (8. Aufl. 2020), Rn. 1605; *Geimer*, in: Zöller, ZPO (34. Aufl. 2022), Art. 25 EuGVVO, Rn. 12a; *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 6.8; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 580; *Gaier*, in: BeckOK ZPO (47. Ed. 2022), Art. 25 Brüssel

schriften wie §§ 38, 40 ZPO für die Frage der internationalen Zuständigkeit so gut wie keine Rolle mehr spielen würden.<sup>63</sup> Die Anhänger der Gegenauffassung halten hingegen daran fest, dass Art 25 Brüssel Ia-VO Drittstaatsprorogationen grundsätzlich nicht erfasse und die Derogationswirkung in solchen Fällen nach dem nationalen Verfahrensrecht des derogierten Gerichtsstaates zu bemessen sei.<sup>64</sup> Bei aller Sympathie für die Intention der erstgenannten Ansicht, Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden und das europäische Zuständigkeitsrecht im Interesse der grenzüberschreitenden Rechtssicherheit so weit als möglich zu vereinheitlichen,<sup>65</sup> erscheint zumindest *de lege lata* die restriktivere Auffassung überzeugender. Schon mit dem Wortlaut des Art. 25 Abs. 1 S. 1 Brüssel Ia-VO ist eine generelle Erstreckung auf Drittstaatsachverhalte schwerlich vereinbar.<sup>66</sup> Man könnte zwar erwägen, dieses Hindernis im Wege einer Analogiebildung zu überwinden,<sup>67</sup> doch lässt sich die hierfür erforderliche planwidrige Regelungs-

---

Ia-VO, Rn. 18.1; *Hausmann*, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht (9. Aufl. 2022), Rn. 7.18; *Stadler*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO (19. Aufl. 2022), Art. 25 EuGVVO, Rn. 1; schon zur Vorgängerregelung *Samtleben*, in: FS Ansay (2006), 343, 354 ff.; *Eichel*, AGB-Gerichtsstandsklauseln im deutsch-amerikanischen Handelsverkehr (2007), 51 ff.; *Schaper/Eberlein*, RIW 2012, 43, 48.

<sup>63</sup> Relevant wären sie im Wesentlichen nur noch für solche Gerichtsstandsvereinbarungen, die unter die Bereichsausnahmen des Art. 1 Abs. 2 Brüssel Ia-VO und keine sonstigen spezielleren europa- oder völkerrechtlichen Regelungen fielen; so ausdrücklich *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht (8. Aufl. 2020), Rn. 1605.

<sup>64</sup> *von Hein*, RIW 2013, 97, 104; *Basedow*, in: FS U. Magnus (2014), 337, 345; *Domej*, *RabelsZ* 78 (2014), 508, 525; *Kindler*, in: FS Coester-Waltjen (2015), 485, 486; *A. Staudinger/Steinrötter*, *JuS* 2015, 1, 2, 4; *M. Weller*, in: FS Schütze (2015), 705, 712; *M. Weller*, in: *Wieczorek/Schütze* (Hrsg.), *ZPO*, Dreizehnter Band, Teilband 2 (4. Aufl. 2018), Art. 25 Brüssel Ia-VO, Rn. 11 f.; *Junker*, *Internationales Zivilprozessrecht* (5. Aufl. 2020), § 15, Rn. 5; *Behme*, in: *Leuschner* (Hrsg.), *AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr* (2021), *Gerichtsstandsklauseln*, Rn. 5 f.; *Kuschel*, in: *Bordiga/H. Wais* (Hrsg.), *Inhalt und Grenzen der Privatautonomie in Deutschland und Italien* (2021), 313, 314 f.; *Martiny*, in: *MüKo BGB*, Band 13 (8. Aufl. 2021), *Vor Art. 1 Rom I-VO*, Rn. 55; *Gottwald*, in: *MüKo ZPO*, Band 3 (6. Aufl. 2022), Art. 25 Brüssel Ia-VO, Rn. 7 (allerdings in Widerspruch zu Rn. 3); *Hesse*, *Diktierte Parteiautonomie* (2022), 166; *Thole*, in: *Stein/Jonas*, *ZPO*, Band 12 (23. Aufl. 2022), Art. 25 EuGVVO, Rn. 17; vgl. noch zu den Vorgängerregelungen *BGH NJW* 1986, 1438, 1439; *BGH NJW* 1989, 1431, 1432; *EuGH*, Urteil vom 9.11.2000, Rs. C-387/98 – *Coreck*, Rn. 19; *Franzen*, *RIW* 2000, 81, 83; *Peiffer*, *Schutz gegen Klagen im forum derogatum* (2013), 83 f., mit Nachweisen auch zur Rechtsprechung ausländischer Gerichte.

<sup>65</sup> Maßgeblich hierauf abstellend etwa *Brüggemann*, *Die Anerkennung prorogationswidriger Urteile im Europäischen und US-amerikanischen Zivilprozessrecht* (2019), 27 f.; *Danelzik*, *Die Gerichtsstandsvereinbarung zwischen ZPO, EuGVVO und HGÜ* (2019), 179. Sympathisierend, aber zurückhaltender *Schack*, *Internationales Zivilverfahrensrecht* (8. Aufl. 2021), Rn. 581.

<sup>66</sup> Vgl. *Thole*, in: *Stein/Jonas*, *ZPO*, Band 12 (23. Aufl. 2022), Art. 25 EuGVVO, Rn. 24.

<sup>67</sup> So etwa *Berner*, *RIW* 2017, 792, 796 ff.; schon zur Vorgängerregelung *Samtleben*, in: *FS*

lücke mit Blick auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift kaum plausibilisieren. Denn obwohl die Frage der Anwendbarkeit auf Drittstaatensachverhalte schon unter Art. 23 Brüssel I-VO a.F. umstritten und der Kommission im Gesetzgebungsverfahren zur Neufassung offensichtlich bewusst gewesen war,<sup>68</sup> wurde eine auf Art. 25 Abs. 1 Brüssel Ia-VO abgestimmte Regelung für Drittstaatensachverhalte nicht eingefügt<sup>69</sup> und konnte sich die Kommission mit ihrem Vorschlag zur umfassenden Erstreckung der Zuständigkeitsvorschriften der Brüssel Ia-VO auf solche Fälle<sup>70</sup> nicht durchsetzen.<sup>71</sup> Deshalb führt auch der Verweis auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts nicht weiter,<sup>72</sup> weil dieser nun mal nur die tatsächliche, nicht die wünschenswerte Reichweite der Brüssel Ia-VO erfasst. In systematischer Hinsicht kommt hinzu, dass der eng mit Art. 25 Brüssel Ia-VO verzahnte und die praktische Wirksamkeit ausschließlicher Gerichtsstandsvereinbarungen absichernde Art. 31 Abs. 2, Abs. 3 Brüssel Ia-VO – welcher im Falle der Parallelanhängigkeit dem prorogierten Gericht den Vorrang in der Zuständigkeitsprüfung zuweist – ausdrücklich auf die vereinbarte Zuständigkeit mitgliedstaatlicher Gerichte zugeschnitten ist.<sup>73</sup> Ebenso sieht Er-

---

Ansay (2006), 343, 354 ff.; *Eichel*, AGB-Gerichtsstandsklauseln im deutsch-amerikanischen Handelsverkehr (2007), 51 ff.; *Schaper/Eberlein*, RIW 2012, 43, 48.

<sup>68</sup> *Europäische Kommission*, Grünbuch zur Überprüfung der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, 21.4.2009, KOM(2009) 175 endg., 4.

<sup>69</sup> Entsprechende Entwürfe hierfür hätten bereitgelegt, etwa der Vorschlag der Europäischen Gruppe für Internationales Privatrecht eines Art. 23bis, abgedruckt in: Fallon/Kinsch/Kohler (Hrsg.), *Le droit international privé européen en construction* (2011), 796; siehe dazu *Basedow*, in: FS U. Magnus (2014), 337, 345 f.

<sup>70</sup> *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung), 14.12.2010, KOM(2010) 748 endg.

<sup>71</sup> Siehe dazu *Pfeiffer*, ZZZP 127 (2014), 409, 415 f.; *Domej*, in: von Hein/Rühl (Hrsg.), *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union* (2016), 90, 92 f.; *J. Bachmann*, *Universalisierung des Europäischen Zivilverfahrensrechts* (2020), 25 f., 124 ff.

<sup>72</sup> Hierauf abstellend *Berner*, RIW 2017, 792, 797. Anknüpfen könnte man insoweit allenfalls an die Formulierung des Art. 4 Abs. 1 Brüssel Ia-VO („Vorbehaltlich der Verordnungen dieser Vorschrift [...]“ [Hervorhebung des Verfassers]). Isoliert betrachtet könnte dies suggerieren, dass ein nach Art. 4 Brüssel Ia-VO bestehender allgemeiner Gerichtsstand allein nach Maßgabe der Vorschriften der Brüssel Ia-VO modifiziert werden kann. Liest man Art. 4 Abs. 1 Brüssel Ia-VO aber in systematischer Zusammenschau mit Art. 5 Brüssel Ia-VO, so scheint es hierbei doch nur um solche Modifikationen zu gehen, mit welchen Zuständigkeiten in anderen Mitgliedstaaten begründet werden.

<sup>73</sup> Die Konstellation einer parallelen Verfahrenshängigkeit vor drittstaatlichen Gerichten ist demgegenüber in Art. 33, 34 Brüssel Ia-VO nur für Zuständigkeiten nach Art. 4, 7, 8 oder 9 Brüssel Ia-VO angesprochen; vgl. *A. Staudinger/Steinrötter*, JuS 2015, 1, 4. Dies könnte man

wägungsgrund 20 den kollisionsrechtlichen Verweis des Art. 25 Abs. 1 S. 1 a. E. Brüssel Ia-VO nur auf das Recht mitgliedstaatlicher Gerichte bezogen. Und auch die Komplementärvorschriften zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Art. 36 ff. Brüssel Ia-VO sind auf Entscheidungen der Gerichte anderer Mitgliedstaaten beschränkt.<sup>74</sup> In teleologischer Hinsicht schließlich lässt sich eine weitere Besonderheit der Regelungen der Brüssel Ia-VO zu Gerichtsstandsvereinbarungen wohl nur mit Blick auf den zwischen den Mitgliedstaaten herrschenden Grundsatz gegenseitigen Vertrauens in die Gleichwertigkeit der Rechtspflege erklären.<sup>75</sup> Die Kombination aus der kollisionsrechtlichen Verweisung auf das Recht des gewählten Gerichts für die materielle Unwirksamkeitsprüfung in Art. 25 Abs. 1 S. 1 a. E. Brüssel Ia-VO<sup>76</sup> und dem Verzicht darauf, neben den speziellen Einschränkungen der Art. 15, 19, 23, 24 Brüssel Ia-VO einen allgemeinen Kontrolltatbestand zur Überprüfung von Gerichtsstandsvereinbarungen vorzuhalten,<sup>77</sup> hat zur Folge, dass dem derogierten Gericht keine Möglichkeit verbleibt, die Gerichtsstandsvereinbarung *ex ante* am Maßstab des eigenen Rechts und dessen Grundwertungen zu überprüfen. Hierin weicht die Brüssel Ia-VO deutlich etwa vom HGÜ ab (vgl. Art. 6 lit. c HGÜ), obwohl im Übrigen ein weitestmöglicher Gleichlauf mit diesem Übereinkommen als Ziel der Verordnung ausgegeben worden war.<sup>78</sup> Dass diese Konsequenz von den Mitgliedstaaten akzeptiert wurde, dürfte vor allem damit zu erklären sein, dass das nach der Brüssel Ia-VO prorogierte Gericht an den unionsrechtlichen *acquis communautaire* gebunden ist und vergleichbare rechtliche Mindeststandards einhalten, etwa ebenfalls die Rom I-VO einschließlich ihrer kollisionsrechtlichen Schutzvorschriften zur Anwendung bringen muss. Es dürfte kaum zu unterstellen sein, dass die Mitgliedstaaten die Abbedingung eigener gerichtlicher Zuständigkeiten und Kontrollmöglichkeiten auch gegenüber Drittstaaten derart weitgehend aus der Hand geben wollten.

Im Ergebnis hat demnach ein mit einer transnationalen Vertragsstreitigkeit konfrontiertes deutsches Gericht die Brüssel Ia-VO zur Beurteilung einer internationalen Gerichtsstandsvereinbarung dann heranzuziehen, wenn mit dieser eine eigene Zuständigkeit prorogiert wird, eine eigene Zuständigkeit zugunsten

---

allerdings auch so verstehen, dass nur in solchen Fällen eine Berücksichtigung der Parallelanhängigkeit überhaupt möglich sein soll; vgl. noch unten § 6 II. 1. c) (S. 383 f.).

<sup>74</sup> Vgl. *Kruger*, Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States (2008), Rn. 4.66.

<sup>75</sup> Vgl. zu diesem Grundsatz etwa Erwägungsgrund 26 der Brüssel Ia-VO sowie EuGH, Urteil vom 9.12.2003, Rs. C-116/02 – Gasser, Rn. 48.

<sup>76</sup> Dazu unten § 6 II. 1. a) aa) (2) (d) (aa) (S. 339 ff.).

<sup>77</sup> Dazu unten § 6 II. 1. a) aa) (3) (S. 348 ff.).

<sup>78</sup> Vgl. *Pfeiffer*, ZZP 127 (2014), 409, 417, 421.

der Gerichte eines anderen EU-Staates derogiert wird oder eine eigene, nach der Brüssel Ia-VO zwingende Zuständigkeit zugunsten der Gerichte eines Drittstaates derogiert wird. Ist der räumliche Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO hier nach eröffnet, geht sie der ZPO und grundsätzlich auch dem LugÜ<sup>79</sup> und dem HGÜ<sup>80</sup> vor.

## (2) Anforderungen an das Zustandekommen

Für das Zustandekommen einer Gerichtsstandsvereinbarung verlangt die Brüssel Ia-VO in Art. 25 eine auf ein staatliches Gericht zielende, hinreichend bestimmte, formgerechte und materiellrechtlich wirksame Willensübereinkunft.<sup>81</sup>

### (a) Gegenstand

Gerichtsstandsvereinbarungen beziehen sich der Natur der Sache nach ausschließlich auf staatliche Gerichte. Hinsichtlich des Kreises wählbarer staatlicher Gerichte trifft die Brüssel Ia-VO dabei grundsätzlich keine Einschränkungen, setzt insbesondere keine objektive Verbindung und keinen räumlichen Bezug zwischen dem streitgegenständlichen Sachverhalt und dem gewählten Gericht voraus.<sup>82</sup> Im Hinblick auf transnationale Verträge eröffnet diese Flexibilität der

---

<sup>79</sup> Die Brüssel Ia-VO tritt jedoch in ihrem Anwendungsbereich hinter das LugÜ zurück, wenn auch dessen sachlicher Anwendungsbereich eröffnet ist und der Beklagte seinen (Wohn-) Sitz in Island, Norwegen oder der Schweiz hat (Art. 73 Abs. 1 Brüssel Ia-VO i. V. m. Art. 64 Abs. 2 lit. a LugÜ); vgl. *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht (2. Aufl. 2020), Rn. 5.43; *Mankowski*, in: Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band 1 (5. Aufl. 2021), Art. 73 Brüssel Ia-VO, Rn. 4 f.; *Gottwald*, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), Art. 73 Brüssel Ia-VO, Rn. 2; einschränkend *Ries*, RIW 2019, 31, 32; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht (8. Aufl. 2020), Rn. 1886b f. (Vorrang der Brüssel Ia-VO bei Einschlägigkeit der in Art. 6 Abs. 1 Brüssel Ia-VO aufgeführten Zuständigkeiten einschließlich Art. 25 Brüssel Ia-VO). Dazu unten § 6 II. 1. a) bb) (S. 359 f.).

<sup>80</sup> Die Brüssel Ia-VO tritt jedoch in ihrem Anwendungsbereich hinter das HGÜ zurück, wenn auch dessen sachlicher Anwendungsbereich eröffnet ist und mindestens eine Vertragspartei ihren Aufenthalt nach Art. 4 Abs. 2 HGÜ in einem Vertragsstaat des HGÜ hat, der nicht zugleich EU-Mitgliedstaat ist (Art. 26 Abs. 6 lit. a HGÜ); vgl. *Stadler*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO (19. Aufl. 2022), Art. 25 Brüssel Ia-VO, Rn. 1a. Dazu unten § 6 II. 1. a) cc) (1) (S. 362 f.).

<sup>81</sup> Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt ist nach zutreffender Ansicht die Klageerhebung; siehe dazu *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 578; *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, Band 12 (23. Aufl. 2022), Art. 25 EuGVVO, Rn. 131; vgl. auch EuGH, Urteil vom 13.11.1979, Rs. 25/79 – Sanicentral/René Collin, Rn. 6; OLG München NJW-RR 2010, 139; a. A. *Gaier*, in: BeckOK ZPO (47. Ed. 2022), Art. 25 Brüssel Ia-VO, Rn. 56; *Gottwald*, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), Art. 25 Brüssel Ia-VO, Rn. 13.

<sup>82</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 20.2.1997, Rs. C-106/95 – MSG, Rn. 34; EuGH, Urteil vom 3.7.1997, Rs. C-269/95 – Benincasa, Rn. 28; EuGH, Urteil vom 16.3.1999, Rs. C-159/97 – Castelletti, Rn. 50. Anders zu § 38 ZPO LG Hamburg, WM 1976, 985, 988 f.



Brüssel Ia-VO in Parallele zur Rom I-VO den Weg zu einem von territorialen Einschränkungen grundsätzlich befreiten Gleichlauf zwischen gewähltem Recht und vereinbarter Gerichtszuständigkeit, erlaubt eine Gerichtsauswahl also auch nach rein sachlichen Gesichtspunkten wie Neutralität, Erfahrung, Spezialisierung oder schlicht der Anschlussfähigkeit an ein transnationales Vertragsrechtsregime und die darin vorherrschende Praxis.

*(b) Bestimmtheit*

Nach Art. 25 Abs. 1 S. 1 Brüssel Ia-VO muss sich die Gerichtsstandsvereinbarung auf eine bereits entstandene oder eine künftige aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeit beziehen und muss auch das Gericht, dessen Zuständigkeit vereinbart werden soll, hinreichend bezeichnet werden.<sup>83</sup> Diese Bestimmtheitserfordernisse werden indes großzügig gehandhabt. So reicht es aus, wenn die Vereinbarung alle potenziellen Streitigkeiten oder auch nur bestimmte Arten von Streitigkeiten aus einem bestehenden oder zeitgleich geschlossenen Vertrag in Bezug nimmt.<sup>84</sup> Keinen Bedenken begegnet daher etwa die in den Mustergerichtsstandsklauseln der LMA übliche Bezugnahme auf „any dispute arising out of or in connection with this Agreement“.<sup>85</sup> Auch hinsichtlich des zuständigen Gerichts genügt unproblematisch bereits die unter anderem in den Mustern der LMA vorzufindende Benennung der Gerichte eines bestimmten Staates (z. B. „the courts of England“<sup>86</sup>) oder eines bestimmten Ortes (z. B. „the courts of Frankfurt am Main“<sup>87</sup>). Denn die nähere Präzisierung der örtlichen, sachlichen und funktionellen Zuständigkeit kann sich in diesen Fällen am nationalem Zuständigkeitsrecht ausrichten<sup>88</sup> und für ein insoweit fehlerhaft angerufenes Gericht besteht die Möglichkeit, den Rechtsstreit an das zuständige Gericht zu verweisen.<sup>89</sup>

<sup>83</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 9.11.2000, Rs. C-387/98 – Coreck, Rn. 15; EuGH, Urteil vom 7.7.2016, Rs. C-222/15 – Höszig, Rn. 43.

<sup>84</sup> *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht (5. Aufl. 2020), § 15, Rn. 13 f.

<sup>85</sup> Etwa Sec. 48.1 des LMA Senior Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement for Leveraged Acquisition Finance Transactions und Sec. 31.1 (a) des LMA Intercreditor Agreement for Leveraged Acquisition Finance Transactions (Senior/Mezzanine).

<sup>86</sup> Etwa Sec. 48.1 des LMA Senior Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement for Leveraged Acquisition Finance Transactions und Sec. 31.1 (a) des LMA Intercreditor Agreement for Leveraged Acquisition Finance Transactions (Senior/Mezzanine).

<sup>87</sup> Etwa Sec. 39.1 des LMA Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement (German Law Version).

<sup>88</sup> Vgl. *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, Band 12 (23. Aufl. 2022), Art. 25 EuGVVO, Rn. 115.

<sup>89</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 7.7.2016, Rs. C-222/15 – Höszig, Rn. 46, 48.



*(c) Form*

Hinsichtlich der Form von Gerichtsstandsvereinbarungen trifft Art. 25 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 Brüssel Ia-VO detaillierte Vorgaben, wodurch sich die Freiheit der Verfahrenszuordnung auf den ersten Blick deutlich von der kollisionsrechtlichen Rechtswahl nach der Rom I-VO unterscheidet, die nicht nur formfrei, sondern auch konkludent getroffen werden kann.<sup>90</sup> Diese Verschärfung dürfte sich daraus erklären, dass gewillkürte Verschiebungen der internationalen Zuständigkeit die Ordnungsinteressen des betroffenen Forumstaates in höherem Maße berühren können als der bloße Austausch des anwendbaren Rechts, welcher die Zugriffsmöglichkeiten der eigenen Gerichte auf den streitgegenständlichen Sachverhalt – einschließlich der unmittelbaren Durchsetzung von Eingriffsnormen und *ordre public*-Wertungen – unberührt lässt.<sup>91</sup> Andererseits besteht jedoch auch kein anerkennenswertes staatliches Interesse, Privatrecht gegen den erklärten Willen der Streitparteien gerade vor den eigenen Gerichten durchzusetzen, wenn gleichwertige anderweitige Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung stehen.<sup>92</sup> Der Zweck der Formanforderungen des Art. 25 Brüssel Ia-VO ist daher in erster Linie nicht in einer generellen Einschränkung der Freiheit der Verfahrenszuordnung, sondern vielmehr darin zu sehen, eine tatsächliche Einigung über den Gerichtsstand sicherzustellen, schwächere Vertragsparteien zu warnen<sup>93</sup> sowie klare Verhältnisse in der zwischenstaatlichen Zuständigkeitsabgrenzung zu gewährleisten.<sup>94</sup> Grundsätzlich verlangt die Brüssel Ia-VO hierfür in Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. a, Abs. 2 eine schriftliche, schriftlich bestätigte oder elektronisch übermittelte, mit dauerhafter Aufzeichnungsmöglichkeit versehene Vereinbarung, wobei es im Falle der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen auch genügt, wenn schriftlich auf die Gerichtsstandsvereinbarung hingewiesen und dem Vertragspartner die Möglichkeit zur Kenntnisnahme bei durchschnittlicher Sorgfalt verschafft wird.<sup>95</sup> Nationale Vorschriften der AGB-Einbeziehungskontrolle dürfen

<sup>90</sup> Dazu oben § 4 III. 2. a) (S. 214 ff.).

<sup>91</sup> *Maultzsch*, in: von Hein/Rühl (Hrsg.), *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union* (2016), 153, 154 f.

<sup>92</sup> *Schack*, *Internationales Zivilverfahrensrecht* (8. Aufl. 2021), Rn. 560.

<sup>93</sup> EuGH, Urteil vom 6.5.1980, Rs. 784/79 – *Porta-Leasing/Prestige International*, Rn. 5; EuGH, Urteil vom 24.6.1981, Rs. C-150/80 – *Elefanten Schuh/Jacqmain*, Rn. 25; EuGH, Urteil vom 20.2.1997, Rs. C-106/95 – *MSG*, Rn. 17; EuGH, Urteil vom 16.3.1999, Rs. C-159/97 – *Castelletti*, Rn. 19; EuGH, Urteil vom 9.12.2003, Rs. C-116/02 – *Gasser*, Rn. 50; EuGH, Urteil vom 21.5.2015, Rs. C-322/14 – *El Majdoub*, Rn. 29; EuGH, Urteil vom 7.7.2016, Rs. C-222/15 – *Höszig*, Rn. 37; EuGH, Urteil vom 28.6.2017, Rs. C-436/16 – *Leventis und Vafeias*, Rn. 34; EuGH, Urteil vom 8.3.2018, Rs. C-64/17 – *Saey Home & Garden*, Rn. 25.

<sup>94</sup> Vgl. *Mills*, *Party Autonomy in Private International Law* (2018), 210 f.

<sup>95</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 14.12.1976, Rs. 24/76 – *Estasis Salotti/RÜWA*, Rn. 10; EuGH, Urteil vom 16.3.1999, Rs. C-159/97 – *Castelletti*, Rn. 13; EuGH, Urteil vom 20.4.2016, Rs. C-

daneben aufgrund des insoweit bestehenden Anwendungsvorrangs der Brüssel Ia-VO nicht herangezogen werden.<sup>96</sup>

Fraglos hätten diese vergleichsweise strengen Formvorgaben das Potenzial, die Gewährleistung oder zumindest den Nachweis der Formwirksamkeit von aus Musterdokumenten übernommenen Gerichtsstandsvereinbarungen in transnationalen Verträgen zu erschweren, jedenfalls die damit einhergehenden Transaktionskosten zu erhöhen. Dies betrifft insbesondere die im Finanzbereich häufig vorkommenden Konstellationen einer Vielzahl gleichgelagerter Einzelvertragsabschlüsse zwischen zwei Parteien oder eines wechselnden Bestands einer Mehrzahl von Vertragsparteien, wenn diese allesamt den Anforderungen des Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. a, Abs. 2 Brüssel Ia-VO entsprechen müssten. Indes erlaubt die Brüssel Ia-VO in Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. b und c Flexibilisierungen, welche bei responsiver Anwendung im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen zum einen die Berücksichtigung relationaler Verhaltenserwartungen der beteiligten Parteien, zum anderen die Heranziehung normativer Verhaltenserwartungen des einschlägigen Geschäfts- bzw. Gesellschaftsbereichs ermöglichen.

So reicht es zunächst nach Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. b Brüssel Ia-VO aus, wenn die Gerichtsstandsvereinbarung in einer Form erfolgt ist, die den zwischen den Parteien entstandenen Gepflogenheiten entspricht. Zu diesen Gepflogenheiten gehören alle Verhaltensweisen innerhalb einer laufenden Geschäftsbeziehung, die sich in Bezug auf beiderseitige Vertragsschlüsse herausgebildet haben.<sup>97</sup> Haben die Vertragsbeteiligten beispielsweise bereits in vorausgegangenen gemeinsamen Transaktionen gleichen Typs eine Gerichtsstandsklausel verwendet, so dürfte in Ermangelung gegenteiliger Anhaltspunkte davon auszugehen sein, dass eine entsprechende Gerichtsstandsvereinbarung auch bei künftigen Transaktionen gleicher Art greifen soll. Dies kann beispielsweise für die bei regelmäßigen Derivatgeschäften zwischen denselben Parteien auf Basis der ISDA-Musterdokumente vorkommenden, formlos geschlossenen *rough-and-ready agreements* angenommen werden.<sup>98</sup> Ebenso werden mündlich geschlossene Folgeverträge, die rechtlich oder wirtschaftlich auf einen früheren Vertragsschluss mit formwirksamer Gerichtsstandsvereinbarung verweisen, die betreffende Gerichtsstandsver-

---

366/13 – Profit Investment SIM, Rn. 26; EuGH, Urteil vom 7.7.2016, Rs. C-222/15 – Höszig, Rn. 39 f.

<sup>96</sup> Vgl. *Mankowski*, in: Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band 1 (5. Aufl. 2021), Art. 25 Brüssel Ia-VO, Rn. 220; *Schlosser*, in: Schlosser/Hess, EU-Zivilprozessrecht (5. Aufl. 2021), Art. 25 EuGVVO, Rn. 7; ferner *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 585 m. w. N. Zur Frage der Inhaltskontrolle unten § 6 II. 1. a) aa) (2) (d) (aa) (S. 340 f.).

<sup>97</sup> Statt aller *Gottwald*, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), Art. 25 Brüssel Ia-VO, Rn. 46.

<sup>98</sup> Dazu schon oben § 5 II. (S. 262 ff.).

einbarung unter Berücksichtigung relationaler Erwartungen im Zweifel einbeziehen.

Fehlt es an solchen aus einer konkreten Geschäftsbeziehung der Beteiligten entstandenen Erwartungen, kann noch immer Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. c Brüssel Ia-VO greifen: Hiernach genügt es zur Formwirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung auch, wenn die verwendete Form einem internationalen Handelsbrauch entspricht, den die konkreten Parteien kannten oder kennen mussten und welchen Beteiligte an Verträgen dieser Art im betreffenden Geschäftszweig allgemein kennen und regelmäßig beachten.<sup>99</sup> Diese Alternative kann insbesondere im Zusammenhang mit in transnationalen Finanzverträgen häufig auftretenden Mehrparteienkonstellationen relevant werden, die etwa im Falle einer Rechtsnachfolge durch Zession oder Vertragsübernahme im Rahmen der Veräußerung von Konsortialkreditanteilen oder Kreditderivaten am Sekundärmarkt entstehen. Hier kann sich namentlich die Frage stellen, ob auch der Rechtsnachfolger an eine zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien geschlossene Gerichtsstandsvereinbarung gebunden ist. Da Gerichtsstandsvereinbarungen grundsätzlich allein *inter partes* wirken,<sup>100</sup> wäre dies nur dann der Fall, wenn der Rechtsnachfolger der Gerichtsstandsvereinbarung formwirksam zugestimmt hätte.<sup>101</sup> Die an diese Zustimmung zu stellenden Anforderungen können im Rahmen des Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. c Brüssel Ia-VO aber durch verkehrskreispezifische normative Erwartungen geprägt werden, wie sich an der vom EuGH entschiedenen Rechtssache *Profit Investment SIM* illustrieren lässt.<sup>102</sup> Gegenstand dieses Vorabentscheidungsverfahrens war die Wirksamkeit einer in einem Emissionsprospekt über Schuldverschreibungen enthaltenen ausschließlichen Gerichtsstandsklausel gegenüber einem „Dritten“, der die Schuldverschreibungen nicht gezeichnet, sondern erst im Wege der Weiterveräußerung am Sekundärmarkt erworben hatte. Der EuGH ging in dieser Konstellation dennoch von der Möglichkeit einer Bindung an die Gerichtsstandsvereinbarung aus. Zum einen genüge es, wenn der Wertpapierveräußerungsvertrag auch die Übernahme der Gerichtsstandsklausel aus dem Emissionsprospekt erwähne oder auf diesen ausdrücklich Bezug nehme, wodurch – in Anlehnung an die Rechtsprechung zur Formwirksamkeit von Gerichtsstands-

---

<sup>99</sup> Klassisches Beispiel hierfür ist die Ergänzung einer Gerichtsstandsvereinbarung in einem Kaufmännischen Bestätigungsschreiben; siehe dazu *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, Band 12 (23. Aufl. 2022), Art. 25 EuGVVO, Rn. 80, 82.

<sup>100</sup> EuGH, Urteil vom 7.2.2013, Rs. C-543/10 – Refcomp, Rn. 29, 41; EuGH, Urteil vom 21.5.2015, Rs. C-352/13 – CDC Hydrogen Peroxide, Rn. 64; EuGH, Urteil vom 28.6.2017, Rs. C-436/16 – Leventis und Vafeias, Rn. 35; vgl. auch *Dörner*, in: Saenger (Hrsg.), HK-ZPO (9. Aufl. 2021), Art. 25 EuGVVO, Rn. 38. Zum Sonderfall des Vertrages zugunsten Dritter *Melcher*, GPR 2017, 246, 252 ff.

<sup>101</sup> Vgl. *Melcher*, GPR 2017, 246, 247 f.

<sup>102</sup> EuGH, Urteil vom 20.4.2016, Rs. C-366/13 – Profit Investment SIM.

vereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen<sup>103</sup> – bereits dem Schriftformerfordernis des Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. a Brüssel Ia-VO entsprochen sei.<sup>104</sup> Zum anderen könne selbst bei Fehlen einer solchen Bezugnahme im Veräußerungsvertrag eine formwirksame Zustimmung des Erwerbers nach Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. c Brüssel Ia-VO unterstellt werden, wenn der Veräußerungsvertrag dem internationalen Handelsverkehr zugehöre und die Aufnahme einer entsprechenden Gerichtsstandsklausel in einem Emissionsprospekt von Schuldverschreibungen internationalem Handelsbrauch entspreche, der den Beteiligten bekannt war oder hätte bekannt sein müssen.<sup>105</sup> Hiervon sei jedenfalls dann auszugehen, wenn die Marktteilnehmer des betreffenden Geschäftsbereichs bei der einschlägigen Vertragsart allgemein und regelmäßig entsprechende Gerichtsstandsvereinbarungen einfügen.<sup>106</sup> Von professionellen Beteiligten sei unter diesen Umständen zu erwarten, dass sie eine solche Praxis kennen oder kennen mussten.<sup>107</sup>

Wengleich der EuGH die Feststellungen, ob diese Voraussetzungen im konkreten Einzelfall erfüllt waren, dem vorlegenden Gericht überließ, kann die Argumentation auch für vergleichbare Fallgestaltungen im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen fruchtbar gemacht werden. Insbesondere wenn die im streitgegenständlichen Einzelvertrag enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung den Klauseln des einschlägigen Musterdokuments oder den Empfehlungen der transnationalen Regelsetzungsorganisation entspricht, besteht ein Indiz dafür, dass im betreffenden Geschäftsbereich und für den jeweilige Vertragstyp mit einer solchen Gerichtsstandsvereinbarung zu rechnen war,<sup>108</sup> woran sich dann nicht nur die ursprünglich Vertragsbeteiligten, sondern auch im Wege der rechtsgeschäftlichen Rechtsnachfolge hinzutretende branchenzugehörige „Dritte“ festhalten lassen müssen. Von deren formwirksamer Zustimmung zur Geltungserstreckung der Gerichtsvereinbarung kann daher bei Fehlen entgegenstehender Anhaltspunkte ausgegangen werden. Da diese gerade für transnationale Vertragsstreitigkeiten relevanten Formerleichterungen ausschließlich an Konstellationen anknüpfen, in welchen sich professionelle Marktteilnehmer gegenüberstehen, steht dabei ein Unterlaufen des mit den Formvorschriften des Art. 25 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 Brüssel Ia-VO mitverfolgten Schwächerenschutzes nicht zu befürchten.

---

<sup>103</sup> Siehe dazu EuGH, Urteil vom 14.12.1976, Rs. 24/76 – Estasis Salotti/RÜWA, Rn. 10; EuGH, Urteil vom 16.3.1999, Rs. C-159/97 – Castelletti, Rn. 13; EuGH, Urteil vom 7.7.2016, Rs. C-222/15 – Höszig, Rn. 39 f.

<sup>104</sup> EuGH, Urteil vom 20.4.2016, Rs. C-366/13 – Profit Investment SIM, Rn. 29, 51.

<sup>105</sup> EuGH, Urteil vom 20.4.2016, Rs. C-366/13 – Profit Investment SIM, Rn. 40 ff., 50.

<sup>106</sup> EuGH, Urteil vom 20.4.2016, Rs. C-366/13 – Profit Investment SIM, Rn. 43 f.

<sup>107</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 20.4.2016, Rs. C-366/13 – Profit Investment SIM, Rn. 45, 48.

<sup>108</sup> Vgl. *Rauscher*; ZZP 104 (1991), 271, 286; *Gottwald*, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), Art. 25 Brüssel Ia-VO, Rn. 46.

*(d) Materiellrechtliche Wirksamkeit*

Schließlich setzt Art. 25 Abs. 1 S. 1 Brüssel Ia-VO mit dem Tatbestandsmerkmal der „Vereinbarung“ eine materiellrechtlich wirksame Willensübereinkunft voraus.

*(aa) Anwendbares Recht*

Hierbei stellt sich zunächst die Frage nach dem auf die Gerichtsstandsvereinbarung anwendbaren Sachrecht. Gegenüber der Vorgängerregelung Art. 23 Brüssel I-VO a. F., unter welcher noch weitgehend ungeklärt war, inwieweit die materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen dem Unionsrecht selbst zu entnehmen sind oder ob diesbezüglich nationales Recht heranzuziehen ist,<sup>109</sup> hat die neu eingefügte Kollisionsnorm des Art. 25 Abs. 1 S. 1 a. E. Brüssel Ia-VO nunmehr eine Präzisierung vorgenommen und verweist für die Frage der „materiellen Nichtigkeit“ auf das Recht des vereinbarten Gerichtsstaates. Dies legt den Umkehrschluss nahe, dass die von dieser Formulierung nicht erfassten allgemeinen Anforderungen an das Zustandekommen der Gerichtsstandsvereinbarung (z. B. Angebot und Annahme, Bestimmtheit<sup>110</sup>) grundsätzlich nach den autonomen Maßgaben der Brüssel Ia-VO bestimmt werden sollen.<sup>111</sup> Um Abgrenzungsschwierigkeiten vorzubeugen, erscheint es jedoch sinnvoll, den kollisionsrechtlichen Verweis des Art. 25 Abs. 1 S. 1 a. E. Brüssel Ia-VO über den Wortlaut hinaus nicht nur auf eine etwaige *Nichtigkeit* im engeren Sinne (z. B. bei Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit), sondern auch auf materielle *Unwirksamkeitsgründe* zu beziehen, schon weil sich die Abgrenzungen zwischen Nichtigkeits- und Unwirksamkeitsgründen von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterscheiden.<sup>112</sup> Strikt zu trennen ist dabei freilich stets zwischen der Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung und der Wirksamkeit des mit ihr in Zusammenhang stehenden Hauptvertrages: Die Brüssel Ia-VO ist entsprechend Art. 25 Abs. 5 ausschließlich für Erstere relevant, was nicht zuletzt deshalb sinnvoll erscheint, weil eine gerichtliche Zuständigkeit auch dann durch Vereinbarung begründet werden kann, wenn die Wirksamkeit

<sup>109</sup> Vgl. dazu die Darstellungen bei *Antomo*, ZJP Int. 17 (2012), 183, 184 ff.; *Antomo*, Schadensersatz wegen der Verletzung einer internationalen Gerichtsstandsvereinbarung? (2017), 69 ff.

<sup>110</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) aa) (2) (b) (S. 334).

<sup>111</sup> Vgl. *U. Magnus*, in: FS Martiny (2014), 785, 791 f.; *Maultzsch*, in: von Hein/Rühl (Hrsg.), Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union (2016), 153, 178.

<sup>112</sup> *U. Magnus*, in: FS Martiny (2014), 785, 792 f.; *U. Magnus*, IPRax 2016, 521, 525; *Kindler*, in: FS Coester-Waltjen (2015), 485, 488; *H. Wais*, RabelsZ 81 (2017), 816, 844; vgl. auch *Simotta*, in: FS Schütze (2015), 541, 542 mit Blick auf die erstrebte Parallelität zum HGÜ. Vgl. für eine extensive Auslegung auch EuGH, Urteil vom 18.11.2020, Rs. C-519/19 – DelayFix, Rn. 49 f.



des Hauptvertrages zu den im Prozess erst aufzuklärenden Streitpunkten gehört.<sup>113</sup>

Während über die Notwendigkeit einer derart weiten Auslegung des Begriffs der „materiellen Nichtigkeit“ im Sinne des Art. 25 Abs. 1 S. 1 a. E. Brüssel Ia-VO im Grundsatz Einigkeit besteht, ist umstritten, ob zu den hiervon erfassten Vorschriften auch diejenigen der AGB-Kontrolle zählen. Gerade diesen kommt aber im Hinblick auf Gerichtsvereinbarungen in transnationalen Verträgen besondere Relevanz zu, weil solche Vereinbarungen typischerweise auf vorformulierten Mustergerichtsstandsklauseln beruhen, die einen integralen Bestandteil zahlreicher Musterdokumente bilden (so etwa derjenigen von LMA und ISDA). Hier ist zu differenzieren: Bereits im Rahmen der Ausführungen zu den Formanforderungen des Art. 25 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 Brüssel Ia-VO wurde dargelegt, dass nationale Vorschriften jedenfalls der AGB-Einbeziehungskontrolle nicht auf Gerichtsstandsvereinbarung im Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO angewendet werden können, weil die Formvorgaben der Brüssel Ia-VO insoweit als abschließend zu verstehen sind.<sup>114</sup> Nach herrschender Ansicht im Schrifttum soll dieser Gedankengang auch auf nationale Vorschriften der AGB-Inhaltskontrolle übertragen werden, weil andernfalls die von der Brüssel Ia-VO bezweckte Vereinheitlichung unterlaufen werden könnte.<sup>115</sup> Einige Autoren plädieren allerdings, im Anschluss an die Entscheidung des EuGH in der Rechtsache *Océano Grupo*,<sup>116</sup> für eine Ausnahme hiervon zumindest für Verbraucherverträge und diejenigen nationalen Kontrollvorschriften, die der Umsetzung der EG-Klauselrichtlinie dienen.<sup>117</sup> Nachvollziehbar wird dies vor dem Hintergrund, dass die Brüssel Ia-VO selbst keine vereinheitlichenden materiellrechtlichen Vorgaben zur spezifischen Konstellation von Gerichtsstandsvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthält, die AGB-rechtliche Grundproblematik eines aus

<sup>113</sup> Siehe zu dieser Konstellation EuGH, Urteil vom 3.7.1997, Rs. C-269/95 – Benincasa, Rn. 21 ff., 32.

<sup>114</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) aa) (2) (c) (S. 335 f.).

<sup>115</sup> Etwa *Freitag*, in: FS U. Magnus (2014), 419, 425, 429 f.; *Behme*, in: Leuschner (Hrsg.), AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr (2021), Gerichtsstandsklauseln, Rn. 16; *Mankowski*, in: Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band 1 (5. Aufl. 2021), Art. 25 Brüssel Ia-VO, Rn. 74 f.; *Wurmnest*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 307, Rn. 321 f.; *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, Band 12 (23. Aufl. 2022), Art. 25 EuGVVO, Rn. 36; vgl. auch *Schlosser*, in: Schlosser/Hess, EU-Zivilprozessrecht (5. Aufl. 2021), Art. 24 EuGVVO, Rn. 31, der allerdings eine Prüfung nach § 305c BGB zulassen will. Ebenso zu Art. 3 Rom I-VO *Martiny*, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 13.

<sup>116</sup> EuGH, Urteil vom 27.6.2000, Rs. C-244/98 – *Océano Grupo Editorial und Salvat Editores*, Rn. 25 ff., 29; vgl. auch EuGH, Urteil vom 18.11.2020, Rs. C-519/19 – *DelayFix*, Rn. 51 ff.

<sup>117</sup> So etwa *Leible*, RIW 2001, 422, 429 f.; *H. Wais*, *RabelsZ* 81 (2017), 816, 846 ff.; grundlegend auch schon *Pfeiffer*, in: FS Schütze (1999), 671, 672 ff. Ausführliche Darstellung bei *Peiffer*, *Schutz gegen Klagen im forum derogatum* (2013), 154 ff. m. w. N.



Informations- und Motivationsgefällen resultierenden Marktversagens<sup>118</sup> aber durchaus auf Gerichtsstandsvereinbarungen durchschlagen kann.<sup>119</sup> Deshalb erscheint es vorzugswürdig, entgegen der herrschenden Ansicht auch die Vorschriften der AGB-Inhaltskontrolle als vom Verweis des Art. 25 Abs. 1 S. 1 a. E. Brüssel Ia-VO auf „Nichtigkeitsgründe“ der *lex fori prorogati* erfasst anzusehen und auf Gerichtsstandsvereinbarungen anzuwenden<sup>120</sup> – nicht zuletzt, um insoweit eine Wertungskohärenz zwischen Internationalem Zivilverfahrens- und Kollisionsrecht sicherzustellen.<sup>121</sup>

Wie schon im Rahmen der AGB-Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen<sup>122</sup> empfiehlt es sich dann jedoch im Hinblick auf den speziellen Ordnungshintergrund transnationaler Verträge, die Inhaltskontrolle kontextsensibel vorzunehmen. Bei Anwendbarkeit deutschen AGB-Rechts würde dies beispielsweise bedeuten, nur in Fällen einseitiger Zurechenbarkeit vom „Stellen durch einen Verwender“ auszugehen und bei der Beurteilung, ob die Gerichtsstandsklausel als „unangemessen nachteilig“ einzustufen ist, die bereichsspezifischen normativen Erwartungshaltungen einzubeziehen, welche sich im jeweils einschlägigen transnationalen Vertragsrechtsregime widerspiegeln. Dann wird aber gerade die Verwendung der von ICC, LMA und ISDA bereitgestellten Mustergerichtsstandsklauseln typischerweise den Markterwartungen entsprechen und jedenfalls unter professionellen Verwendern nicht als nachteilig zu beurteilen sein. Dass die Vereinbarung eines Gerichtsstands im Ausland als solche zu einer unangemessenen Benachteiligung führen würde, erscheint im Übrigen selbst bei Verbraucherbeteiligung als unwahrscheinlich, zumal einem Unterlaufen von Verbraucherschutzmöglichkeiten durch Gerichtsstandsvereinbarungen auch schon durch die spezielleren Einschränkungen der Art. 17 bis 19 Brüssel Ia-VO vorgebeugt wird.<sup>123</sup>

Neben diesen tatbestandlichen Abgrenzungsschwierigkeiten wirft der kollisionsrechtliche Verweis des Art. 25 Abs. 1 S. 1 a. E. Brüssel Ia-VO zudem auf

---

<sup>118</sup> Dazu oben § 5 IV. 1. (S. 284).

<sup>119</sup> Vgl. Hesse, *Diktierte Parteiautonomie* (2022), 59 f.

<sup>120</sup> So auch H. Wais, *RabelsZ* 81 (2017), 816, 845 f.; Hesse, *Diktierte Parteiautonomie* (2022), 235. Auf dieser Grundlage ist bei entsprechend überschießender Umsetzung der EG-Klauselrichtlinie eine Inhaltskontrolle nicht nur in Verbraucherkonstellationen denkbar, wenngleich in solchen strengere Maßstäbe anzulegen sind. Kritisch zu dieser fehlenden Differenzierbarkeit nach dem vom EuGH geteilten Verständnis von Art. 25 Abs. 1 S. 1 a. E. Brüssel Ia-VO Thon, *IPRax* 2022, 236, 239.

<sup>121</sup> Zur Parallelproblematik der AGB-Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen oben § 4 III. 2. b) (S. 217 ff.).

<sup>122</sup> Dazu oben § 4 III. 2. b) (S. 217 ff.).

<sup>123</sup> Vgl. Freitag, in: FS U. Magnus (2014), 419, 425; Thole, in: Stein/Jonas, *ZPO*, Band 12 (23. Aufl. 2022), Art. 25 EuGVVO, Rn. 37.

Rechtsfolgende Seite ein Problem auf: Ausweislich Erwägungsgrund 20 der Brüssel Ia-VO bezieht er sich auch auf die kollisionsrechtlichen Vorschriften des gewählten Gerichtsstaates. Diese Gesamtverweisung ist allerdings unzureichend auf die Regelungen der Rom I-VO abgestimmt, deren sachlicher Anwendungsbereich Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 2 lit. e Rom I-VO nicht erfasst. Folge einer konsequenten Anwendung beider Vorschriften wäre, dass nicht die Rom I-VO, sondern das autonome Kollisionsrecht des gewählten Gerichtsstaates auf die Gerichtsstandsvereinbarung anzuwenden wäre.<sup>124</sup> Dies könnte indes den unionsinternen Entscheidungseinklang gefährden und wäre insbesondere in solchen Staaten problematisch, die wie Deutschland neben der Rom I-VO gar keine eigenen Kollisionsvorschriften für das Schuldvertragsrecht mehr vorhalten.<sup>125</sup> Vereinzelt wird zur Lösung dieses Dilemmas vorgeschlagen, nicht von einer Gesamt-, sondern von einer bloßen Sachnormverweisung auszugehen und auf dieser Grundlage stets unmittelbar das materielle Recht des gewählten Gerichtsstands auf die Gerichtsstandsvereinbarung zur Anwendung zu bringen.<sup>126</sup> Dieser Ansatz erscheint jedoch mit Blick auf die unter Berücksichtigung von Erwägungsgrund 20 unzweifelhafte Deutung des Art. 25 Abs. 1 S. 1 Brüssel Ia-VO als Gesamtverweisung und die ausdrücklich erstrebte Abstimmung auf die gleichgelagerte Lösung des HGÜ nur schwer vertretbar.<sup>127</sup> Stattdessen sollten mit der überwiegenden Auffassung im Schrifttum trotz Art. 1 Abs. 2 lit. e Rom I-VO behelfsmäßig die Kollisionsvorschriften der Rom I-VO auf die vom Verweis des Art. 25 Abs. 1 S. 1 Brüssel Ia-VO erfassten materiellrechtlichen Elemente einer Gerichtsstandsvereinbarung angewandt werden.<sup>128</sup> Methodisch

<sup>124</sup> Zu diesem Ergebnis kommt etwa *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 557.

<sup>125</sup> *Maultzsch*, in: von Hein/Rühl (Hrsg.), Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union (2016), 153, 176; *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht (5. Aufl. 2020), § 15, Rn. 10.

<sup>126</sup> Vgl. *Gebauer*, in: FS von Hoffmann (2011), 577, 583; zumindest *de lege ferenda* auch *Antomo*, Schadensersatz wegen der Verletzung einer internationalen Gerichtsstandsvereinbarung? (2017), 73 f.

<sup>127</sup> Vgl. *U. Magnus*, in: FS Martiny (2014), 785, 791; *Simotta*, in: FS Schütze (2015), 541 f.; *Maultzsch*, in: von Hein/Rühl (Hrsg.), Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union (2016), 153, 176.

<sup>128</sup> Etwa *von Hein*, RIW 2013, 97, 105; *von Hein*, in: Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band 3 (5. Aufl. 2023), Art. 1 Rom I-VO, Rn. 39; *U. Magnus*, in: FS Martiny (2014), 785, 794; *Maultzsch*, in: von Hein/Rühl (Hrsg.), Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union (2016), 153, 176 f.; *Mankowski*, in: Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band 1 (5. Aufl. 2021), Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 50; *Gottwald*, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), Art. 25 Brüssel Ia-VO, Rn. 18; *Stadler*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO (19. Aufl. 2022), Art. 25 EuGVVO, Rn. 5.

lässt sich dies über eine Analogiebildung<sup>129</sup> oder über eine teleologische Reduktion des Art 1 Abs. 2 lit. e Rom I-VO erreichen, die dessen Geltungsbereich auf die von der Brüssel Ia-VO selbst ausdrücklich erfassten Wirksamkeitselemente beschränkt.<sup>130</sup> Freilich wird dann aber auch die Anwendung der Art. 3 ff. Rom I-VO regelmäßig zur Anwendbarkeit des Sachrechts der *lex fori prorogati* führen, sei es, weil die Parteien dieses nach Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO ausdrücklich oder konkludent mit der Gerichtsstandsvereinbarung gewählt haben (vgl. Erwägungsgrund 12 Rom I-VO), sei es, weil es zur Gerichtsstandsvereinbarung die objektiv engste Verbindung im Sinne des Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO aufweist.<sup>131</sup> Da gerade bei transnationalen Verträgen die Parteien typischerweise einen Gleichlauf zwischen Gerichtsstand und anwendbarem Recht anstreben, werden zudem die Sachrechte der *lex fori prorogati* und der *lex causae* meist zusammenfallen. Sollte die materiellrechtliche Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung ausnahmsweise nach einem anderen als dem Sachrecht der *lex fori prorogati* zu beurteilen sein (z. B. bei ausdrücklicher Wahl eines drittstaatlichen Rechts), kann dann immer noch auf Art. 9 und Art. 21 Rom I-VO zurückgegriffen werden, um eine Umgehung international zwingenden Rechts des prorogierten Gerichtsstaates zu verhindern.<sup>132</sup>

### (bb) Anwendungsmaßgaben

Hat das angerufene Gericht nach diesen kollisionsrechtlichen Maßgaben über die materielle Wirksamkeit einer auf einen transnationalen Vertrag bezogenen Gerichtsstandsvereinbarung nach deutschem Recht zu urteilen, können hierbei die zum materiellen Vertragsrecht entwickelten Leitlinien einer responsiven Anwendung entsprechend herangezogen werden.<sup>133</sup>

Dies lässt sich am Beispiel halbseitig ausschließlicher Gerichtsstandsvereinbarungen veranschaulichen, welche unter anderem von der LMA für das Außenverhältnis zwischen Kreditnehmer und Kreditgebern empfohlen werden und

---

<sup>129</sup> So etwa *Maultzsch*, in: von Hein/Rühl (Hrsg.), *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union* (2016), 153, 176 f.; *Mankowski*, in: Rauscher (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, Band 1 (5. Aufl. 2021), Art. 25 Brüssel Ia-VO, Rn. 50; *Stadler*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), *ZPO* (19. Aufl. 2022), Art. 25 EuGVVO, Rn. 5.

<sup>130</sup> Vgl. *Kindler*, in: FS Coester-Waltjen (2015), 485, 488; *Junker*, *Internationales Zivilprozessrecht* (5. Aufl. 2020), § 15, Rn. 10.

<sup>131</sup> *Gebauer*, in: FS von Hoffmann (2011), 577, 581; *Danelzik*, *Die Gerichtsstandsvereinbarung zwischen ZPO, EuGVVO und HGÜ* (2017), 95 f.

<sup>132</sup> Etwa des Art. 102 AEUV bei Gerichtsstandsvereinbarungen, die der Gegenseite unter Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung aufgezwungen wurden. Zur responsiven Handhabung der Art. 9 und 21 Rom I-VO oben § 4 III. 3. b) cc) und dd) (S. 244 ff., 253 ff.).

<sup>133</sup> Dazu oben § 5 IV. (S. 283 ff.).

dementsprechend häufig in transnationalen Konsortialkreditverträgen vorzufinden sind.<sup>134</sup> Bei dieser Unterform asymmetrischer Gerichtsstandsvereinbarungen wird die Klagemöglichkeit einer Partei auf den gewählten Gerichtsstand beschränkt, der Gegenseite jedoch eine Klageerhebung auch an anderen Gerichtsständen oder auch bei einem Schiedsgericht vorbehalten.<sup>135</sup> Während solche Gestaltungen beispielsweise von englischen Gerichten regelmäßig akzeptiert werden,<sup>136</sup> nehmen vor allem französische Gerichte eine kritische Haltung hierzu ein.<sup>137</sup> Dies demonstriert eindrücklich der von der Cour de Cassation entschiedene Fall *Mme X v. Soc Banque privée Edmond de Rothschild Europe*<sup>138</sup> aus dem Jahr 2012: Die Klägerin Mme X, eine französische Unternehmerin mit Wohnsitz in Spanien, hatte bei der in Luxemburg ansässigen Beklagten auf Vermittlung von deren französischer Schwestergesellschaft ein Kontokorrentkonto zur Abwicklung von Kapitalanlagegeschäften eröffnet und auf dieses einen einstelligen Millionenbetrag eingezahlt. Der Eröffnungsvertrag enthielt eine Gerichtsstandsvereinbarung, die für vertragsbezogene Streitigkeiten eine grundsätzlich ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte Luxemburgs vorsah, dem Kreditinstitut aber auch die Klagemöglichkeit an anderen, gesetzlich eingeräumten Gerichtsständen vorbehielt. Nachdem es zu erheblichen Verlustgeschäften gekommen war, machte Mme X Schadensersatzansprüche gegen das luxemburgische Kreditinstitut vor Pariser Gerichten geltend, wogegen die Beklagte den Einwand der Unzuständigkeit erhob. Die in dritter Instanz angerufene Cour de Cassation hielt, wie schon die Vorinstanzen, ihre Zuständigkeit jedoch für begründet und die halbseitig ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarung für unwirksam. Da diese *de facto* nur die Klägerin gebunden und der Beklagten Spielraum zur Anrufung jedes objektiv zuständigen Gerichts überlassen hätte, habe

<sup>134</sup> Vgl. *Abendroth*, WM 2017, 1786; *Mills*, Party Autonomy in Private International Law (2018), 158; *Walgenbach*, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar (3. Aufl. 2020), 16. Kapitel, Rn. 214.

<sup>135</sup> Vgl. zu verschiedenen Varianten solcher Vereinbarungen *H. Wais*, *RabelsZ* 81 (2017), 816, 817 ff.; *Rapp*, *ZZP Int.* 24 (2019), 199, 201 ff.; speziell zur Kombination mit einer Schiedsvereinbarung (*split jurisdiction clause*) *Wiebecke*, *SchiedsVZ* 2008, 34, 36; *Bälz/Stompfe*, *SchiedsVZ* 2017, 157 f. Dass zwischen den Parteien differenzierende Gerichtsstandsklauseln überhaupt zulässig sind, ergab sich schon unter Geltung des EuGVÜ aus dessen Art. 17 Abs. 3 EuGVÜ und wurde auch vom EuGH anerkannt; siehe EuGH, Urteil vom 9.11.1978, Rs. 23/78 – *Meeth/Glacet*, Rn. 6.

<sup>136</sup> Etwa *Mauritius Commercial Bank Ltd. v. Hestia Holdings Ltd.* [2013] EWHC 1328 (Comm), Rn. 43; *Commerzbank Aktiengesellschaft v. Liquimar Tankers Management* [2017] EWHC 161 (Comm), Rn. 79 ff.; weitere Beispiele bei *Mills*, Party Autonomy in Private International Law (2018), 158 f.

<sup>137</sup> Cass.civ., 1re, 26.9.2012, n° 11-26.022, Bulletin 2012, I, n° 176; Cass.civ., 1re, 25.3.2015, n° 13-27.264, Bulletin n° 72, ECLI:FR:CCASS:2105:C100415.

<sup>138</sup> Cass.civ., 1re, 26.9.2012, n° 11-26.022, Bulletin 2012, I, n° 176.

sie einseitigen „Potestativcharakter“ (*potestativité*, vgl. Art. 1174 Code civil) und verstoße daher gegen Inhalt und Zweck des Art. 23 Brüssel I-VO a. F.<sup>139</sup> In der Entscheidung *Société Danne v. Credit Suisse* aus dem Jahr 2015 bediente sich die Cour de Cassation der gleichen Argumentation im Hinblick auf eine dem LugÜ unterfallende, im Übrigen aber vergleichbare Gerichtsstandsvereinbarung, die in zwei Rahmenkreditverträgen zwischen einem französischen Unternehmen und einer schweizerischen Bank vorgesehen war.<sup>140</sup>

Die Entscheidungen stießen im Schrifttum auf erhebliche Kritik, welche sich insbesondere daran entzündete, dass die Cour de Cassation ohne nähere kollisionsrechtliche Begründung eine Figur des französischen Vertragsrechts herangezogen und diese ohne vorherige Vorlage an den EuGH in die Anforderungen des Art. 23 Brüssel I-VO a. F. bzw. Art. 23 LugÜ hineingelesen habe.<sup>141</sup> Und in der Tat wäre, jedenfalls nach heutiger Rechtslage, die mögliche materiellrechtliche Unwirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung gemäß Art. 25 Abs. 1 S. 1 a. E. Brüssel Ia-VO nach luxemburgischen Recht zu beurteilen,<sup>142</sup> zudem nach Art. 31 Abs. 2, Abs. 3 Brüssel Ia-VO grundsätzlich Luxemburger Gerichten vorbehalten gewesen, soweit diese angerufen worden wären.<sup>143</sup> Mit dieser berechtigten methodischen Kritik ist allerdings noch nicht gesagt, dass den materiellrechtlichen Bedenken der Cour de Cassation auch in der Sache keine Beachtung zu schenken wäre. So erscheint es durchaus vorstellbar, dass halbseitig zwingende oder anderweitig asymmetrische Gerichtsstandsvereinbarungen in Einzelfällen so ausgestaltet sein können, dass sie für eine Vertragspartei den Rechtsweg faktisch ausschließen. Dies könnte etwa der Fall sein, wenn das als ausschließlich zuständig vereinbarte Gericht von der Gegenseite gerade deshalb ausgewählt wurde, weil seine Anrufung für die schutzsuchende Partei mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden wäre oder es unzureichend ausgestattet ist sowie unter erheblichem Verfahrensrückstau leidet, damit keine Aussicht auf hinreichend zeitnahen Rechtsschutz bieten kann.<sup>144</sup> Wenn die materiellrechtliche Wirksamkeit einer solchen Gerichtsstandsvereinbarung nach deutschem Recht zu beurteilen wäre, wäre dann, auch bei responsiver Auslegung, im Falle des Vorliegens

---

<sup>139</sup> Vgl. Freitag, in: FS U. Magnus (2014), 419, 421, mit Erläuterungen auch zum französischen Recht.

<sup>140</sup> Cass.Civ., 1re, 25.3.2015, n° 13-27.264, Bulletin n° 72, ECLI:FR:CCASS:2105:C100415.

<sup>141</sup> Freitag, in: FS U. Magnus (2014), 419, 422 ff.; Mills, Party Autonomy in Private International Law (2018), 160.

<sup>142</sup> Dies war aber unter Heranziehung des Rechtsgedankens von Art. 3 Abs. 5 i. V. m. Art. 10 Rom I-VO auch schon für die Brüssel I-VO a. F. herrschende Ansicht; vgl. etwa A. Staudinger/Steinrötter, JA 2012, 241, 245.

<sup>143</sup> Zur Anwendbarkeit von Art. 31 Abs. 2 Brüssel Ia-VO auch auf halbseitig ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarungen siehe BGH NJW-RR 2021, 1207, 1210 ff., Rn. 61 ff.

<sup>144</sup> Weitere Beispiele bei Bälz/Stompfe, SchiedsVZ 2017, 157, 160 ff.



von Allgemeinen Geschäftsbedingungen von einer Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB, andernfalls zumindest von einer Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB auszugehen. Der Ausschluss jeder gangbaren Rechtsschutzmöglichkeit einer Vertragspartei widerspräche im Zweifel schon den bereichsspezifischen normativen Erwartungshaltungen des transnationalen Vertragsrechtsregimes, jedenfalls aber den in der deutschen Rechtsordnung verankerten rechtsstaatlichen und insoweit unzweifelhaft auch transnationalisierungsfähigen Grundwertungen.

Nicht überzeugen kann allerdings die Pauschalität, mit der die Cour de Cassation die halbseitig ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarung unter Berufung auf Inhalt und Zweck des Art. 23 Brüssel I-VO a. F. gerade wegen der Ungleichbehandlung der Parteien angreift. Die Anforderungen des heutigen Art. 25 Brüssel Ia-VO n. F. dienen in erster Linie dazu, sicherzustellen, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung freiwillig und hinreichend bedacht eingegangen wird, nicht aber dazu, allen Beteiligten gleiche Klagemöglichkeiten zu garantieren.<sup>145</sup> Hinter einer unterschiedlichen Ausgestaltung von Klagemöglichkeiten können durchaus valide Gründe stehen, was sich am Beispiel der Mustergerichtsstandsklauseln der LMA zeigt, welche zwar jeweils grundsätzlich einen ausschließlichen Gerichtsstand vorsehen, den beteiligten Kreditgebern jedoch die Möglichkeit vorbehalten, auch an gesetzlich vorgesehenen Gerichtsständen zu klagen.<sup>146</sup> Diese Differenzierung hat eben nicht den Zweck, die Kreditnehmerseite zu überverteilen und deren Rechtsschutzmöglichkeiten zu verkürzen. Vielmehr gründet sie auf der Erwägung, dass einerseits mit der Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstands ein Gleichlauf mit dem anwendbaren Recht erschlossen und größtmögliche Rechtssicherheit geschaffen werden soll, andererseits ein berechtigtes Bedürfnis der in Vorleistung tretenden Kreditgeberseite besteht, auf etwaige Verschiebungen des Haftungsvermögens eines Kreditnehmers reagieren und am jeweiligen Belegenheitsort klagen und vollstrecken zu können.<sup>147</sup> Die hieraus resultierende Ungleichbehandlung kann wirtschaftlich auch der Kreditnehmerseite zugute kommen, weil sich die Verringerung des Prozess- und Vollstreckungsrisikos für die Kreditgeberseite einkalkulieren lässt und bei der Aus-

<sup>145</sup> Mills, Party Autonomy in Private International Law (2018), 161.

<sup>146</sup> Z. B. Sec. 39.1 des LMA Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement (German Law Version); Sec. 48.1 des LMA Senior Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement for Leveraged Acquisition Finance Transactions.

<sup>147</sup> Abendroth, WM 2017, 1786, 1792; Mills, Party Autonomy in Private International Law (2018), 158; vgl. auch Horn, in: FS Sandrock (2000), 385, 386. Freilich ist zu berücksichtigen, dass jedenfalls im Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO eine Vollstreckung in das in einem Mitgliedstaat belegene Vermögen auch aus Urteilen aus einem anderen Mitgliedstaat ohne Weiteres möglich ist. Dennoch kann sie aber mit zusätzlichem Aufwand oder zusätzlichen Kosten verbunden sein; siehe dazu H. Wais, RabelsZ 81 (2017), 816, 819.



gestaltung der Kreditbedingungen beispielsweise in Form niedrigerer Kreditzinsen niederschlagen kann<sup>148</sup> – erst recht, wenn etwaige Rechtsverfolgungskosten der Kreditgeberseite über *enforcement costs*-Klauseln von vornherein an die Kreditnehmerseite weitergereicht werden.<sup>149</sup> Insoweit kann die aus einem Musterdokument übernommene Gerichtsstandsvereinbarung auch nicht von der auf transnationaler Ebene für die Ausgestaltung des Hauptvertrages gewonnenen kollektiven Verhandlungslösung getrennt betrachtet werden. Werden diese Musterlösungen von professionellen Akteuren auf beiden Seiten übernommen, wie es bei transnationalen Verträgen üblich ist, besteht für eine gesetzliche Korrektur keine Notwendigkeit, soweit für beide Parteien mindestens eine Möglichkeit effektiven gerichtlichen Vorgehens erhalten bleibt.<sup>150</sup> Dies ist bei Verwendung der Mustergerichtsstandsklauseln der LMA zu bejahen, deren ausschließliche Zuständigkeitszuweisungen sich sämtlich auf Gerichte in Staaten mit hochentwickeltem Justizwesen beziehen. Und für Ausnahmekonstellationen, die durch Informations- oder Machtungleichgewichte zwischen den Parteien charakterisiert sind, beugen zusätzlich die nicht derogierbaren Sonderzuständigkeiten der Art. 15, 19, 23 Brüssel Ia-VO einer Benachteiligung der schwächeren Vertragspartei und der Einschränkung von diese privilegierenden Rechtsschutzmöglichkeiten vor.<sup>151</sup> Für eine Korrektur nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB oder nach § 138 Abs. 1 BGB besteht daher im Falle der Übernahme einer in einem transnationalen Musterdokument vorgesehenen Gerichtsstandsklausel meist kein Bedarf. Nur wenn eine im Einzelfall getroffene Gerichtsstandsvereinbarung entweder von der im jeweiligen Verkehrskreis etablierten und in den einschlägigen Musterdokumenten manifestierten normativen Erwartungshaltung signifikant abweicht oder die auf transnationaler Ebene erzeugten Musterklauseln den Rechtswegzugang einzelner Vertragsparteien unterlaufen würden, wäre eine Korrektur über § 307 Abs. 1 S. 1 BGB oder § 138 Abs. 1 BGB angezeigt. Praktisch ist dies für in den räumlichen Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO fallende und grundsätzlich auf mitgliedstaatliche Gerichte beschränkte Gerichtsstandsvereinbarungen eher unwahrscheinlich.

---

<sup>148</sup> Vgl. *Mills*, Party Autonomy in Private International Law (2018), 158, 161.

<sup>149</sup> So z.B. Sec. 17.3 des LMA Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement (German Law Version); Sec. 23.4 des LMA Senior Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement for Leveraged Acquisition Finance Transactions.

<sup>150</sup> *Mills*, Party Autonomy in Private International Law (2018), 162 f.; vgl. auch *Mauritius Commercial Bank Ltd. v. Hestia Holdings Ltd.* [2013] EWHC 1328 (Comm), Rn. 43.

<sup>151</sup> *Freitag*, in: FS U. Magnus (2014), 419, 425; *Mills*, Party Autonomy in Private International Law (2018), 162. Dazu noch unten § 6 II. 1. a) aa) (3) (a) (S. 348 ff.).

*(3) Begrenzungen der Zuordnungsfreiheit*

Die Reichweite der Privatparteien gewährten Zuordnungsfreiheit ist auch im Internationalen Zivilverfahrensrecht nicht grenzenlos. Im Gegenteil: Die Einschränkungen der Brüssel Ia-VO für Gerichtsstandsvereinbarungen gehen zum Teil sogar weiter als die Begrenzungsvorschriften des Kollisions- und materiellen Vertragsrechts. Dahinter steht vor allem die Erwägung, dass gewillkürte Eingriffe in die gerichtliche Zuständigkeitsverteilung staatliche Ordnungsinteressen noch stärker berühren können als rein kollisions- und vertragsrechtliche Gestaltungen: Während einer Abbedingung staatlicher Regelungen im materiellen Vertragsrecht das Korrektiv einfach zwingenden Rechts und einer „Abwahl“ staatlichen Rechts im Kollisionsrecht immerhin noch die Möglichkeit der unmittelbaren Durchsetzung international zwingenden Rechts gegenüberstehen, geht mit der Anerkennung einer ausschließlichen Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten eines ausländischen Gerichts dem betroffenen Staat, von einer etwaigen späteren Anerkennung oder Vollstreckung ausländischer Urteile abgesehen, jede Zugriffsmöglichkeit auf den Streitgegenstand verloren.<sup>152</sup> Dennoch bieten auch die vor diesem Hintergrund zu betrachtenden Begrenzungsvorschriften der Brüssel Ia-VO Ansatzpunkte für einen responsiven Umgang mit transnationalen Verträgen und ein kohärentes Ineinandergreifen mit den für das Kollisions- und materielle Vertragsrecht gewonnenen Wertungen.

*(a) Schutz schwächerer Parteien*

In Parallele zur Rom I-VO sieht die Brüssel Ia-VO spezielle Schutzvorschriften zugunsten von Versicherungsnehmern, Verbrauchern und Arbeitnehmern vor, also solchen Parteien, die ihren Vertragspartnern typischerweise aufgrund von Informations-, Macht- oder Motivationsasymmetrien strukturell unterlegen sind.<sup>153</sup> Um diese Ungleichgewichte auch verfahrensrechtlich zu kompensieren, bestimmen die Zuständigkeitsvorschriften der Art. 10 bis 23 Brüssel Ia-VO besondere Gerichtsstände, die einerseits Versicherungsnehmern, Verbrauchern und Arbeitnehmern die Rechtsverfolgung erleichtern, andererseits ein Unterlaufen kollisions- und materiellrechtlicher Mindeststandards des Schwächerenschutzes verhindern sollen. Zu diesem Zweck werden auch die Möglichkeiten für Gerichtsstandsvereinbarungen merklich eingeschränkt, wobei im Zusammenhang

<sup>152</sup> Vgl. *Basedow*, in: FS U. Magnus (2014), 337 f.; *Hesse*, Diktierte Parteiautonomie (2022), 162.

<sup>153</sup> Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 14.7.1983, Rs. 201/82 – Gerling u. a., Rn. 17; EuGH, Urteil vom 13.7.2000, Rs. C-412/98 – Group Josi, Rn. 64; EuGH, Urteil vom 12.5.2005, Rs. C-112/03 – Société Financière et Industrielle du Peloux, Rn. 30; EuGH, Urteil vom 20.5.2005, Rs. C-464/01 – Gruber, Rn. 34.

mit transnationalen Finanzverträgen allenfalls die Verbrauchersachen gewidmeten Art. 17 bis 19 Brüssel Ia-VO relevant werden können. Diese greifen in allen Fällen, in welchen ein am Vertrag beteiligter Verbraucher seinen Wohnsitz in einem EU-Mitgliedstaat hat, in dem der Unternehmer seine Tätigkeit ausübt oder auf den er diese ausrichtet (Art. 17 Abs. 1 Brüssel Ia-VO) sowie unabhängig vom Verbraucherwohnsitz in allen Fällen, in welchen der Unternehmer mindestens eine Niederlassung in einem Mitgliedstaat betreibt (Art. 17 Abs. 2 Brüssel Ia-VO).<sup>154</sup> Unter diesen Voraussetzungen kann der Verbraucher sowohl am eigenen mitgliedstaatlichen Wohnsitz als auch an mitgliedstaatlichen (Wohn- und ggf. Niederlassungs-)Sitzen des Unternehmers klagen (Art. 18 Abs. 1 Brüssel Ia-VO), selbst jedoch vom Unternehmer nur im eigenen Wohnsitzstaat verklagt werden (Art. 18 Abs. 2 Brüssel Ia-VO). Gerichtsstandsvereinbarungen sind zwar möglich, nach Art. 25 Abs. 4 Var. 1 i. V. m. Art. 19 Brüssel Ia-VO aber nur soweit sie erst nach Entstehung der Streitigkeit getroffen werden (Art. 19 Nr. 1 Brüssel Ia-VO), ausschließlich dem Verbraucher zusätzliche Klagemöglichkeiten verschaffen (Art. 19 Nr. 2 Brüssel Ia-VO) oder zugunsten eines gemeinsamen Sitz- oder gewöhnlichen Aufenthaltsstaates erfolgen, dessen Verfahrensrecht entsprechende Vereinbarungen zulässt (Art. 19 Nr. 3 Brüssel Ia-VO). Letztlich wird mittels dieser Vorschriften einem verfahrensrechtlichen *opt-out* aus dem kollisions- und materiellrechtlichen Verbraucherschutzregime der EU vorgebeugt. Hierdurch stellen sie ein Korrektiv dar, über welches das staatliche Recht Ordnungsdefizite ausgleichen kann, die auf der transnationalen Regelungsebene dadurch entstehen können, dass sich in den auf professionelle Vertragsparteien zugeschnittenen Vertragsrechtsregimen der ICC, LMA und ISDA (noch) keine funktionsäquivalenten Strukturen zur Gewährleistung des Schwächerenschutzes herausgebildet haben. Flankiert werden die Schutzvorschriften der Brüssel Ia-VO durch bereichsspezifische Spezialregelungen wie Art. 46 Abs. 6 MiFIR,<sup>155</sup> der drittstaatliche Anbieter von Finanzprodukten gegenüber in der EU niedergelassenen Kunden verpflichtet, vorab einen Gerichtsstand oder Schiedsort in einem Mitgliedstaat anzubieten. Zwar kann praktisch nicht verhindert werden kann, dass drittstaatliche, nicht an Unionsrecht gebundene Gerichte Urteile unter Verletzung dieser Schwächerenschutzstandards fällen können. Solchen Urteilen kann dann aber zumindest noch die unionsinterne Anerkennung und Vollstreckung versagt werden.<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> Für Einzelheiten siehe *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht (5. Aufl. 2020), § 13, Rn. 20 ff.

<sup>155</sup> Verordnung (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012.

<sup>156</sup> Dazu unten § 6 II. 2. e) cc) (2) (S. 398).

*(b) Ausschließliche Gerichtsstände*

Für bestimmte Sachmaterien sieht Art. 24 Brüssel Ia-VO ausschließliche Gerichtsstände innerhalb der EU vor, von welchen gemäß Art. 25 Abs. 4 Var. 2 Brüssel Ia-VO auch durch Gerichtsstandsvereinbarung nicht abgewichen werden kann. Dahinter steht die Erwägung, dass Rechtsstreitigkeiten mit einem objektiv besonders engen Bezug zu einem Mitgliedstaat allein von dessen Gerichten behandelt werden sollen. Paradigmatisch hierfür sind Grundstücksstreitigkeiten, für welche Art. 24 Nr. 1 Abs. 1 Brüssel Ia-VO eine ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte des Belegenheitsstaates vorschreibt. Urteilen, die in Missachtung einer ausschließlichen Gerichtsstandszuweisung durch die Brüssel Ia-VO ergehen, kann schon aus diesem Grunde die Anerkennung und Vollstreckung innerhalb der EU verweigert werden.<sup>157</sup>

Im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen im Finanzbereich kann vor allem die bereits im kollisionsrechtlichen Zusammenhang angesprochene ausschließliche Zuständigkeit für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten nach Art. 24 Nr. 2 Brüssel Ia-VO relevant werden. Hiernach sind für „Verfahren, welche die Gültigkeit, die Nichtigkeit oder die Auflösung einer Gesellschaft [auch solcher ohne eigene Rechtspersönlichkeit, Art. 63] oder juristischen Person oder die Gültigkeit der Beschlüsse ihrer Organe zum Gegenstand haben“, die Gerichte des Sitzstaates ausschließlich zuständig, wobei der Sitz wiederum nach dem Kollisionsrecht des Forumstaates zu bestimmen ist. Die Auslegung dieses Ausnahmetatbestands wirft jedoch – ähnlich wie im Rahmen der kollisionsrechtlichen Vorschrift des Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO – Abgrenzungsprobleme auf, weil die Grenzen zwischen Gesellschafts- und Schuldvertragsrecht fließend sein können. Abermals kann hierfür das Beispiel von Streitigkeiten im Innenverhältnis eines Kreditkonsortiums angeführt werden: Kann insoweit aus der Sicht eines deutschen Gerichts etwa eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten englischer Gerichte als wirksam behandelt werden, wenn an dem Konsortium ausschließlich deutsche Kreditgeber beteiligt sind? Dies hängt erneut davon, ob man von der in Deutschland üblichen Einordnung des Kreditkonsortiums als Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder von der im englischen Recht vorherrschenden schuldvertraglichen Qualifikation ausgeht.<sup>158</sup> Insofern wurde schon zu Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO argumentiert, dass eine restriktive Auslegung nicht nur aufgrund des Ausnahmecharakters der Vorschrift, sondern auch wegen der erstrebten Kohärenz zwischen Kollisions- und Zuständigkeitsrecht vorzugswürdig erscheint.<sup>159</sup>

<sup>157</sup> Dazu unten § 6 II. 2. a) dd) (2) (S. 391) für EU-interne und § 6 II. 2. e) cc) (2) (S. 398) für drittstaatliche Urteile.

<sup>158</sup> Dazu oben § 4 III. 1. c) (S. 209 ff.); § 5 IV. 1. a) bb) (S. 290 ff.).

<sup>159</sup> Dazu oben § 4 III. 1. c) (S. 209 ff.).

Für den noch enger formulierten Art. 24 Nr. 2 Brüssel Ia-VO greifen diese Erwägungen erst recht, weshalb bei einer für transnationale Ordnungskontexte responsiven Herangehensweise im Zweifel auch im Zuständigkeitsrecht eher von einer schuldvertraglichen als von einer gesellschaftsrechtlichen Qualifikation auszugehen und somit eine Gerichtsstandsvereinbarung grundsätzlich zuzulassen ist.

Doch selbst wenn die Beteiligten einer transnationalen Vertragsstreitigkeit unzweifelhaft als Gesellschaften, Gesellschafter oder Gesellschaftsorgane qualifiziert werden können, kann die Bestimmung der Reichweite der von Art. 24 Nr. 2 Brüssel Ia-VO erfassten Streitgegenstände Schwierigkeiten bereiten, was sich an der vom EuGH entschiedenen Rechtssache *BVG*<sup>160</sup> veranschaulichen lässt: Die als Anstalt des öffentlichen Rechts betriebenen Berliner Verkehrsbetriebe (BVG) hatten im Jahr 2007 mit der New Yorker Bank J.P. Morgan zu Finanzierungszwecken einen Swap-Vertrag nach Vorlage eines ISDA-Musters geschlossen, das unter anderem eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten englischer Gerichte enthielt. Dem Vertragsschluss war auf Seiten der BVG ein zustimmender Vorstandsbeschluss vorausgegangen. Als im Zusammenhang mit der Finanzkrise 2008 unerwartet hohe Zahlungsverpflichtungen der BVG aus dem Swap-Vertrag fällig wurden und eine Zahlung ausblieb, klagte J.P. Morgan vor dem Londoner High Court auf Leistung. Die BVG berief sich zur Verteidigung unter anderem darauf, dass der Swap-Vertrag unwirksam sei, weil sie bei dessen Abschluss außerhalb ihres satzungsmäßigen Aufgaben- und Zuständigkeitsbereichs, damit *ultra vires* gehandelt habe. Aus diesem Grund sei namentlich der dem Vertragsschluss vorausgegangene Vorstandsbeschluss nichtig gewesen. Weil das Verfahren somit die Gültigkeit eines Organbeschlusses zum Gegenstand habe, sei auch die Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten englischer Gerichte unwirksam und stattdessen eine ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte des Sitzstaates der BVG, also Deutschlands begründet.

Auf Grundlage dieser Argumentation erhob die BVG sodann selbst Klage vor dem Landgericht Berlin, in der Hauptsache gerichtet auf Feststellung der Unwirksamkeit des Swap-Vertrages. Sowohl das gegen die daran anschließende Aussetzungsentscheidung des Landgerichts angerufene Berliner Kammergericht als auch der gegen die Zurückweisung des Antrags auf Unzuständigkeitserklärung des Londoner High Court angerufene UK Supreme Court legten die Zuständigkeitsfrage gemäß Art. 267 AEUV dem EuGH vor. Dieser sprach sich im Ergebnis gegen die Annahme eines ausschließlichen Gerichtsstands nach Art. 22 Nr. 2 Brüssel I-VO a. F. (heute Art. 24 Nr. 2 Brüssel Ia-VO) aus. Zwar sei der Wortlaut nicht eindeutig, insbesondere wenn man die unterschiedlichen offiziellen Sprachfassungen berücksichtige, von welchen manche es ausreichen ließen,

---

<sup>160</sup> EuGH, Urteil vom 12.5.2011, Rs. C-144/10 – BVG.

dass der „Bereich“ der Gültigkeit, Nichtigkeit oder Auflösung einer Gesellschaft oder der Gültigkeit eines Organbeschlusses betroffen sei.<sup>161</sup> Schon aufgrund ihres Ausnahmecharakters sei die Vorschrift jedoch restriktiv auszulegen, zumal sie den Parteien die Freiheit der Gerichtsstandsvereinbarung und damit einen wesentlichen Teil der Vorhersehbarkeit gerichtlicher Zuständigkeiten nehme.<sup>162</sup> Wenn jede Rechtsstreitigkeit, in der Beschlüsse eines Gesellschaftsorgans eine Rolle spielten, unter den Ausnahmetatbestand fielen, so würden *de facto* sämtliche Klagen gegen Gesellschaften nur in deren Sitzstaat erhoben werden können, selbst wenn sich die Gesellschaft auf eine nur angebliche Ungültigkeit der Beschlüsse beriefe.<sup>163</sup> Damit aber würde der Zweck des Art. 22 Nr. 2 Brüssel I-VO a. F. (jetzt Art. 24 Brüssel Ia-VO) verfehlt, zur Rechtssicherheit beizutragen und gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten vor allem deshalb den Gerichten am Gesellschaftssitz zuzuweisen, weil diese zur Beurteilung komplizierter Fragen gesellschaftsrechtlicher Beschlussfassungen nach eigenem Recht im Zweifel am besten in der Lage seien sowie üblicherweise besseren Zugang zu Registereintragungen und anderen unternehmensbezogenen Dokumenten hätten. Diese Erwägungen griffen indes nur, wenn gesellschaftsrechtliche Aspekte den Hauptgegenstand des Verfahrens bildeten, nicht hingegen, wenn die Wirksamkeit, Auslegung oder Wirkung von Verträgen im Mittelpunkt stünden und Fragen der gesellschaftsrechtlichen Beschlussfassung lediglich akzessorisch mitzubehandeln seien.<sup>164</sup> Darüber hinaus solle der ausschließliche Gerichtsstand am Gesellschaftssitz auch der Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen begegnen, die bei vertragsrechtlichen Streitigkeiten jedoch aufgrund der Koordinationsvorschrift des Art. 27 Brüssel I-VO a. F. (heutiger Art. 29 Brüssel Ia-VO) und der gegenseitigen Anerkennungs- und Vollstreckungsverpflichtungen zwischen den Mitgliedstaaten gar nicht bestehe.<sup>165</sup> Demnach beschränke sich der Anwendungsbereich des Art. 22 Nr. 2 Brüssel I-VO a. F. (Art. 24 Nr. 2 Brüssel Ia-VO) auf solche Verfahren, die in der Hauptsache die dort aufgeführten Gegenstände beträfen, was fast ausschließlich auf gesellschaftsinterne Streitigkeiten wie etwa aktienrechtliche Beschlussmängelstreitigkeiten zutreffen dürfte.

Auf die Besonderheit, dass der zu beurteilende Vertrag nach einem transnationalen Musterdokument der ISDA ausgestaltet war, ging der EuGH zwar nicht gesondert ein. Die vorgetragenen Argumente zur restriktiven Auslegung der Be-

---

<sup>161</sup> EuGH, Urteil vom 12.5.2011, Rs. C-144/10 – BVG, Rn. 26 ff.

<sup>162</sup> EuGH, Urteil vom 12.5.2011, Rs. C-144/10 – BVG, Rn. 32 f.

<sup>163</sup> EuGH, Urteil vom 12.5.2011, Rs. C-144/10 – BVG, Rn. 34.

<sup>164</sup> EuGH, Urteil vom 12.5.2011, Rs. C-144/10 – BVG, Rn. 36 ff. Vgl. auch EuGH, Urteil vom 2.10.2008, Rs. C-372/07 – Hassett und Doherty, Rn. 22 f., 26; EuGH, Urteil vom 23.10.2014, Rs. C-302/13 – flyLAL-Lithuanian Airlines.

<sup>165</sup> EuGH, Urteil vom 12.5.2011, Rs. C-144/10 – BVG, Rn. 41.



reichsausnahme des Art. 22 Nr. 2 Brüssel I-VO a.F. bzw. Art. 24 Nr. 2 Brüssel Ia-VO überzeugen aber umso mehr, wenn der transnationale Ordnungskontext der Streitigkeit mitreflektiert wird. Insoweit wird durch eine im Zweifel schuldvertragliche Qualifikation nicht nur die von den Parteien angestrebte Anschlussfähigkeit des Vertrages an das einschlägige transnationale Vertragsrechtsregime gewährleistet, sondern auch ein Wertungsgleichlauf zum Kollisionsrecht hergestellt, der eine Abstimmung zwischen Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung ermöglicht. Dementsprechend fügt sich die vom EuGH befürwortete restriktive Handhabe des Art. 24 Brüssel Ia-VO nahtlos in das Leitbild eines responsiven Umgangs mit transnationalen Verträgen ein.

Ein letztes im Zusammenhang mit Art. 24 Brüssel Ia-VO diskutiertes Problem betrifft die Frage nach „Reflexwirkungen“ der Vorschrift.<sup>166</sup> Diese ist aufgeworfen, wenn der zu beurteilende Sachverhalt zwar einer der von Art. 24 Brüssel Ia-VO erfassten Materien zugehört, der insoweit maßgebliche Anknüpfungspunkt aber in einem Drittstaat liegt. Zwar kann die Brüssel Ia-VO selbst unzweifelhaft keinen Gerichtsstand in einem Drittstaat begründen, doch wird in Teilen des Schrifttums erwogen, in solchen Fällen eine nach der Brüssel Ia-VO durch Gerichtsstandsvereinbarung begründete Zuständigkeit mitgliedstaatlicher Gerichte spiegelbildlich zu Art. 24 Brüssel Ia-VO abzulehnen.<sup>167</sup> Hiernach müsste beispielsweise ein deutsches Gericht, zu dessen Gunsten in einem LMA-basierten transnationalen Kreditkonsortialvertrag eine Gerichtsstandsvereinbarung geschlossen wurde und das eine vorgelegte Streitfrage zwischen beteiligten Konsorten gesellschaftsrechtlich qualifiziert, die eigene Zuständigkeit auch dann ablehnen, wenn der Sitz des Konsortiums in einem Drittstaat, etwa der Türkei läge. Ähnlich wie bei der verwandten und zu verneinenden Frage, ob die Voraussetzungen des Art. 25 Abs. 1 Brüssel Ia-VO generell auf die Derogation mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten zugunsten drittstaatlicher Gerichte anzuwenden sind,<sup>168</sup> bestehen jedoch auch im explizit auf „Gerichte eines Mitgliedstaats“ zugeschnittenen Wortlaut des Art. 24 Brüssel Ia-VO keine Anhaltspunkte für eine Anwendbarkeit auf Fälle drittstaatlicher Zuständigkeiten.<sup>169</sup> In systematischer Hinsicht kommt hinzu, dass die Brüssel Ia-VO mit den Art. 33 und 34 ausdrück-

---

<sup>166</sup> Etwa *Mills*, *Party Autonomy in Private International Law* (2018), 137 ff., 215 ff.; *Mankowski*, in: Rauscher (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, Band 1 (5. Aufl. 2021), Art. 24 Brüssel Ia-VO, Rn. 9 ff.

<sup>167</sup> Etwa *Linke/Hau*, *Internationales Zivilverfahrensrecht* (8. Aufl. 2021), Rn. 5.53; sympathisierend auch *Schlosser*; in: *Schlosser/Hess*, *EU-Zivilprozessrecht* (5. Aufl. 2021), Art. 24 EuGVVO, Rn. 1; *Gottwald*, in: *MüKo ZPO*, Band 3 (6. Aufl. 2022), Art. 24 Brüssel Ia-VO, Rn. 6.

<sup>168</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) aa) (1) (d) (S. 329 ff.).

<sup>169</sup> Vgl. *Lehmann*, in: *Dickinson/Lein* (Hrsg.), *The Brussels I Regulation Recast* (2015), Rn. 8.04.

liche Regelungen zum Umgang mit Zuständigkeitskonflikten mit drittstaatlichen Gerichten enthält und insoweit eine Verfahrensaussetzung nach Ermessen erlaubt, wenn vor solchen ein paralleles oder eng zusammenhängendes Verfahren anhängig ist. Nach Erwägungsgrund 24 Abs. 2 der Brüssel Ia-VO *kann* bei dieser Ermessensentscheidung eine zu Art. 24 Brüssel Ia-VO spiegelbildliche ausschließliche Zuständigkeit des drittstaatlichen Gerichts berücksichtigt werden. Hierfür können im Interesse einer international geordneten Rechtspflege gewiss auch gute Gründe sprechen, zumal wenn die Gefahr einer Nichtanerkennung eines entgegen der ausschließlichen drittstaatlichen Zuständigkeit ergehenden Urteils bestünde.<sup>170</sup> Gerade das Vorhandensein der eng begrenzten Regelung der Art. 33, 34 Brüssel Ia-VO spricht aber entscheidend dagegen, zusätzliche ungeschriebene Reflexwirkungen in Form von Berücksichtigungspflichten zugunsten ausschließlicher Zuständigkeiten drittstaatlicher Gerichte zu unterstellen.<sup>171</sup> Schlechtestenfalls könnten derartige Pflichten sogar zu Rechtsschutzlücken führen, nämlich dann, wenn die betroffenen drittstaatlichen Gerichte ihre Zuständigkeit ablehnen, im Beispielsfall etwa türkische Gerichte den konsortialvertraglichen Streitgegenstand schuldrechtlich qualifizieren und die Gerichtsstandsvereinbarung deshalb als wirksam behandeln.<sup>172</sup>

*(c) Eingriffsnormen und ordre public?*

Nach dem kollisionsrechtlichen Gesamtverweisungsansatz des Art. 25 Abs. 1 S. 1 Brüssel Ia-VO auf die *lex fori prorogati* kann dem materiellen Recht des derogierten Gerichtsstaates, für den keine zwingende Zuständigkeit nach der Brüssel Ia-VO begründet ist, allenfalls dann Bedeutung für die Beurteilung der Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung zukommen, wenn es insoweit vom Kollisionsrecht des prorogierten Gerichtsstaates in Bezug genommen wird. Im Schrifttum wird allerdings diskutiert, ob hiervon für international zwingendes Recht eine Ausnahme zu machen und dieses in jedem Fall heranzuziehen ist:<sup>173</sup> Können sich namentlich verweisungsfeste Eingriffsnormen und *ordre public*-Wertungen auch gegen eine Gerichtsstandsvereinbarung und die mit dieser ver-

<sup>170</sup> Vgl. Mills, Party Autonomy in Private International Law (2018), 232 f.; Junker, Internationales Zivilprozessrecht, (5. Aufl. 2020), § 14, Rn. 4.

<sup>171</sup> Domej, in: von Hein/Rühl (Hrsg.), Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union (2016), 90, 96; Junker, Internationales Zivilprozessrecht, (5. Aufl. 2020), § 14, Rn. 4.

<sup>172</sup> Vgl. Mankowski, in: Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band 1 (5. Aufl. 2021), Art. 24 Brüssel Ia-VO, Rn. 9 ff.; Vossler, in: BeckOK ZPO (47. Ed. 2022), Art. 24 Brüssel Ia-VO, Rn. 3.

<sup>173</sup> Basedow, in: FS U. Magnus (2014), 337, 340 ff.; vgl. auch Gottschalk/Breßler, ZEuP 2007, 56, 61 f.

bundenen Abbedingung der gerichtlichen Zuständigkeit des Erlassstaates durchsetzen? Und darf hierüber dann auch ein Gericht dieses Staates befinden, dessen Zuständigkeit mit der Gerichtsstandsvereinbarung gerade ausgeschlossen werden sollte? Beispielhaft für diese Problematik steht der noch zur Brüssel I-VO a.F. vor italienischen Gerichten verhandelte Fall *Poste Italiane S.p.A. v. J.P. Morgan Chase Bank* aus dem Jahr 2007.<sup>174</sup> Die italienische Post, die neben Versand- auch Finanzdienstleistungen anbietet, hatte auf Vermittlung eines US-amerikanischen Händlers mehrere Derivatverträge mit der New Yorker Bank J.P. Morgan geschlossen, welche auf ISDA-Mustern beruhten und darin empfohlene ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten englischer Gerichte enthielten. Nachdem sich die Verträge als Verlustgeschäfte erwiesen hatten, klagte die Poste Italiane vor dem Tribunale di Roma und berief sich dort unter anderem darauf, dass der US-amerikanische Vermittler nicht zum Handel in Italien zugelassen gewesen sei, was gegen zwingende Bestimmungen des italienischen Rechts verstoßen habe. Weil diese Bestimmungen als Eingriffsnormen zu qualifizieren seien, stünden sie auch der Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung und der mit dieser verbundenen Zuständigkeitsderogation italienischer Gerichte entgegen, zumal ihre Berücksichtigung durch die gewählten englischen Gerichte nicht zu erwarten stehe. Das Tribunale und die nachfolgend angerufene italienische Corte Suprema di Cassazione ließen sich von dieser Argumentation jedoch nicht überzeugen und verneinten ihre Zuständigkeit mit dem Hinweis darauf, dass die Feststellung der internationalen Zuständigkeit der Anwendung materiellen Rechts des Forumstaates – einschließlich international zwingender Vorschriften – logisch vorausgehe.<sup>175</sup> Diese Sichtweise herrscht nunmehr grundsätzlich auch zur Brüssel Ia-VO vor.<sup>176</sup> In der Rechtsprechung finden sich allerdings auch Beispiele für die gegenteilige Auffassung,<sup>177</sup> bei welchen es

---

<sup>174</sup> Corte di cassazione (S.U.) 20.2.2007, n. 3841, *Rivista di diritto interazionale privato e processuale* 44 (2008), 160 ff.; zusammengefasst bei *Basedow*, in: FS U. Magnus (2014), 337, 340.

<sup>175</sup> Corte di cassazione (S.U.) 20.2.2007, n. 3841, *Rivista di diritto interazionale privato e processuale* 44 (2008), 160, 163 f.

<sup>176</sup> Vgl. *Kropholler/von Hein*, *Europäisches Zivilprozessrecht* (9. Aufl. 2011), Art. 23 EuGVO, Rn. 22; *U. Magnus*, in: FS Martiny (2014), 785, 801; *Schack*, *Internationales Zivilverfahrensrecht* (8. Aufl. 2021), Rn. 588; *Schlosser*, in: *Schlosser/Hess, EU-Zivilprozessrecht* (5. Aufl. 2021), Art. 25 EuGVVO, Rn. 32; in diese Richtung auch *Maultzsch*, in: *von Hein/Rühl (Hrsg.), Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union* (2016), 153, 178 f.

<sup>177</sup> So etwa, allerdings noch unter alter Rechtslage, BGH NJW 1961, 1061, 1062; BGH NJW 1971, 325, 326; BGH NJW 1983, 2772 f.; BGH NJW 1984, 2037. Beispiele aus der ausländischen Rechtsprechung bei *Antomo*, IHR 2013, 225, 229 f.; *M. Weller*, *J. Priv. Int'l L.* 13 (2017) 91, 104 ff.

bei genauer Betrachtung freilich nicht um den *Inhalt* der fraglichen Gerichtsstandsvereinbarungen geht, sondern um deren mögliche *Konsequenz*, die Durchsetzung international zwingenden Rechts und der mit diesem verbundenen Ordnungsvorstellungen des derogierten Gerichtsstaates im streitgegenständlichen Einzelfall zu verhindern.<sup>178</sup> Sollte in solchen Konstellationen, namentlich in transnationalen Vertragsstreitigkeiten, das Interesse an einer rechtssicheren Verfahrenszuordnung hinter den Ordnungsinteressen des „abgewählten“ Gerichtsstaates zurücktreten?

Zumindest im Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO, der sich nach hier vertretener Ansicht grundsätzlich auf Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten mitgliedstaatlicher Gerichte beschränkt,<sup>179</sup> kann diese Ansicht nicht überzeugen. Gegen sie spricht nicht nur der Wortlaut des Art. 25 Abs. 1 S. 1 a. E. Brüssel Ia-VO, der die Beurteilung der materiellrechtlichen Unwirksamkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen explizit dem Recht des prorogierten Gerichtsstaates zuweist,<sup>180</sup> sondern auch die Tatsache, dass dieser Vorrang durch Art. 31 Abs. 2, Abs. 3 Brüssel Ia-VO kompetenzrechtlich abgesichert ist, welcher die Befugnis zur Entscheidung über die Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung grundsätzlich dem gewählten Gericht vorbehält.<sup>181</sup> Zumindest wenn dieses tatsächlich angerufen wird, darf ein Gericht, dessen Zuständigkeit abbedungen worden ist, über die (Un-)Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung gar nicht mehr befinden, geschweige denn diese an Maßstäben des eigenen nationalen Rechts messen.<sup>182</sup> Diese EU-interne Kompetenzverteilung würde unterlaufen, wenn dem derogierten Gericht eine Nichtbeachtung der Gerichtsstandsvereinbarung unter Verweis auf eigene Eingriffsnormen oder *ordre public*-Wertungen unbenommen bliebe. Gegen die Möglichkeit einer Überprüfung von Gerichtsstandsvereinbarung an diesen Maßstäben spricht außerdem, dass die Brüssel Ia-VO in Art. 25 Abs. 4 eigene Wirksamkeitsbegrenzungen für Gerichtsstandsvereinbarungen vorsieht, jedoch an keiner Stelle in ihrem die internationale Zuständigkeit betreffenden Kapitel II auf Eingriffsnormen oder den *ordre public*-Vorbehalt verweist – anders als etwa im die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entschei-

<sup>178</sup> Basedow, in: FS U. Magnus (2014), 337, 348.

<sup>179</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) aa) (1) (d) (S. 327 ff.).

<sup>180</sup> Zwar handelt es sich hierbei um eine Gesamtverweisung, doch wird die Anwendung des Kollisionsrechts der *lex fori prorogati* wie erörtert in aller Regel auch zur Anwendbarkeit von deren Sachrecht und andernfalls zur Maßgeblichkeit von deren international zwingendem Recht führen; siehe oben § 6 II. 1. a) aa) (2) (d) (aa) (S. 341 ff.).

<sup>181</sup> Siehe dazu Erwägungsgrund 22 der Brüssel Ia-VO; vgl. auch Basedow, in: FS U. Magnus (2014), 337, 342 f.

<sup>182</sup> Zur Frage der „Vorgriffswirkung“ sowie zur Problematik der Missachtung der Aussetzungspflicht statt aller Stadler; in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO (19. Aufl. 2022), Art. 31 EuGV-VO, Rn. 6 ff.

dungen betreffenden Art. 45 Brüssel Ia-VO, der einen ausdrücklichen *ordre public*-Vorbehalt enthält.<sup>183</sup> Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, die Wirksamkeitsanforderungen des Art. 25 Brüssel Ia-VO, einschließlich der kollisionsrechtlichen Verweisung auf die *lex fori prorogati* für alle Fragen der materiellrechtlichen Unwirksamkeit, als abschließend zu verstehen.<sup>184</sup> Auf eine Generalklausel zur Überprüfung von Gerichtsstandsvereinbarungen, wie sie etwa Art. 6 lit. c HGÜ<sup>185</sup> oder Art. 5 Abs. 2 des schweizerischen IPRG<sup>186</sup> vorsehen, verzichtet die Brüssel Ia-VO offenbar bewusst.<sup>187</sup> Verständlich wird dies nicht zuletzt mit Blick auf den begrenzten räumlichen Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO, in deren Rahmen nach hier vertretener Ansicht nur mitgliedstaatliche Gerichte prorogiert werden können, die allesamt an die gemeinsamen materiellen Mindeststandards des Unionsrechts (z. B. Art. 101, 102 AEUV; §§ 89 ff. SAG und § 89b HGB bzw. deren Äquivalente in anderen mitgliedstaatlichen Umsetzungs Vorschriften) gebunden sind und für die der Grundsatz gegenseitigen Vertrauens gilt.<sup>188</sup> Unter diesen Umständen ist es dem derogierten Gerichtsstaat zumutbar, den prorogierten mitgliedstaatlichen Gerichten den Vortritt zu lassen und eine Residualkontrolle am Maßstab eigener zwingender Ordnungsvorstellungen allenfalls *ex post* im Stadium der Anerkennung und Vollstreckung nach Maßgabe des Art. 45 Abs. 1 lit. a Brüssel Ia-VO vorzunehmen.

Insoweit kann auch in Bezug auf die Gestaltung transnationaler Verträge davon ausgegangen werden, dass die regulative Lückenfüllungsfunktion des staatlichen Rechts gegenüber transnationalen Vertragsrechtsregimen gewährleistet bleibt und mit Gerichtsstandsvereinbarungen, die in den Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO fallen, von vornherein kein gänzlich *opting out of regulation* zulasten Schwächerer, Dritter oder der Allgemeinheit erreicht werden soll und kann. Schließlich ist mit der Ablehnung einer ungeschriebenen Prüfungskompetenz des derogierten Gerichts am Maßstab eigener Eingriffsnormen oder *ordre public*-Wertungen auch nicht gesagt, dass das prorogierte Gericht nicht selbst eine entsprechende Überprüfung vornehmen könnte. Zwar hat es die Wirksam-

---

<sup>183</sup> Im Gesetzgebungsverfahren hatte sich die Europäische Kommission zwar dafür ausgesprochen, auch diesen weitgehend abzuschaffen, konnte sich hiermit aber nicht durchsetzen; siehe Pfeiffer, ZJP 127 (2014), 409, 410 f.

<sup>184</sup> Vgl., allerdings noch zu Art. 17 EuGVÜ, EuGH, Urteil vom 16.3.1999, Rs. C-159/97 – Castelletti, Rn. 49.

<sup>185</sup> Dazu noch unten § 6 II. 1. a) cc) (3) (S. 365 f.).

<sup>186</sup> Hiernach ist eine Gerichtsstandsvereinbarung unwirksam, wenn „einer Partei ein Gerichtsstand des schweizerischen Rechts missbräuchlich entzogen wird“.

<sup>187</sup> Vgl. Pfeiffer, ZJP 127 (2014), 409, 421.

<sup>188</sup> Vgl. M. Weller, J. Priv. Int'l L. 13 (2017) 91, 108 f., der allerdings *de lege ferenda* für die Möglichkeit einer *ordre public*-Kontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen im Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO plädiert.



keitsprüfung vorrangig am Maßstab der eigenen Rechtsordnung vorzunehmen. Soweit diese aber eine Berücksichtigung auch fremden international zwingenden Rechts erlaubt (etwa nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO), können zumindest auf diesem Wege Ordnungsvorstellungen auch des derogierten Gerichtsstaates schon im Stadium des Erkenntnisverfahrens zum Tragen kommen. Je stärker sich diese als „transnationalisierungsfähig“ erweisen, desto höher ist zudem die Wahrscheinlichkeit, dass sie sich funktionsäquivalent in den anwendbaren Vorschriften des prorogierten Gerichtsstaates selbst oder des auch für diesen verbindlichen Unionsrechts widerspiegeln.

*(d) Allgemeine Missbrauchskontrolle?*

Einige Stimmen in der Literatur – darunter auch solche, die eine Überprüfung von Gerichtsstandsvereinbarung am Maßstab von Eingriffsnormen und *ordre public*-Wertungen des derogierten Gerichtsstaates ablehnen – sprechen sich für die Möglichkeit einer allgemeinen ungeschriebenen Missbrauchskontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen im Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO aus.<sup>189</sup> Als denkbare Kriterien werden das Fehlen jeder Verbindung zwischen gewähltem Gericht und streitgegenständlichem Sachverhalt, eine Unverhältnismäßigkeit von Streitwert und durch die Prorogation entstehenden Verfahrenskosten sowie eine ungleiche Verteilung der Verfahrenskosten auf die Parteien vorgeschlagen.<sup>190</sup> Wenngleich die dahinter stehende Erwägung, Gerichtsstandsvereinbarungen zumindest dann nicht anzuerkennen, wenn sie einer Partei *de facto* jede realisierbare Rechtsschutzmöglichkeit nehmen würden, grundsätzlich Beifall verdient, kann dieser Ansatz zumindest für den räumlich begrenzten Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO nicht überzeugen. Um das Fehlen einer gleichberechtigten Einigung zwischen den Parteien und eine Entziehung effektiver Rechtsschutzmöglichkeiten durch Gerichtsstandsvereinbarungen zu vermeiden, sieht die Verordnung durch die Formvorgaben des Art. 25 Abs. 1 S. 3 Brüssel Ia-VO und die allgemeine materiellrechtliche Unwirksamkeitskontrolle am Maßstab der *lex fori prorogati* – einschließlich etwaiger Missbrauchstatbestände – einerseits sowie die besonderen Einschränkungen der Art. 15, 19, 23, 24 i. V. m. Art. 25 Abs. 4 Brüssel Ia-VO andererseits ein umfassendes Schutzkonzept vor. Dass dieses als abschließend zu verstehen ist,<sup>191</sup> wird nicht zuletzt dadurch nahe-

---

<sup>189</sup> Etwa *Basedow*, in: FS U. Magnus (2014), 337, 344 f.; *U. Magnus*, in: FS Martiny (2014), 785, 801; *H. Wais*, *RabelsZ* 81 (2017), 816, 833 ff.; *Schack*, *Internationales Zivilverfahrensrecht* (8. Aufl. 2021), Rn. 588; *Hausmann*, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht* (9. Aufl. 2022), Rn. 7.58.

<sup>190</sup> Vgl. *Basedow*, in: FS U. Magnus (2014), 337, 344 f.

<sup>191</sup> *Abendroth*, WM 2017, 1786, 1789 f.; vgl. auch EuGH, Urteil vom 3.7.1997, Rs. C-269/



gelegt, dass trotz der schon seit Langem schwelenden Diskussion im Schrifttum ein entsprechender Missbrauchstatbestand in die Brüssel Ia-VO genauso wenig aufgenommen worden ist wie in deren Vorgängerregelungen, obwohl in rechtsvergleichender Hinsicht hierfür Vorbilder bestanden hätten.<sup>192</sup> Hinzu kommt, dass die Überprüfung der möglichen materiellrechtlichen Unwirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung am Maßstab der *lex fori prorogati* nach Art. 25 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Art. 31 Abs. 2, Abs. 3 Brüssel Ia-VO vorrangig dem prorogierten Gericht zugewiesen ist. Die Einräumung einer darüber hinausgehenden ungeschriebenen Missbrauchskontrolle würde dem derogierten Gericht eine Zugriffsmöglichkeit auf den Streitgegenstand eröffnen, welche die durch die Brüssel Ia-VO angestrebte und durch die Vereinbarung ausschließlicher Gerichtsstandsvereinbarungen zuvörderst bezweckte rechtssichere Zuständigkeitszuordnung unterlaufen könnte. Überdies erscheint auch die von den Befürwortern einer Missbrauchskontrolle geäußerte Befürchtung eines Verlusts effektiver Rechtsschutzmöglichkeiten einer Partei im begrenzten Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO weitgehend unbegründet, da Gerichtsstandsvereinbarungen nach der Brüssel Ia-VO grundsätzlich nur zur Zuständigkeit mitgliedstaatlicher Gerichte führen können, für welche unionsintern das Prinzip gegenseitigen Vertrauens in die Gleichwertigkeit des Rechtsschutzes gilt.<sup>193</sup>

#### bb) LugÜ

In bestimmten Konstellationen kann die Wirksamkeit einer in einem transnationalen Vertrag vorgesehenen Gerichtsstandsvereinbarung anhand des LugÜ zu überprüfen sein, dem heute neben der EU und ihren Mitgliedstaaten<sup>194</sup> noch Island, Norwegen und die Schweiz angehören. Nach Art. 73 Abs. 1 Brüssel Ia-VO i. V. m. Art. 64 Abs. 2 lit. a LugÜ ist das LugÜ aus der Sicht eines deutschen

---

95 – Benincasa, Rn. 28; EuGH, Urteil vom 16.3.1999, Rs. C-159/97 – Castelletti, Rn. 46 ff., 49; OLG Hamburg NJW 2004, 3126, 3128; LG Mainz WM 2005, 2319, 2323.

<sup>192</sup> Vgl. *Gottschalk/Breßler*, ZEuP 2007, 56, 72.

<sup>193</sup> Vgl. *Gottschalk/Breßler*, ZEuP 2007, 56, 74. Sollte diese für einzelne Mitgliedstaaten strukturell nicht mehr zutreffen, ist hiergegen auf primärrechtlichem Wege, beispielsweise mit einem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258, 259 AEUV oder der Suspendierung von Mitgliedschaftsrechten nach Art. 7 EUV vorzugehen, nicht durch eine einzelgerichtliche Kontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen. Will man die Brüssel Ia-VO entgegen der hier befürworteten Ansicht generell auch auf die Derogationswirkung von Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten drittstaatlicher Gerichte anwenden, so würde das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens in die Gleichwertigkeit des Rechtsschutzes allerdings insoweit möglicherweise nicht mehr tragen und wäre in diesen Konstellationen eine ungeschriebene Missbrauchskontrolle in Drittstaatskonstellationen zu erwägen.

<sup>194</sup> Diese sind allerdings mit Ausnahme von Dänemark nicht selbst Vertragsparteien, sondern über ihre EU-Mitgliedschaft an das Übereinkommen gebunden.

Gerichts dann heranzuziehen, wenn der (Wohn-)Sitz des Beklagten in Island, Norwegen oder der Schweiz liegt<sup>195</sup> oder in der zu beurteilenden Gerichtsstandsvereinbarung die Zuständigkeit deutscher Gerichte zugunsten der Gerichte oder eines Gerichts von Island, Norwegen oder der Schweiz abbedungen wird sowie nach Art. 23 Abs. 1 S. 1 LugÜ – abweichend von Art. 25 Brüssel Ia-VO<sup>196</sup> – mindestens eine Partei ihren (Wohn-)Sitz in einem der Vertragsstaaten hat. Damit ist die praktische Relevanz des LugÜ im Vergleich zur Brüssel Ia-VO eher gering, kann im Finanzbereich aber zumindest in transnationalen Verträgen mit Bezug zum international bedeutsamen Finanzplatz Schweiz gegeben sein. Erheblich an Bedeutung gewinnen würde das LugÜ freilich durch einen Beitritt des Vereinigten Königreichs.<sup>197</sup>

Da der sachliche Anwendungsbereich des LugÜ nach Art. 1 demjenigen der Brüssel Ia-VO praktisch identisch ist<sup>198</sup> und nach Protokoll Nr. 2 des Anhangs des LugÜ die Bestimmungen des LugÜ genauso ausgelegt werden sollen wie diejenigen der Brüssel I-VO a. F. (eine ausdrückliche Anpassung an die Brüssel Ia-VO ist noch nicht erfolgt), können die zur Brüssel Ia-VO entwickelten Anwendungsmaßgaben für Gerichtsstandsvereinbarungen im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen<sup>199</sup> nahezu vollumfänglich auf das LugÜ übertragen werden. Dies gilt zunächst für die Anforderungen an das Zustandekommen von Gerichtsstandsvereinbarungen nach Art. 23 LugÜ: Das Bestimmtheitserfordernis des Art. 23 Abs. 1 S. 1 LugÜ entspricht ebenso wortgleich den Vorgaben der Brüssel Ia-VO wie die Formerfordernisse des Art. 23 Abs. 1 S. 3 LugÜ. Bezüglich der materiellrechtlichen Wirksamkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen fehlt es in Art. 23 Abs. 1 S. 1 LugÜ zwar mangels bisheriger Anpassung an die Brüssel Ia-VO an einer Art. 25 Abs. 1 S. 1 a. E. Brüssel Ia-VO entsprechenden Klarstellung zum anwendbaren Recht, liegt es aber dennoch nahe, die insoweit für die Brüssel Ia-VO entwickelten Maßgaben auf das LugÜ zu erstrecken und namentlich die Frage der etwaigen Unwirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung nach der *lex fori prorogati* zu beurteilen. Auch im Hinblick auf spezifische Begrenzungen von Gerichtsstandsvereinbarungen finden die Vorschriften des

<sup>195</sup> Vgl. *Mankowski*, in: Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band 1 (5. Aufl. 2021), Art. 73 Brüssel Ia-VO, Rn. 4 f.; *Gottwald*, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), Art. 73 Brüssel Ia-VO, Rn. 2; einschränkend *Ries*, RIW 2019, 31, 32; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht (8. Aufl. 2020), Rn. 1886b f. (Vorrang der Brüssel Ia-VO bei Einschlägigkeit der in Art. 6 Abs. 1 Brüssel Ia-VO aufgeführten Zuständigkeiten einschließlich solcher nach 25 Brüssel Ia-VO).

<sup>196</sup> Anders noch Art. 23 Brüssel I-VO.

<sup>197</sup> Zur geringen Wahrscheinlichkeit eines solchen Beitritts *Steinbrück/Lieberknecht*, EuZW 2021, 517, 520.

<sup>198</sup> *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht, (5. Aufl. 2020), § 6, Rn. 11.

<sup>199</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) aa) (S. 321 ff.).

Schwächerenschutzes der Art. 25 Abs. 4 Var. 1 i. V. m. Art. 15, 19, 23 Brüssel Ia-VO in Art. 23 Abs. 5 Var. 1 i. V. m. Art. 13, 17, 21 LugÜ, diejenigen zu ausschließlichen Gerichtsständen nach Art. 25 Abs. 4 Var. 2 i. V. m. Art. 24 Brüssel Ia-VO in Art. 24 Abs. 5 Var. 2 i. V. m. Art. 22 LugÜ Äquivalente, sodass sich eine Heranziehung der hierzu entwickelten Anwendungsleitlinien anbietet. Vor diesem Hintergrund ist schließlich auch im Anwendungsbereich des LugÜ eine *ex ante* Überprüfung von Gerichtsstandsvereinbarung am Maßstab von Eingriffsnormen und *ordre public* des derogierten Gerichtsstaates durch dessen Gerichte ebenso ausgeschlossen wie eine allgemeine Missbrauchskontrolle.<sup>200</sup>

### cc) HGÜ

Die praktische Bedeutung des am 30.6.2005 verabschiedeten und am 1.10.2015 in Kraft getretenen HGÜ war bislang aufgrund der begrenzten Mitgliederzahl und des weitgehenden Nachrangs gegenüber der Brüssel Ia-VO begrenzt,<sup>201</sup> hat mit dem EU-Austritt des Vereinigten Königreichs jedoch erheblich zugenommen. Da das zum 1.1.2021 in Kraft getretene Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich den Bereich des Internationalen Zivilverfahrensrechts ausspart und einen in dieser Hinsicht „harten Brexit“ nicht verhindert hat, greifen im Verhältnis zwischen dem Vereinigten Königreich und EU-Mitgliedstaaten in Bezug auf Gerichtsstandsvereinbarungen nunmehr vorrangig die Regelungen des HGÜ, welchem die EU von Beginn an angehörte und dem das Vereinigte Königreich in Antizipation des EU-Austritts in seiner neuen Rolle als Drittstaat (wieder) beigetreten ist.<sup>202</sup> Noch größer würde die Relevanz des HGÜ, gerade für transnationale Verträge im Finanzbereich, im Falle eines künftigen Beitritts der USA, welche das Abkommen bislang allerdings nur unterzeichnet, nicht aber ratifiziert haben.<sup>203</sup>

### (I) Anwendungsbereich

Sachlich hat das HGÜ einen engeren Anwendungsbereich als die Brüssel Ia-VO und das LugÜ. Es greift zunächst ebenfalls für Zivil- und Handelssachen, ver-

---

<sup>200</sup> Insoweit sperrt das LugÜ in seinem Anwendungsbereich auch für schweizerische Gerichte einen Rückgriff auf den Missbrauchskontrollvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 IPRG.

<sup>201</sup> Vgl. *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 548.

<sup>202</sup> *Steinbrück/Lieberknecht*, EuZW 2021, 517, 519. Für Verfahren, die noch vor Ende der an den EU-Austritt des Vereinigten Königreichs anschließenden Übergangsfrist zum 31.12.2020 eingeleitet worden sind, bleibt es gemäß Art. 67 Abs. 2, Abs. 3 Austrittsabkommen bei der Anwendbarkeit der Brüssel Ia-VO; siehe *R. Wagner*, IPRax 2021, 2, 5 ff.

<sup>203</sup> Den Beitritt für unwahrscheinlich hält *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 548.

langt aber ausdrücklich ein internationales Element und lässt hierfür die Prorogation eines ausländischen Gerichts allein nicht genügen (Art. 1 Abs. 2 a.E. HGÜ).<sup>204</sup> Deren Kombination mit der Verwendung eines transnationalen Musterdokuments und der damit verfolgten Einbettung des in Rede stehenden Einzelvertrages in ein transnationales Vertragsrechtsregime kann und sollte bei responsiver Auslegung der HGÜ jedoch aus den gleichen Gründen wie im Rahmen von Rom I-VO, Brüssel Ia-VO und LugÜ zur Internationalisierung des Sachverhalts ausreichen.<sup>205</sup>

Zudem gilt das Abkommen nur für ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarungen im unternehmerischen Verkehr, wie sich im Umkehrschluss aus Art. 2 Abs. 1 lit. a HGÜ ergibt. Bei Gerichtsstandsvereinbarungen in transnationalen Verträgen im Finanzbereich sind diese beiden Voraussetzungen typischer-, nicht aber notwendigerweise erfüllt; in den nicht vom HGÜ erfassten Fällen ist auf das nationale Verfahrensrecht zurückzugreifen.

Auch die Bereichsausnahmen des Art. 2 HGÜ sind zahlreicher als jene der Brüssel Ia-VO und des LugÜ. Sie umfassen neben der Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 2 Abs. 4 HGÜ) und insolvenzrechtlichen Streitigkeiten (Art. 2 Abs. 2 lit. e HGÜ) unter anderem auch kartell- und wettbewerbsrechtliche (Art. 2 Abs. 2 lit. h HGÜ) sowie gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten (Art. 2 Abs. 2 lit. m HGÜ) – allerdings gemäß Art. 2 Abs. 3 HGÜ nur, soweit diese den Hauptgegenstand des Verfahrens und nicht nur eine Vorfrage bilden. Daher bietet sich entsprechend den für die Brüssel Ia-VO entwickelten und auf das LugÜ übertragenen Maßgaben<sup>206</sup> auch für das HGÜ im Zusammenhang mit Gerichtsstandsvereinbarungen in transnationalen Vertragsstreitigkeiten eine restriktive Auslegung der Bereichsausnahmen an, etwa im Hinblick auf den Begriff der „insolvenzrechtlichen Streitigkeiten“ in Bezug auf nettingbasierte Saldoansprüche aus Derivatverträgen sowie auf den Begriff der „gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten“ im Zusammenhang mit dem Innenverhältnis von Kreditkonsortien.

Räumlich-personell griff das HGÜ aus deutscher Sicht bislang nur für ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten der Gerichte oder eines Gerichts von Mexiko, Montenegro oder Singapur sowie für Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten der Gerichte oder eines Gerichts eines EU-Mitgliedstaates, an welchen jeweils mindestens eine Vertragspartei beteiligt ist, deren „Aufenthalt“ i. S. d. Art. 4 Abs. 2 HGÜ<sup>207</sup> in einem Vertragsstaat des HGÜ liegt, der

<sup>204</sup> Ausführlich *R. Wagner*, *RebelsZ* 73 (2009), 100, 111 f.; *Peiffer*, *Schutz gegen Klagen im forum derogatum* (2013), 95 ff.; *M. Weller*, *J. Priv. Int'l L.* 13 (2017) 91, 93 ff.

<sup>205</sup> Vgl. dazu oben § 4 III. 1. b) (S. 208 f.); § 6 II. 1. a) aa) (1) (b) (S. 323 ff.) und § 6 II. 1. a) bb) (S. 360).

<sup>206</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) aa) (1) (c) (S. 325 ff.) und § 6 II. 1. a) bb) (S. 360).

<sup>207</sup> Der Begriff des „Aufenthalts“ ist allerdings weit und umfasst neben dem Sitzungssitz

nicht zugleich der EU angehört (vgl. Art. 26 Abs. 6 HGÜ).<sup>208</sup> Im Übrigen ging aus der Sicht eines deutschen Gerichts die Brüssel Ia-VO vor. Mit Inkrafttreten des EU-Austritts des Vereinigten Königreichs und dem Ende der anschließenden einjährigen Übergangsfrist zum 1.1.2021 gehört mittlerweile allerdings auch das Vereinigte Königreich zum Kreis der nicht der EU angehörenden Vertragsstaaten des HGÜ. Somit unterfallen aus Perspektive eines deutschen Gerichts nunmehr auch nicht mehr unter die Brüssel Ia-VO und die Brexit-Übergangsregelungen fallende Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten englischer Gerichte sowie Prorogationen zugunsten deutscher Gerichte unter Beteiligung mindestens einer im Vereinigten Königreich ansässigen Vertragspartei dem Anwendungsbereich des HGÜ.<sup>209</sup> Derartige Konstellationen kommen in transnationalen Verträgen im Finanzbereich häufig vor. Gerade in Konsortialkredit- und Derivatverträgen nach Vorgaben der LMA bzw. ISDA gehören etwa die Gerichte Londons zu den beliebtesten Gerichtsständen und sind auch im Falle von Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten Deutschlands nicht selten Vertragsparteien – insbesondere Finanzinstitute – mit Sitz im Vereinigten Königreich beteiligt.

## (2) Anforderungen an das Zustandekommen

Ist der Anwendungsbereich des HGÜ eröffnet, so ergeben sich zunächst die Bestimmtheitsanforderungen an die im Einzelfall zu beurteilende Gerichtsstandsvereinbarung aus Art. 3 lit. a HGÜ. Diese können im Hinblick auf transnationale Verträge ebenso großzügig ausgelegt werden wie ihre Parallelvorschriften in Art. 25 Abs. 1 S. 1 Brüssel Ia-VO und Art. 23 Abs. 1 S. 1 LugÜ,<sup>210</sup> sodass auch

---

auch den Gründungsort, den Ort der Hauptverwaltung und den der Hauptniederlassung. Für die Anwendbarkeit des HGÜ genügt es, wenn nur einer dieser Orte außerhalb der EU liegt; vgl. *Hartley/Dogauchi*, Convention of June 2005 on Choice of Court Agreements, Explanatory Report (2005), 35, Rn. 26, Fn. 51.

<sup>208</sup> Vgl. *P. Huber*, IPRax 2016, 197, 199; *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, Band 12 (23. Aufl. 2022), Art. 25 EuGVVO, Rn. 10.

<sup>209</sup> Die in Teilen des Schrifttums vertretene Gegenansicht, wonach das EuGVÜ im Verhältnis zwischen den diesem angehörenden EU-Mitgliedstaaten und dem Vereinigten Königreich wieder auflebt, ist abzulehnen, weil das EuGVÜ ausdrücklich auf Staaten der EWG zugeschnitten war und als Teil des *acquis communautaire* zu „den Verträgen“ i. S. d. Art. 50 Abs. 3 EUV gehört, welche nach einem Austritt aus der EU keine Anwendung mehr finden. Spätestens darin, wenn nicht schon im Inkrafttreten der Brüssel I-VO, ist bezüglich des EuGVÜ eine konkludente einvernehmliche Vertragsbeendigung nach Art. 54 lit. b WVK zu sehen, wovon offensichtlich auch die Regierung des Vereinigten Königreichs ausgeht, welche das EuGVÜ nicht mehr zum anwendbaren Recht zählt und insoweit auch keine Kündigung wegen Änderung wesentlicher Umstände nach Art. 62 Abs. 1 WVK für erforderlich hält. Zum Ganzen *Steinbrück/Lieberknecht*, EuZW 2021, 517, 518 m. w. N.

<sup>210</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) aa) (2) (b) (S. 334) und § 6 II. 1. a) bb) (S. 360).



hier die Bezugnahme auf alle potenziellen oder auch nur bestimmte Arten von Streitigkeiten aus einem bestehenden oder zeitgleich geschlossenen Vertrag ebenso ausreicht wie die Benennung der Gerichte eines bestimmten Staates oder Ortes, welche die interne Zuständigkeitsbestimmung dem nationalen Verfahrensrecht überlässt.

Die Formanforderungen des Art. 3 lit. c HGÜ – schriftlich oder durch ein Kommunikationsmittel, das einen späteren Zugriff auf die Information ermöglicht<sup>211</sup> – entsprechen weitgehend denjenigen der Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. a, Abs. 2 Brüssel Ia-VO und Art. 23 Abs. 1 S. 3 lit. a, Abs. 2 LugÜ. Allerdings sieht das HGÜ keine den Flexibilisierungen der Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. b, c Brüssel Ia-VO und Art. 23 Abs. 1 S. 3 lit. b, c LugÜ entsprechenden Verweise auf zwischenparteiliche Gepflogenheiten oder internationale Handelsbräuche vor, welche im Hinblick auf transnationale Verträge eine Berücksichtigung relationaler oder bereichsspezifischer Verhaltenserwartungen zuließen.<sup>212</sup> Indes sind die Formvorgaben des HGÜ im Gegensatz zu denjenigen von Brüssel Ia-VO und LugÜ nicht als zwingend zu verstehen, hindern insbesondere ein prorogiertes Gericht nicht daran, seine Zuständigkeit auch dann anzunehmen, wenn nicht die Formvorgaben des Art. 3 lit. c HGÜ, sondern nur diejenigen der nationalen *lex fori prorogati* eingehalten wurden.<sup>213</sup> In diesem Fall unterstünde die Gerichtsstandsvereinbarung jedoch auch im Übrigen nicht mehr dem HGÜ, sodass sich aus diesem auch keine Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung und Vollstreckung ergeben würde.<sup>214</sup>

Für die materiellrechtliche Wirksamkeit schließlich stellt das HGÜ im Gegensatz zu Brüssel Ia-VO und LugÜ nach herrschender Ansicht keine eigenen Maßstäbe auf, sondern verweist insoweit über die Kollisionsregeln der Art. 5 Abs. 1 und Art. 6 lit. a HGÜ vollumfänglich auf das Recht des vereinbarten Gerichtsstands.<sup>215</sup> Freilich gilt dabei auch für das HGÜ, dass die Gerichtsstandsvereinbarung unabhängig von der Wirksamkeit des Hauptvertrages zu beurteilen ist (Art. 3 lit. d HGÜ). Zur Entscheidung über die Wirksamkeit der Gerichtsstands-

<sup>211</sup> Etwa Fax und E-Mail; vgl. *Hartley/Dogauchi*, Convention of June 2005 on Choice of Court Agreements, Explanatory Report (2005), 53, Rn. 112; *Rühl*, IPRax 2005, 410, 411; *R. Wagner*, *RabelsZ* 73 (2009), 100, 118.

<sup>212</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) aa) (2) (c) (S. 336 ff.) und § 6 II. 1. a) bb) (S. 360).

<sup>213</sup> *R. Wagner*, *RabelsZ* 73 (2009), 100, 118.

<sup>214</sup> Vgl. *R. Wagner*, *RabelsZ* 73 (2009), 100, 118.

<sup>215</sup> *Hartley/Dogauchi*, Convention of June 2005 on Choice of Court Agreements, Explanatory Report (2005), 49, Rn. 94; *Rühl*, IPRax 2005, 410, 411; *Peiffer*, Schutz gegen Klagen im forum derogatum (2013), 160; *Danelzik*, Die Gerichtsstandsvereinbarung zwischen ZPO, EuGVVO und HGÜ (2019), 148 ff.; vgl. auch *M. Weller*, *J. Priv. Int'l L.* 13 (2017) 91, 99 f., der *de lege ferenda* jedoch eine Heranziehung der UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts bevorzugen würde.



vereinbarung ist nach Art. 5 Abs. 1 HGÜ grundsätzlich das vereinbarte bzw. das nach den nationalen Zuständigkeitsvorschriften der *lex fori prorogati* zuständige Gericht berufen. Derogierte Gerichte sind – vorbehaltlich der Ausnahmen des Art. 6 lit. a bis e HGÜ – bis zur Entscheidung des prorogierten Gerichts im Grundsatz zur Verfahrensaussetzung und bei positiver Entscheidung zur Klageabweisung verpflichtet. Sollte ein deutsches Gericht als prorogiertes Gericht angerufen werden und nach deutschem Recht über die Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung zu urteilen haben, können bei dieser Prüfung wie auch im Rahmen der Brüssel Ia-VO und des LugÜ die für den responsiven Umgang mit transnationalen Verträgen im Kollisions- und Vertragsrecht entwickelten Anwendungsleitlinien fruchtbar gemacht werden, etwa im Rahmen einer möglichen AGB-Inhaltskontrolle.<sup>216</sup>

### (3) Begrenzungen der Zuordnungsfreiheit

Im Gegensatz zu Brüssel Ia-VO und LugÜ enthält das HGÜ keine bereichsspezifischen Begrenzungsvorschriften für Gerichtsstandsvereinbarungen, was vor allem darauf zurückzuführen ist, dass schon der eng gefasste Anwendungsbereich des Übereinkommens unter anderem Verbrauchersachen ebenso wenig erfasst wie Rechtsgebiete, in welchen typischerweise ausschließliche Gerichtsstände vorgesehen sind.

Stattdessen sieht das HGÜ in Art. 6 lit. a bis e eine Reihe allgemeiner Ausnahmetatbestände vor, bei deren Erfüllung einer Gerichtsstandsvereinbarung die Wirkung zu versagen ist. Ob ein solcher Tatbestand vorliegt, darf jedes angerufene Gericht eines HGÜ-Vertragsstaates überprüfen, bemerkenswerterweise ohne zuvor die Entscheidung des prorogierten Gerichts abwarten zu müssen.<sup>217</sup> So hätte beispielsweise ein in einer transnationalen Vertragsstreitigkeit angerufenes deutsches Gericht die Möglichkeit, eine in den Anwendungsbereich des HGÜ fallende ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten englischer Gerichte unter anderem daraufhin zu überprüfen, ob die Vereinbarung nach englischem Recht ungültig ist (Art. 6 lit. a HGÜ), einer Vertragspartei nach deutschem Recht die Prorogationsbefugnis fehlen würde (Art. 6 lit. b HGÜ) und ob die Anwendung der Gerichtsstandsvereinbarung zu einer „offensichtlichen Ungerechtigkeit“ führen oder der öffentlichen Ordnung Deutschlands widersprechen würde (Art. 6 lit. c HGÜ). Gerade an diesen vergleichsweise weitgehenden Vorbehalten wird deutlich, dass sich der der Brüssel Ia-VO und dem LugÜ unterliegende Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens nicht unbesehen auf das HGÜ übertragen lässt.

<sup>216</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) aa) (2) (d) (bb) (S. 343 ff.) und § 6 II. 1. a) bb) (S. 360).

<sup>217</sup> Für eine gleichberechtigte und parallele Prüfungskompetenz *M. Weller*, *J. Priv. Int'l L.* 13 (2017) 91, 113.

Im Interesse des rechtsquellenübergreifend kohärenten Umgangs mit transnationalen Verträgen empfiehlt es sich aber dennoch, auch im Rahmen der Ausnahмовorschriften des HGÜ die schon für das Kollisions- und Vertragsrecht entwickelten Leitlinien einer responsiven Rechtsanwendung bei der Überprüfung von Gerichtsstandsvereinbarungen sinngemäß heranzuziehen. Dies lässt sich insbesondere am generalklauselartigen Ausnahmetatbestand des Art. 6 lit. c HGÜ exemplifizieren, der auf „offensichtliche Ungerechtigkeiten“ und Widersprüche zur „öffentlichen Ordnung“ des angerufenen Gerichtsstaates abstellt. Dieser Tatbestand kann und sollte mit Blick auf transnationale Vertragskonstellationen entsprechend dem kollisionsrechtlichen *ordre public*-Vorbehalt dahingehend ausgelegt werden, dass eine Korrektur bzw. ein Durchgreifen der eigenen Zuständigkeit des angerufenen Gerichtsstaates umso eher in Betracht kommt, je stärker die durch die Gerichtsstandsvereinbarung in Frage gestellte Ordnungsvorstellung oder Grundwertung des Gerichtsstaates dem Kernbestand des transnationalen *ordre public* entspricht oder zumindest transnationalisierungsfähig wäre.<sup>218</sup> Ist dies der Fall, kann ein angerufenes Gericht, das den Sachverhalt an sich zieht und diesen nach den wiederum responsiv zu handhabenden kollisions- und vertragsrechtlichen Vorgaben der *lex fori* entscheidet, Ordnungsdefizite der transnationalen Regelungsebene kompensieren und so mittelbar zur Fremdkonstitutionalisierung transnationaler Vertragsrechtsregime beitragen. Ist die durch die Gerichtsstandsvereinbarung in Frage gestellte nationalstaatliche Norm oder Wertung hingegen idiosynkratisch, sollte Art. 6 lit. c HGÜ restriktiv gehandhabt und als *ultima ratio* nur dann herangezogen werden, wenn eine besondere räumliche Nähebeziehung des Sachverhalts zur deutschen Rechtsordnung besteht und bei einer Interessenabwägung zwischen der Schwere des Verstoßes und der Durchbrechung des transnationalen Ordnungszusammenhangs das Ordnungsinteresse der eigenen Rechtsordnung eindeutig überwiegt. Eine bloße Erwartung, dass das prorogierte Gericht zwingende Normen oder Wertungen des derogierten Gerichtsstaates nicht zur Anwendung bringen würde, genügt für die Überschreitung dieser Schwelle im Regelfall nicht<sup>219</sup> – hinzukommen muss gemäß den für das Kollisionsrecht entwickelten Maßstäben entweder eine transnationale Qualität der fraglichen Norm bzw. Grundwertung oder ein enger räumlicher Bezug des Sachverhalts zur *lex fori*.<sup>220</sup>

#### dd) ZPO

Soweit weder europa- noch völkerrechtliche Vorschriften einschlägig sind, bemessen sich die Anforderungen an und Grenzen von Gerichtsstandsvereinbarun-

<sup>218</sup> Dazu ausführlich oben § 4 III. 3. b) dd) (S. 253 ff.).

<sup>219</sup> M. Weller, J. Priv. Int'l L. 13 (2017) 91, 103.

<sup>220</sup> Dazu oben § 4 III. 3. b) cc) (S. 244 ff.).

gen im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen aus der Sicht eines deutschen Gerichts nach §§ 38, 40 ZPO, die wie alle Vorschriften der §§ 12 ff. ZPO doppelfunktional sind und deshalb neben der örtlichen auch die internationale Zuständigkeit erfassen.<sup>221</sup>

### (1) Anwendungsbereich

Mit der Ausweitung des räumlich-personellen Anwendungsbereichs der Brüssel Ia-VO gegenüber der Brüssel I-VO a. F. und dem Inkrafttreten des nun auch im Verhältnis zum Vereinigten Königreich relevanten HGÜ hat sich der verbliebene Anwendungsbereich der §§ 38, 40 ZPO für internationale Gerichtsstandsvereinbarungen stark reduziert. Insbesondere unterliegen Vereinbarungen, die eine internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte vorsehen, nunmehr grundsätzlich Art. 25 Brüssel Ia-VO, auch dann, wenn keine der Parteien ihren (Wohn-)Sitz in einem EU-Mitgliedstaat hat. Die Vorschriften der ZPO sind daher im Wesentlichen nur noch für solche Gerichtsstandsvereinbarungen heranzuziehen, die eine Derogation deutscher Gerichte mit einer Prorogation der Gerichte eines Staates verbinden, der weder EU-Mitglied noch Vertragsstaat des LugÜ oder des HGÜ ist. Das praktisch für transnationale Verträge im Finanzbereich wichtigste Beispiel sind Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten US-amerikanischer Gerichte. So sehen etwa die Musterdokumente der ISDA Gerichtsstandsklauseln zugunsten New Yorker Gerichte als eine Möglichkeit vor, die auch in Deutschland ansässige Vertragsparteien in ihren Einzelvertrag übernehmen können. Selbstverständlich kann die ZPO insoweit keine für das prorogierte US-Gericht verbindliche Zuständigkeit begründen, sondern beschränkt sich ihr Regelungsanspruch darauf, einem – entgegen der Vereinbarung – angerufenen deutschen Gericht Beurteilungsmaßstäbe dafür vorzugeben, ob es die eigene Derogation anzuerkennen und sich deshalb für unzuständig zu erklären hat.<sup>222</sup> Daneben bleiben die §§ 38, 40 ZPO einschlägig für internationale Gerichtsstandsvereinbarungen, die aus dem sachlichen Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO und sonstiger europa- und völkerrechtlicher Vorschriften ausgenommen sind.<sup>223</sup>

### (2) Anforderungen an das Zustandekommen

#### (a) Gegenstand

Auch Gerichtsstandsvereinbarungen nach §§ 38, 40 ZPO können sich der Natur der Sache nach ausschließlich auf staatliche Gerichte beziehen, verlangen aber

<sup>221</sup> Statt aller *Patzina*, in: MüKo ZPO, Band 1 (6. Aufl. 2020), § 12 ZPO, Rn. 90 m. w. N.

<sup>222</sup> Vgl. *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 549.

<sup>223</sup> *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 576.

keine räumliche Nähebeziehung zwischen streitigem Vertragsverhältnis und gewähltem Gericht, erlauben insoweit also die für die Funktionalität transnationaler Vertragsrechtsregime bedeutsame Wahl von Gerichtsständen nach rein sachlichen Gesichtspunkten.

*(b) Bestimmtheit*

§ 40 Abs. 1 ZPO verlangt, dass sich die Gerichtsstandsvereinbarung auf ein „bestimmtes Rechtsverhältnis“ und die aus ihm entspringenden Streitigkeiten bezieht. Dafür genügt – wie im Anwendungsbereich des Art. 25 Abs. 1 S. 1 Brüssel Ia-VO – die bei Gerichtsstandsvereinbarungen im Rahmen transnationaler Verträge übliche Bezugnahme auf alle potenziellen Streitigkeiten aus einem bestimmten Vertrag.<sup>224</sup> Eine insoweit typische und hinreichende Formulierung findet sich etwa in den LMA-Musterverträgen: „The courts of [...] have exclusive jurisdiction to settle any dispute arising out of or in connection with this Agreement.“<sup>225</sup> Obschon eine ausdrückliche Vermutungsregel entsprechend Art. 25 Abs. 1 S. 2 Brüssel Ia-VO fehlt, ist bei auf transnationale Verträge bezogenen Gerichtsstandsvereinbarungen auch im Anwendungsbereich des § 40 S. 1 ZPO im Zweifel von einer Ausschließlichkeit auszugehen, weil eine transnational vereinheitlichte Verfahrenszuordnung sonst nicht gewährleistet wäre.

*(c) Form*

Für Gerichtsstandsvereinbarungen unter den von § 38 Abs. 1 ZPO erfassten geschäftserfahrenen Personengruppen sieht die ZPO keine Formerfordernisse vor, sodass auch mündliche oder gar stillschweigende Vereinbarungen möglich sind.<sup>226</sup> Von solchen wird wie im Rahmen von Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. b und c Brüssel Ia-VO insbesondere in solchen transnationalen Vertragskonstellationen auszugehen sein, in welchen relationale oder geschäftsbereichsspezifische Verhaltenserwartungen hinsichtlich der Vereinbarung bestimmter Gerichtsstände bestehen. Die vereinzelt vertretene Gegenansicht, wonach auch Kaufleute die Schriftformvorgabe des § 38 Abs. 2 S. 2 ZPO einzuhalten hätten,<sup>227</sup> ist schon angesichts der eindeutigen Systematik des § 38 ZPO abzulehnen.<sup>228</sup> Erst recht nicht überzeugen kann sie im Hinblick auf transnationale Vertragsstreitigkeiten, wenn

---

<sup>224</sup> Vgl. *Bork*, in: Stein/Jonas, ZPO, Band 1 (23. Aufl. 2014), § 40, Rn. 1; *Patzina*, in: MüKo ZPO, Band 1 (6. Aufl. 2020), § 40, Rn. 5; *Schultzky*, in: Zöller, ZPO (34. Aufl. 2022), § 40, Rn. 3.

<sup>225</sup> Sec. 39.1. (a) des LMA Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement (German Law Version).

<sup>226</sup> *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 551.

<sup>227</sup> So etwa OLG Nürnberg NJW 1985, 1296.

<sup>228</sup> *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht (18. Aufl. 2018), § 37, Rn. 6; *Schack*,

im zugehörigen Vertragsrechtsregime der Abschluss formfreier Gerichtsstandsvereinbarungen verbreitet ist und, etwa im Rahmen von Weiterveräußerungen am Sekundärmarkt, zur Reduzierung von Transaktionskosten beiträgt.

Die begrenzten Möglichkeiten für Gerichtsstandsvereinbarungen unter Beteiligung von potenziell schutzwürdigeren Nichtkaufleuten nach § 38 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO sind hingegen an formelle Voraussetzungen gebunden und in den Fällen des § 38 Abs. 2 ZPO (fehlender allgemeiner Gerichtsstand mindestens einer Vertragspartei in Deutschland) nur schriftlich oder mündlich mit anschließender schriftlicher Bestätigung, in den Konstellationen des § 38 Abs. 3 ZPO (nachträgliche Gerichtsstandsvereinbarungen) ausschließlich schriftlich möglich.

#### (d) *Materiellrechtliche Wirksamkeit*

Von den Formvorgaben der § 38 Abs. 2, Abs. 3 ZPO abgesehen enthalten die §§ 38, 40 ZPO keine Regelungen zum Vertragsschluss. Insbesondere wird den Vorschriften – im Gegensatz zu Art. 25 Abs. 1 Brüssel Ia-VO – kein eigenständiger materiellrechtlicher Gehalt beigemessen,<sup>229</sup> sodass insoweit vollumfänglich auf nationales Sachrecht zurückgegriffen werden muss.<sup>230</sup> Bei Gerichtsstandsvereinbarungen über die internationale Zuständigkeit ist allerdings im Rahmen der ZPO unklar, auf das Sachrecht welches Staates hierbei abzustellen ist. Die §§ 38, 40 ZPO geben auf diese kollisionsrechtliche Fragestellung keine Antwort – im Gegensatz etwa zu Art. 25 Abs. 1 S. 1 a. E. Brüssel Ia-VO, der zumindest in Bezug auf eine mögliche materielle Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit auf das Recht des vereinbarten Gerichtsstands verweist. Neben einer solchen Anknüpfung an die *lex fori prorogati* wäre im Anwendungsbereich der ZPO im Ausgangspunkt auch eine Anknüpfung an die *lex fori* oder an die *lex causae* denkbar. Dies gilt unabhängig davon, ob man Gerichtsstandsvereinbarungen als materiellrechtliche oder als prozessrechtliche Verträge qualifiziert,<sup>231</sup> da beide Sichtweisen eine eigenständige, vom Hauptvertrag zu trennende kollisionsrechtliche Anknüpfung erfordern,<sup>232</sup> für welche die Regeln des Schuldvertragskollisi-

---

Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 551; vgl. auch OLG Saarbrücken NJW 2000, 670, 671.

<sup>229</sup> Vgl. etwa BGHZ 49, 384, 387; BGHZ 59, 23, 26 f.; BGH NJW 1986, 1438, 1439; BGH NJW 1997, 2885, 2886; Bork, in: Stein/Jonas, ZPO, Band 1 (23. Aufl. 2014), § 38, Rn. 59.

<sup>230</sup> Statt aller Patzina, in: MüKo ZPO, Band 1 (6. Aufl. 2020), § 38, Rn. 11.

<sup>231</sup> Vgl. Antomo, ZJP Int. 17 (2012), 183, 198 ff.; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht (8. Aufl. 2020), Rn. 1677.

<sup>232</sup> Vgl. zur Trennung zwischen Gerichtsstandsvereinbarung und Hauptvertrag Hausmann, in: FS W. Lorenz (1991), 359, 365 f.; Antomo, ZJP Int. 17 (2012), 183, 200; Bork, in: Stein/Jonas, ZPO, Band 1 (23. Aufl. 2014), § 38, Rn. 23; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht (18. Aufl. 2018), § 37, Rn. 4; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht (8. Aufl. 2020), Rn. 1674a.

onsrechts bei materiellrechtlichem Verständnis unmittelbar,<sup>233</sup> bei prozessrechtlichem Verständnis zumindest im Wege der Lückenfüllung heranzuziehen wären.<sup>234</sup> Auch im Anwendungsbereich der §§ 38, 40 ZPO liegt für diese Anknüpfung ein Rückgriff auf die Rom I-VO nahe, jedenfalls wenn mit der hier vertretenen Ansicht die Bereichsausnahme des Art. 1 Abs. 2 lit. e Rom I-VO teleologisch reduziert oder eine analoge Anwendung der Vorschriften der Rom I-VO befürwortet wird.<sup>235</sup> Auf dieser Grundlage ist sodann im Einzelfall zu prüfen, ob die Parteien, gegebenenfalls konkludent oder stillschweigend,<sup>236</sup> für die in Rede stehende Gerichtsstandsvereinbarung eine Rechtswahl nach Art. 3 Rom I-VO getroffen haben und ist andernfalls eine objektive Anknüpfung nach der engsten Verbindung gemäß Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO vorzunehmen.

Für eine Anknüpfung an die *lex causae*, wie sie vor allem in der Rechtsprechung befürwortet wird,<sup>237</sup> könnte dabei die Erwägung sprechen, dass aufgrund des inhaltlichen Zusammenhangs zwischen Hauptvertrag und Gerichtsstandsvereinbarung eine Beurteilung nach gleichen Maßstäben sachgerecht erscheint.<sup>238</sup> Allerdings sind auch Konstellationen denkbar, in welchen sich eine Anknüpfung an die *lex causae* als impraktikabel erweisen würde – etwa wenn komplexe Vertragsgestaltungen berührt sind, die verschiedenen Rechtsordnungen unterliegen (z. B. bei durch Teilrechtswahl herbeigeführter *dépeçage* bei Bedenken hinsichtlich der AGB-Festigkeit einzelner Klauseln in Konsortialkreditverträgen<sup>239</sup>) oder wenn sich eine einzige Gerichtsstandsvereinbarung auf eine Mehrzahl von Verträgen bezieht, auf die verschiedene Sachrechte anwendbar sind.<sup>240</sup> Zudem verfolgen Hauptvertrag und Gerichtsstandsvereinbarung, obschon meist im glei-

<sup>233</sup> Vgl. *Antomo*, ZJP Int. 17 (2012), 183, 194, 198.

<sup>234</sup> *G. Wagner*, Prozeßverträge (1998), 367 ff.; *Bork*, in: Stein/Jonas, ZPO, Band 1 (23. Aufl. 2014), § 38, Rn 51; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht (8. Aufl. 2020), Rn. 1677; vgl. auch *von Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht (9. Aufl. 2007), § 3, Rn. 77 ff.

<sup>235</sup> Dazu schon oben § 6 II. 1. a) aa) (2) (d) (aa) (S. 342 f.). Andernfalls wäre auf die Art. 27 ff. EGBGB a.F. abzustellen; so etwa *Patzina*, in: MüKo ZPO, Band 1 (6. Aufl. 2020), § 38, Rn. 13.

<sup>236</sup> *Hausmann*, in: FS W. Lorenz (1991), 359, 366.

<sup>237</sup> Etwa BGHZ 49, 384, 387; BGH NJW 1971, 323, 324; BGHZ 57, 72, 75; BGHZ 59, 23, 27; BGH NJW 1989, 1431, 1432; BGH NJW 1997, 2885, 2886; BGHZ 223, 269, 274 f., Rn. 21 ff.; OLG Bamberg NJW-RR 1989, 371; OLG München IPRax 1991, 46, 48; OLG Saarbrücken, NJW 1992, 987, 988; aus dem Schrifttum etwa *Patzina*, in: MüKo ZPO, Band 1 (6. Aufl. 2020), § 38, Rn. 13; *Martiny*, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Vor Art. 1 Rom I-VO, Rn. 75.

<sup>238</sup> Vgl. schon BGHZ 49, 384.

<sup>239</sup> Siehe zu dieser Gestaltungsmöglichkeit *Klumb*, ZBB 2012, 449, 450 ff.

<sup>240</sup> Zu Letzterem *Hausmann*, in: FS W. Lorenz (1991), 359, 366; *Antomo*, ZJP Int. 17 (2012), 183, 200; kritisch auch *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht (8. Aufl. 2020), Rn. 1678 f. m. w. N.



chen Dokument geregelt, unterschiedliche Zielsetzungen:<sup>241</sup> Der Hauptvertrag bezweckt eine Gestaltung der materiellen Rechtslage, die Gerichtsstandsvereinbarung hingegen Rechtssicherheit in der Zuständigkeitsfrage. An Letzterem sind die Parteien aber auch dann interessiert, wenn die Wirksamkeit des Hauptvertrages zu den einen Rechtsstreit erst auslösenden Streitpunkten gehört. Vor diesem Hintergrund erscheint ein Gleichlauf zwischen Hauptvertrags- und Gerichtsstandsvereinbarungsstatut keineswegs zwingend.

Eine Anknüpfung an die *lex fori* des angerufenen Gerichts würde demgegenüber zwar die Zuständigkeitsprüfung für das tatsächlich angerufene Gericht erleichtern und wäre prozessökonomisch vorteilhaft, weil Zulässigkeit, Wirkungen und Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung am Maßstab einer einzigen Rechtsordnung beurteilt werden könnten.<sup>242</sup> Sie würde jedoch das mit der Gerichtsstandsvereinbarung primär verfolgte Ziel einer rechtssicheren Festlegung der internationalen Zuständigkeit gefährden, weil die materiellrechtliche Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung potenziell an unterschiedlichen nationalen Anforderungen zu messen wäre, je nachdem, bei welchem Gericht Klage erhoben wird.<sup>243</sup> Dies würde einen Anreiz zum prozesstaktischen *forum shopping* setzen, durch das die mit der Übernahme der im einschlägigen Musterdokument vorgesehenen Gerichtsstandsvereinbarungen verfolgte Gewährleistung eines grenzüberschreitenden Gleichlaufs des transnationalen Einzelvertrages mit einer Vielzahl gleichgelagerter Verträge unterlaufen werden könnte.

Im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen wird es daher dem Parteiwillen sowie dem Prinzip der objektiv engsten Verbindung im Regelfall am nächsten kommen, die materiellrechtliche Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung – wie im Rahmen der Brüssel Ia-VO, des LugÜ und des HGÜ, zudem in Einklang mit der ganz überwiegenden Ansicht zur Parallelproblematik der Beurteilung der materiellrechtlichen Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen<sup>244</sup> – auch im Anwendungsbereich der §§ 38, 40 ZPO nach der *lex fori prorogati* zu beurteilen.<sup>245</sup> Diese Lösung stellt einen Kompromiss dar, der sowohl dem Parteiinteresse an Rechtssicherheit und einem grenzüberschreitend einheitlichen materiellrechtlichen Wirksamkeitsmaßstab Rechnung trägt als auch den Gesichtspunkt der Prozessökonomie insoweit berücksichtigt, als bei Anrufung des prorogierten Ge-

---

<sup>241</sup> Vgl. *Antomo*, ZJP Int. 17 (2012), 183, 200; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht (8. Aufl. 2020), Rn. 1677 ff.

<sup>242</sup> *Kim*, Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen (1994), 82; *Antomo*, ZJP Int. 17 (2012), 183, 201 f.

<sup>243</sup> *Antomo*, ZJP Int. 17 (2012), 183, 202.

<sup>244</sup> *Antomo*, ZJP Int. 17 (2012), 183, 203 f. Dazu noch ausführlich unten § 6 III. 2. b) cc) (1) (S. 412 ff.).

<sup>245</sup> So im Ergebnis auch *Antomo*, ZJP Int. 17 (2012), 183, 202 f.

richts für ein ebenfalls angerufenes derogiertes Gericht die Möglichkeit besteht, die Klage wegen ausländischer Rechtshängigkeit bei unsicherer Anerkennungsprognose analog § 148 ZPO auszusetzen oder bei positiver Anerkennungsprognose analog § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO als unzulässig abzuweisen.<sup>246</sup> Auch wenn *lex causae* und *lex fori prorogati* bei transnationalen Verträgen ohnehin meist zusammenfallen werden, da die Parteien im Regelfall einen Gleichlauf zwischen gewähltem Recht und gerichtlicher Zuständigkeit anstreben, stellt eine Beurteilung der materiellrechtlichen Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung nach der *lex fori prorogati* den flexibleren und im Ergebnis vorzugswürdigen Anknüpfungsansatz dar. Vor diesem Hintergrund wird ein deutsches Gericht die materiellrechtliche Wirksamkeit einer in den Anwendungsbereich der ZPO fallenden Gerichtsstandsvereinbarung, der im Wesentlichen nur noch Derogationen zugunsten drittstaatlicher Gerichte erfasst, letztlich nur in Ausnahmefällen an deutschem Sachrecht zu messen haben (z. B. bei ausdrücklicher Rechtswahl), kann dann aber wiederum die für dessen responsive Anwendung auf transnationale Verträge entwickelten Leitlinien heranziehen, etwa im Rahmen einer etwaigen AGB-Kontrolle der Gerichtsstandsvereinbarung.<sup>247</sup>

### (3) Begrenzungen der Zuordnungsfreiheit

Auch die ZPO setzt der Freiheit der Verfahrenszuordnung Grenzen, die zum Teil über die Einschränkungen von Brüssel Ia-VO, LugÜ und HGÜ hinausgehen. Verständlich wird dies vor dem Hintergrund, dass der Anwendungsbereich der §§ 38, 40 ZPO im Wesentlichen nur noch Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten drittstaatlicher Gerichte betrifft, zu welchen keine zwischenstaatlichen Sonderbeziehungen bestehen und auf die sich daher beispielsweise der innerhalb von EU und EWR geltende Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens nicht ohne Weiteres übertragen lässt. Dennoch bestehen auch im Rahmen der Begrenzungsvorschriften der ZPO Spielräume für eine responsive Anwendung in transnationalen Vertragsstreitigkeiten.

#### (a) Einschränkungen der Prorogationsbefugnis

Im Gegensatz zu Brüssel Ia-VO und LugÜ, welche Gerichtsstandsvereinbarungen auch unter Beteiligung schwächerer Vertragsparteien wie Verbrauchern zu-

---

<sup>246</sup> Zu diesen Möglichkeiten *Becker-Eberhard*, in: MüKo ZPO, Band 1 (6. Aufl. 2020), § 261, Rn. 73 ff.

<sup>247</sup> Zu deren Anwendbarkeit auf Gerichtsstandsvereinbarungen im Anwendungsbereich der ZPO siehe BGH NJW 1983, 1320, 1322; BGH NJW 1985, 320, 322 f.; BGHZ 101, 271 ff.; *Bork*, in: Stein/Jonas, ZPO, Band 1 (23. Aufl. 2014), § 38, Rn. 20; *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, Band 12 (23. Aufl. 2022), Art. 25 EuGVVO, Rn. 126.

lassen, deren Schutz aber durch Formerfordernisse und derogationsfeste Gerichtsstände sicherstellen, begrenzt die ZPO die Prorogationsbefugnis von Nichtkaufleuten auf bestimmte Konstellationen.<sup>248</sup> § 38 Abs. 2 ZPO betrifft das Szenario, dass mindestens eine Partei keinen allgemeinen Gerichtsstand in Deutschland hat und erlaubt für diesen Fall Gerichtsstandsvereinbarungen unter den zusätzlichen Formvoraussetzungen des § 38 Abs. 2 S. 2 ZPO, bei Vorhandensein eines allgemeinen Gerichtsstands einer Partei in Deutschland zudem nur unter den inhaltlichen Einschränkungen des § 38 Abs. 2 S. 3 ZPO.<sup>249</sup> § 38 Abs. 3 ZPO sieht daneben die ebenfalls formgebundenen Möglichkeiten nachträglicher Gerichtsstandsvereinbarungen (Nr. 1) und Gerichtsstandsvereinbarungen für den Fall der nachträglichen Verlegung oder Nichtermittelbarkeit von Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt (Nr. 2) vor. Die praktische Relevanz dieser Schutzvorkehrungen ist im Zusammenhang mit transnationalen Finanzverträgen allerdings gering. Denn selbst wenn an einem solchen ausnahmsweise nicht nur uneingeschränkt prorogationsbefugte Kaufleute im Sinne des HGB, sondern etwa auch Verbraucher beteiligt sein sollten, greifen zu deren Gunsten bereits die auf Drittstaatskonstellationen durchschlagenden Schutzvorschriften der Art. 25 Abs. 4 i. V. m. Art. 19 Brüssel Ia-VO.<sup>250</sup> Auf die § 38 Abs. 2, Abs. 3 ZPO kommt es daher allenfalls noch in solchen Fällen an, in welchen der sachliche Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO nicht eröffnet ist, was nach den hierzu für transnationale Vertragsstreitigkeiten vorgeschlagenen Auslegungsmaßgaben<sup>251</sup> nur selten der Fall sein dürfte.

*(b) Ausschließlicher oder fehlender Inlandsbezug?*

Im älteren Schrifttum finden sich vereinzelt Ansätze zur Begrenzung der Möglichkeit zu Gerichtsstandsvereinbarungen unter der ZPO unter dem Gesichtspunkt der Ortsbezogenheit des streitigen Sachverhalts. So wurde zum Teil vertreten, dass Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten ausländischer Gerichte in reinen Inlandsfällen ausgeschlossen seien, da hier kein anerkennungswürdiges Interesse bestehe, sich der inländischen Gerichtsbarkeit zu entziehen.<sup>252</sup> Auch für

---

<sup>248</sup> Kritisch zur Unflexibilität dieses Ansatzes *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht (30. Aufl. 2011), § 11, Rn. 2.

<sup>249</sup> Da die Wahlbeschränkung in der Konstellation des § 38 Abs. 2 S. 3 ZPO auf die Vereinbarung eines Gerichtsstands im Inland zugeschnitten ist, verbleibt zumindest für diese Vorschrift neben Art. 25 Brüssel Ia-VO allerdings so gut wie kein Anwendungsbereich. Siehe zur grundsätzlichen Erstreckung des Art. 25 Brüssel Ia-VO auf sämtliche Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten mitgliedstaatlicher Gerichte oben § 6 II. 1. a) aa) (1) (d) (S. 327 f.).

<sup>250</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) aa) (3) (a) (S. 348 f.).

<sup>251</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) aa) (1) (a) bis (c) (S. 321 ff.).

<sup>252</sup> *Trinkner*, BB 1972, 764, 767 f.; *Kropholler*, in: Herrmann/Basedow (Hrsg.), Supranatio-

die spiegelbildliche Konstellation eines fehlenden räumlichen Bezugs der Streitigkeit zum Inland wurde eine Prorogationsmöglichkeit zugunsten inländischer Gerichte unter der ZPO von manchen Autoren abgelehnt, weil insoweit keine Berechtigung zur Nutzung der innerstaatlichen Justizressourcen erkennbar sei.<sup>253</sup> Beide Einschränkungsvorschläge sind jedoch heute schon *de lege lata* nicht mehr haltbar. Prorogationen zugunsten inländischer Gerichte richten sich aus deutscher Perspektive nunmehr grundsätzlich nach der Brüssel Ia-VO, die unzweifelhaft keinen inhaltlichen Bezug zwischen Streitgegenstand und gewähltem Gerichtsstand voraussetzt.<sup>254</sup> Und in vermeintlichen Inlandsfällen kann gerade im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen ein berechtigtes Interesse der Parteien bestehen, aus sachlichen Gründen, insbesondere zur Abstimmung auf das zugehörige transnationale Vertragsrechtsregime, ein ausländisches Gericht zu wählen. Hiermit gegebenenfalls kollidierenden Ordnungsinteressen kann durch die Festlegung zwingender Zuständigkeiten Rechnung getragen werden, von welchen auch durch Gerichtsstandsvereinbarung gemäß Art. 25 Abs. 4 Brüssel Ia-VO bzw. § 40 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht abgewichen werden kann. Daneben besteht für ungeschriebene ortsbezogene Erfordernisse kein Raum.<sup>255</sup>

*(c) Nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten und ausschließliche Gerichtsstände*

Nach § 40 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO sind Gerichtsstandsvereinbarungen unzulässig für Rechtsstreitigkeiten, die nichtvermögensrechtliche Ansprüche betreffen, welche den Amtsgerichten ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstands zugewiesen sind.<sup>256</sup> Da der Begriff „vermögensrechtlich“ jedoch weit ausgelegt wird und jedwede Ansprüche erfasst, die auf Rechtsverhältnissen beruhen, welche auf Gewinn oder Erhaltung von Geld oder geldwerten Gegenständen abzielen,<sup>257</sup> spielt die Einschränkung für transnationale Finanzverträge keine Rolle.<sup>258</sup>

§ 40 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO schließt Gerichtsstandsvereinbarungen außerdem für den Fall aus, dass für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist, worunter auch ausschließliche internationale Zuständigkeiten fallen.<sup>259</sup> Für

---

nale und internationale Gerichte (1982), 409 f., Rn. 543; vgl. auch *Bork*, in: Stein/Jonas, ZPO, Band 1 (23. Aufl. 2014), § 38, Rn. 36.

<sup>253</sup> Vgl. etwa *G. Wagner*, Prozeßverträge (1998), 359 ff. m. w. N.

<sup>254</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) aa) (1) (d) (S. 327 f.) und § 6 II. 1. a) aa) (2) (a) (S. 333 f.).

<sup>255</sup> Vgl. *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht (8. Aufl. 2020), Rn. 1745 ff.

<sup>256</sup> Diese ergeben sich aus §§ 23 Nr. 2, 23a, 23b GVG.

<sup>257</sup> Statt aller *Seiler*, in: Thomas/Putzo, ZPO (43. Aufl. 2022), Einl IV, Rn. 1 f.

<sup>258</sup> Wichtigstes Anwendungsfeld dieses Ausnahmetatbestands ist vielmehr das Familienrecht; vgl. *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 553.

<sup>259</sup> Zu den erfassten Zuständigkeiten gehören neben den in der ZPO vorgesehenen ausschließlichen Gerichtsständen wie § 29c ZPO (Klagen gegen Verbraucher bei Haustürwider-

transnationale Verträge im Finanzbereich sind insoweit indes vorrangig die zwingenden Zuständigkeiten des Art. 24 Brüssel Ia-VO relevant, von welchen ohnehin schon aufgrund der dahingehenden Durchgriffswirkung der Brüssel Ia-VO auch auf Drittstaatskonstellationen nicht abgewichen werden kann.<sup>260</sup>

*(d) Eingriffsnormen und ordre public*

Auch im Anwendungsbereich der ZPO stellt sich die Frage, ob einem angerufenen deutschen Gericht, dessen Zuständigkeit für eine transnationale Vertragsstreitigkeit zugunsten der Gerichte eines Drittstaates abbedungen worden ist, die Möglichkeit verbleibt, die Gerichtsstandsvereinbarung am Maßstab von Eingriffsnormen und *ordre public*-Wertungen der eigenen Rechtsordnung zu überprüfen. Wie schon bei der Parallelproblematik im Rahmen der Brüssel Ia-VO geht es dabei im Kern darum, ob sich international zwingendes Recht nicht nur gegen eine Rechtswahl, sondern auch gegen internationale Zuständigkeitsvereinbarungen durchsetzt.<sup>261</sup> Im Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO wurde diese Frage aufgrund der spezialgesetzlichen kollisionsrechtlichen Verweisung des Art. 25 Abs. 1 S. 1 a. E., des durch Art. 31 Abs. 2, Abs. 3 abgesicherten Entscheidungsvorrangs des prorogierten Gerichts und der auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens und der Bindung an gemeinsame Mindeststandards innerhalb der EU beruhenden Schutzsystematik der Brüssel Ia-VO verneint.<sup>262</sup>

Dieses Ergebnis kann allerdings nicht ohne Weiteres auf die §§ 38, 40 ZPO und deren Anwendung auf die Derogationswirkung von Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten drittstaatlicher Gerichte übertragen werden. Für solche Konstellationen wird eine verbleibende Überprüfungsmöglichkeit des derogierten Gerichts insbesondere in der deutschen Rechtsprechung regelmäßig befürwortet.<sup>263</sup> Beispielhaft hierfür stehen zwei Entscheidungen der Oberlandesgerichte München und Stuttgart sowie ein hierzu ergangener Beschluss des BGH, welche in der Sache den vom EuGH zur Eingriffsnorm nobilitierten nachvertraglichen Provisionsausgleichsanspruch des Handelsvertreters nach § 89b HGB betreffen.<sup>264</sup> In beiden Fällen hatte ein deutscher Handelsvertreter, der vorrangig in

---

rufgeschäften) und den Zuständigkeiten des 8. Buches auch spezialgesetzlich vorgesehene Zuständigkeiten wie § 14 UWG, §§ 71 Abs. 2, 72 GVG und §§ 246, 249, 275, 278 AktG; siehe dazu *Patzina*, in: MüKo ZPO, Band 1 (6. Aufl. 2020), § 40, Rn. 7 ff.

<sup>260</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) aa) (3) (b) (S. 350 ff.).

<sup>261</sup> Vgl. *Antomo*, IHR 2013, 225, 227.

<sup>262</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) aa) (3) (c) (S. 354 ff.).

<sup>263</sup> Vgl. etwa BGH NJW 1961, 1061, 1062; BGH NJW 1971, 325, 326; BGH NJW 1983, 2772; BGH NJW 1984, 2037; ebenso in Bezug auf Schiedsvereinbarungen BGH NJW 1987, 3193, 3194.

<sup>264</sup> OLG München IPRax 2007, 322; OLG Stuttgart IHR 2012, 163; BGH IHR 2013, 35.



Deutschland und anderen EU-Mitgliedstaaten tätig geworden war, seinen US-amerikanischen Vertragspartner vor einem deutschen Gericht auf Zahlung eines auf § 89b HGB gestützten Ausgleichs nach Vertragsbeendigung verklagt, obwohl in den zugrunde liegenden Verträgen jeweils unstreitig eine Rechtswahl zugunsten des Rechts eines US-Bundesstaates (Kalifornien respektive Virginia) sowie eine ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten von Gerichten des jeweiligen US-Bundesstaates getroffen worden waren.<sup>265</sup> Sowohl das OLG München als auch das OLG Stuttgart sahen nichtsdestotrotz die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte als gegeben an und führten zur Begründung aus, dass ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarungen unbeachtlich seien, wenn sie in Verbindung mit einer Rechtswahl zur Folge hätten, dass international zwingendes Recht des derogierten Gerichtsstaates nicht angewendet würde. Während das OLG München insoweit schon eine „nahe liegende Gefahr“ der Nichtanwendung ausreichen lassen wollte und im zu beurteilenden Fall bejahete,<sup>266</sup> ging das OLG Stuttgart davon aus, dass der Handelsvertreterausgleich vor den Gerichten von Virginia „mit Sicherheit“ nicht durchgesetzt werden könne, weil er im Hauptvertrag ausdrücklich ausgeschlossen worden sei und das Recht von Virginia keinen entsprechenden Anspruch kenne.<sup>267</sup> Der im Nachgang an die Entscheidung des OLG Stuttgart angerufene BGH bestätigte in einem Nichtzulassungsbeschluss, dass an dem Auslegungsergebnis der Vorinstanz „keinerlei Raum für vernünftige Zweifel“ bestehe und sah sich unter Berufung auf die *acte claire*-Doktrin auch nicht zu einer Vorlage der Frage an den EuGH veranlasst.<sup>268</sup>

Im Schrifttum stießen diese Entscheidungen überwiegend auf Kritik, wobei namentlich die unzureichenden Bemühungen um eine dogmatisch tragfähige Herleitung der vor allem auf Zweckmäßigkeitserwägungen gründenden Anwendungsergebnisse moniert wurde.<sup>269</sup> Eine grundsätzliche Möglichkeit der Überprüfung von Gerichtsstandsvereinbarungen im Anwendungsbereich der ZPO am Maßstab von Eingriffsnormen und *ordre public* wird allerdings auch in weiten Teilen der Literatur befürwortet, wenngleich hierfür unterschiedliche Ansätze vorgeschlagen werden: Nach der am weitesten gehenden Auffassung enthielten Eingriffsnormen der deutschen Rechtsordnung stets auch Derogationsverbote,

---

<sup>265</sup> Im Fall vor dem OLG München war überdies eine Schiedsvereinbarung getroffen worden; siehe zu dieser Parallelproblematik unten § 6 III. 2. c) cc) (S. 422 ff.).

<sup>266</sup> OLG München IPRax 2007, 322, 324.

<sup>267</sup> OLG Stuttgart IHR 2012, 163, 165.

<sup>268</sup> BGH IHR 2013, 35, 36.

<sup>269</sup> Rühl, IPRax 2007, 294, 298, 301; vgl. auch Quinke, SchiedsVZ 2007, 246, 247 f.; Horn, SchiedsVZ 2008, 209, 218; Dathe, NJOZ 2010, 2196, 2199; Antomo, IHR 2013, 225, 232 ff.; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht (8. Aufl. 2020), Rn. 1770; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 565. Hingegen dem Ansatz der Rechtsprechung zustimmend Emde, EWiR 2006, 621, 622; Thume, IHR 2006, 166, 169 f.



würden sich also nicht nur gegen Rechtswahl-, sondern auch gegen Gerichtsstandsvereinbarungen durchsetzen.<sup>270</sup> Andere Autoren sprechen sich dafür aus, Gerichtsstandsvereinbarungen einer Einzelfallkontrolle am Maßstab des *ordre public*-Vorbehalts des Art. 6 EGBGB bzw. des Art. 21 Rom I-VO zu unterziehen, welche nur dann zur Unwirksamkeit führe, wenn schon *ex ante* keine Aussicht bestehe, dass das gewählte Gericht einschlägiges deutsches Eingriffsrecht anwenden werde und der Verweis der betroffenen Partei auf die Durchführung eines vorgeschalteten Verfahrens im Ausland deshalb aus Zeit- und Kostengründen einer Rechtsverweigerung gleichkomme.<sup>271</sup> Wieder andere wollen auf eine negative Anerkennungs- und Vollstreckungsprognose am Maßstab des § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO abstellen und eine Gerichtsstandsvereinbarung nicht schon bei drohender Außerachtlassung deutschen Eingriffsrechts, sondern erst dann als unwirksam behandeln, wenn auch unter Würdigung des vom gewählten Gerichts anzuwendenden fremden Rechts antizipiert werden könne, dass die zu erwartende Entscheidung des drittstaatlichen Gerichts in Deutschland nicht anerkennungs- und vollstreckungsfähig sein werde.<sup>272</sup> Schließlich plädieren manche Autoren dafür, jede *ex ante*-Überprüfung von Gerichtsstandsvereinbarung am Maßstab international zwingenden Rechts abzulehnen und die Parteien konsequent auf die Möglichkeit einer *ex post*-Überprüfung der zu erstreitenden ausländischen Entscheidung am Maßstab des § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO zu verweisen, über die erforderlichenfalls eine nachgelagerte inländische Zweitzuständigkeit begründet werden könne.<sup>273</sup>

Nach hier vertretener Ansicht ist aus der Perspektive eines deutschen Gerichts die Möglichkeit einer *ex ante*-Überprüfung von Gerichtsstandsvereinbarungen am Maßstab von Eingriffsnormen und *ordre public*-Wertungen im Anwendungsbereich der ZPO zwar schlüssig begründbar, sollte im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen aber wiederum kontextsensibel gehandhabt werden. Dogmatischer Ansatzpunkt ist dabei der Folgende: Wie erläutert enthalten die §§ 38, 40 ZPO – im Gegensatz zur Brüssel Ia-VO – keine eigene Antwort auf die Frage nach dem auf die materiellrechtliche (Un-)Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung anwendbaren Recht, sodass insoweit vollumfänglich auf das Kollisi-

---

<sup>270</sup> Vgl. *Jakobs*, Vorprozessuale Vereinbarungen über die deutsche internationale Zuständigkeit (1974), 139 f.; *Gottwald*, in: FS Firsching (1985), 89, 100 ff.; *Gottschalk/Breßler*, ZEuP 2007, 56, 61 f.

<sup>271</sup> Vgl. *M. Weller*, Ordre-public-Kontrolle internationaler Zuständigkeitsvereinbarungen im autonomen Zuständigkeitsrecht (2005), 176 ff., 193 f., 302 ff.; in diese Richtung auch, allerdings in Bezug auf Schiedsvereinbarungen, *Kleinheisterkamp*, *RabelsZ* 73 (2009), 818, 835 ff.

<sup>272</sup> Vgl. *Quinke*, *SchiedsVZ* 2007, 246, 248 f.; *Rühl*, *IPRax* 2007, 294, 298, 301 f.; *Dathe*, *NJOZ* 2010, 2196, 2199 f.

<sup>273</sup> Vgl. *Geimer*, *Internationales Zivilprozessrecht* (8. Aufl. 2020), Rn. 1770; *Schack*, *Internationales Zivilverfahrensrecht* (8. Aufl. 2021), Rn. 565.

onsrecht der *lex fori*, aus Perspektive eines deutschen Gerichts nach der hierzu befürworteten Auffassung die Rom I-VO und insbesondere Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO zurückzugreifen ist.<sup>274</sup> Führt die Anwendung dieser Vorschriften dann ausnahmsweise zur Anwendbarkeit des deutschen Sachrechts, ist die Gerichtsstandsvereinbarung ohnehin umfassend an dessen materiellen Maßstäben zu messen, ohne dass Eingriffsnormen oder *ordre public*-Vorbehalt als solche bemüht werden müssten. Bei der in diesem Fall möglichen Heranziehung unter anderem von §§ 134, 138, 242 und 307 BGB können auch bei Gerichtsstandsvereinbarungen im Anwendungsbereich der §§ 38, 40 ZPO die zum materiellen Vertragsrecht entwickelten Maßgaben einer responsiven Anwendung herangezogen werden.<sup>275</sup> Doch auch wenn Art. 3 bzw. Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO wie im Regelfall zur Maßgeblichkeit der *lex fori prorogati* des gewählten drittstaatlichen Gerichts führt, bleibt eine Anwendung deutscher Eingriffsnormen oder *ordre public*-Wertungen auf die Gerichtsstandsvereinbarung möglich. Nimmt man nämlich die Erforderlichkeit eines Rückgriffs auf das Kollisionsrecht der *lex fori* zur Ausfüllung der kollisionsrechtlichen Regelungslücke der §§ 38, 40 ZPO ernst, so gehören zu diesem Kollisionsrecht auch Art. 9 und 21 Rom I-VO und grenzen diese die Reichweite der Verweisung auf die *lex fori prorogati* ein, ohne dass entsprechend Art. 31 Abs. 2, Abs. 3 Brüssel Ia-VO eine vorrangige Entscheidungszuständigkeit des prorogierten Gerichts vorgesehen wäre.

Das Bestehen dieser Überprüfungsmöglichkeit sollte allerdings nicht zu dem Schluss verleiten, dass aus jeder Eingriffsnorm und *ordre public*-Wertung stets eine Derogationssperre folgen würde. Gerade Eingriffsnormen gehören im Kern dem materiellen Recht an und sind im internationalen Zuständigkeitsrecht grundsätzlich Fremdkörper. Das Verfahrensrecht trifft eigene Schutzvorkehrungen – etwa in Form ausschließlicher Gerichtsstände und durch Festlegung spezifischer Anforderungen an den Abschluss von Gerichtsstandsvereinbarungen –, die auf abweichenden Interessenabwägungen beruhen und durch einen unbesehenen Rückgriff auf materiellrechtliche Wertungen unterlaufen werden könnten. Die durch subjektive Verfahrenszuordnungen gewährleistete Rechtssicherheit im grenzüberschreitenden Verkehr wäre erheblich beeinträchtigt, wenn Parteien schon deshalb nicht mehr auf die Wirksamkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen vertrauen könnten, weil vor jedem angerufenen Gericht eine Überprüfung der Zuständigkeitszuweisung am Maßstab des international zwingenden Rechts der jeweiligen *lex fori* drohen würde. Andererseits kann jedoch auch nicht ausgeschlossen werden, dass Gerichtsstandsvereinbarungen im Einzelfall so ausge-

---

<sup>274</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) dd) (2) (d) (S. 369 ff.); auch zur Begründung, warum die Ausnahmenvorschrift des Art. 1 Abs. 2 lit. e Rom I-VO dem nicht entgegensteht.

<sup>275</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) aa) (2) (d) (bb) (S. 343 ff.); § 5 IV. (S. 283 ff.).

staltet sind, dass mit ihnen ein *opting out of regulation* und eine faktische Versagung jeder Rechtsschutzmöglichkeit erreicht würde – beispielsweise indem bewusst die ausschließliche Zuständigkeit eines dysfunktionalen oder für mindestens eine Partei nicht zugänglichen Gerichts vereinbart wird, von dem nach den Umständen des Einzelfalls keine zeitnahe, unabhängige, rechtsstaatlichen Mindestanforderungen oder den zum Kern des transnationalen *ordre public* gehörenden Standards genügende Entscheidung zu erwarten steht. Dann aber erschiene ein Verweis des Klägers auf die Notwendigkeit, zunächst ein Verfahren vor dem gewählten Gericht durchführen zu müssen und das erstrittene Urteil in Deutschland erforderlichenfalls im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren überprüfen zu lassen, schon mit dem allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch nach Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht vereinbar. Für solche Ausnahmefälle bleibt deshalb der Vorbehalt einer schon *ex ante* bestehenden Überprüfungsmöglichkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen am Maßstab des international zwingenden Rechts der *lex fori* geboten. Dafür spricht zudem ein Vergleich mit Art. 6 lit. c HGÜ sowie die Erwägung, dass auch im Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO eine drittstaatliche Rechtshängigkeit nach Art. 33, 34 Brüssel Ia-VO nur bei positiver Anerkennungs- und Vollstreckungsprognose Berücksichtigung finden kann.<sup>276</sup>

Bejaht man mit der hier vertretenen Ansicht die Möglichkeit und Notwendigkeit eine Überprüfung von im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen geschlossenen Gerichtsstandsvereinbarungen im Anwendungsbereich der §§ 38, 40 ZPO anhand von Eingriffsnormen und *ordre public*-Wertungen der deutschen Rechtsordnung, stellt sich die Anschlussfrage nach den auf diese Kontrolle anzuwendenden Maßstäben. Hierfür erscheint, in Abstimmung auf die zum Kollisionsrecht entwickelten Leitlinien, ein zweistufiges Vorgehen vorzugswürdig: Auf einer ersten Stufe ist zu prüfen, inwieweit die jeweilige Eingriffsnorm oder *ordre public*-Wertung, deren Durchsetzung im Einzelfall durch die Derogation des angerufenen deutschen Gerichts gefährdet erscheint, einem transnationalen oder transnationalisierungsfähigen Maßstab entspricht.<sup>277</sup> Je weniger dies der Fall ist, desto stärker muss der räumliche Bezug des zu beurteilenden Sachverhalts zur deutschen Rechtsordnung ausgeprägt sein, um deren Anwendungsinteresse auf den Streitgegenständlichen transnationalen Vertrag rechtfertigen und die auf diesen bezogene Gerichtsstandsvereinbarung durchbrechen zu können. Erweist sich weder die in Rede stehende Vorschrift oder Grundwertung als transnational anschlussfähig noch der räumliche Bezug des Sachverhalts zur deutschen Rechts-

---

<sup>276</sup> Vgl. *Antomo*, IHR 2013, 225, 232, die allerdings insoweit nur auf § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO abstellt.

<sup>277</sup> Dazu oben § 4 III. 3. b) cc) und dd) (S. 244 ff., 253 ff.).

ordnung als ausgeprägt, ist die Gerichtsstandsvereinbarung als wirksam zu behandeln und der Kläger auf die vorrangige Durchführung eines Verfahrens vor dem gewählten Gericht zu verweisen. Ergibt die Prüfung nach diesen Maßgaben hingegen ein hinreichendes Anwendungsinteresse der deutschen Rechtsordnung, ist in einem zweiten Schritt eine *prima facie*-Prognose durchzuführen, ob das gewählte Gericht entweder das deutsche Eingriffsrecht berücksichtigen oder seinerseits in einem rechtsstaatlichen Mindestanforderungen genügenden Verfahren ein Sachrecht anwenden wird, das dem berührten Ordnungsinteresse in funktionsäquivalenter Weise Rechnung trägt. Nur wenn auch dies nicht der Fall ist und deshalb keine nach § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO anerkennungsfähige Entscheidung zu erwarten steht, ist die Gerichtsstandsvereinbarung schon *ex ante* als unwirksam zu behandeln und kann das angerufene derogierte deutsche Gericht die Zuständigkeit zur Entscheidung in der Sache an sich ziehen.

*(e) Allgemeine Missbrauchskontrolle?*

Für eine zusätzliche allgemeine Missbrauchskontrolle besteht demgegenüber auch im Anwendungsbereich der §§ 38, 40 ZPO kein Bedarf. Entweder kommt hier auf die materiellrechtliche Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung ausnahmsweise deutsches Recht zur Anwendung, sodass Missbrauchskonstellationen schon durch §§ 134, 138, 242 und 307 BGB begegnet werden könnten. Oder die materiellrechtliche Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung unterliegt fremdem Recht, im Regelfall der *lex fori prorogati*, und den derogierten deutschen Gerichten verbleibt nach dem zuvor Gesagten die Möglichkeit, die Gerichtsstandsvereinbarung am Maßstab von Eingriffsnormen und *ordre public*-Wertungen zu überprüfen, wodurch auch etwaige Missbrauchskonstellationen aufgefangen werden können.

*b) Objektive Gerichtsstände*

Enthält ein transnationaler Vertrag ausnahmsweise keine wirksame Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarung, ist die internationale Zuständigkeit nach objektiven Kriterien zu ermitteln, wobei wiederum nach der anwendbaren Rechtsquelle zu differenzieren ist.

*aa) Brüssel Ia-VO*

Wie sich aus der Zusammenschau der Art. 4 Abs. 1, 5 Abs. 1 und 6 Abs. 1 Brüssel Ia-VO ergibt, ist die Brüssel Ia-VO in ihrem sachlichen Anwendungsbereich für die Bestimmung des objektiven Gerichtsstands nur dann maßgeblich, aber auch abschließend, wenn der Beklagte des zu beurteilenden Rechtsstreits seinen

(Wohn-)Sitz i. S. d. Art. 62, 63 Brüssel Ia-VO im Hoheitsgebiet eines EU-Mitgliedstaates hat.<sup>278</sup> Ist dies der Fall, bestimmt dieser (Wohn-)Sitz des Beklagten nach Art. 4 Abs. 1 Brüssel Ia-VO den allgemeinen Gerichtsstand.<sup>279</sup>

Daneben trägt die Brüssel Ia-VO mit den besonderen Gerichtsständen der Art. 7 bis 9 auch dem Interesse des Klägers Rechnung, eine Klagemöglichkeit in Staaten mit engem Bezug zum streitigen Sachverhalt zu haben. Für Streitigkeit im Zusammenhang mit transnationalen Finanzverträgen ist insoweit der Gerichtsstand des in einem Mitgliedstaat belegenen Erfüllungsortes nach Art. 7 Nr. 1 lit. a Brüssel Ia-VO am relevantesten.<sup>280</sup> Werden transnationale Verträge unter Einschaltung von Zweigniederlassungen geschlossen, kann daneben ein Gerichtsstand am Ort der Zweigniederlassung nach Art. 7 Nr. 5 Brüssel Ia-VO eröffnet sein.<sup>281</sup>

Für den Ausnahmefall, dass ein transnationaler Finanzvertrag als Verbraucher-vertrag geschlossen wird, greifen die bereits im Zusammenhang mit Gerichtsstandsvereinbarungen dargestellten Art. 17 bis 19 Brüssel Ia-VO, welche die Klagemöglichkeiten des Verbrauchers erweitern und diejenigen des Unternehmers einschränken.<sup>282</sup> Sowohl allgemeine als auch besondere Gerichtsstände werden schließlich verdrängt, wenn eine der ausschließlichen Zuständigkeiten nach Art. 24 Brüssel Ia-VO eröffnet ist, die allerdings im Zusammenhang mit transnationalen Vertragsstreitigkeiten wie gezeigt restriktiv auszulegen sind.<sup>283</sup>

### bb) LugÜ

Liegt der (Wohn-)Sitz des im konkreten Rechtsstreit Beklagten nicht in der EU, aber in Island, Norwegen oder der Schweiz, so hat ein angerufenes deutsches Gericht die internationale Zuständigkeit nach dem LugÜ zu bestimmen, dessen

---

<sup>278</sup> Zu den Besonderheiten im Verhältnis zu Dänemark statt aller *A. Staudinger*, in: Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band 1 (5. Aufl. 2021), Brüssel Ia-VO, Einleitung, Rn. 15.

<sup>279</sup> Dahinter steht das Prinzip *actor sequitur forum rei*, welches dem Beklagten einen „Heimvorteil“ verschaffen will; vgl. *Koch*, in: FS U. Magnus (2014), 475, 480; *Hay/Rößler*, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht (5. Aufl. 2016), 21; *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht (5. Aufl. 2020), § 8, Rn. 1 f.

<sup>280</sup> Grundsätzlich ist der Erfüllungsortsgerichtsstand für jede Vertragspflicht einzeln zu bestimmen, doch sieht Art. 7 Nr. 1 lit. b Alt. 2 Brüssel Ia-VO hiervon eine Ausnahme vor und definiert als einheitlichen Erfüllungsortsgerichtsstand den Ort, an dem die vertragscharakteristische Leistung zu erbringen ist – welche indes bei transnationalen Finanzverträgen nicht immer einfach zu bestimmen ist; siehe dazu oben § 4 III. 4. a) (S. 255 f.).

<sup>281</sup> Dafür muss aber gerade die Niederlassung den Vertrag ausgehandelt und im Namen der Muttergesellschaft abgeschlossen haben. Vgl. *Hay/Rößler*, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht (5. Aufl. 2016), 28; *Lehmann/Eichmüller*, BKR 2023, 1, 5.

<sup>282</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) aa) (3) (a) (S. 348 f.).

<sup>283</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) aa) (3) (b) (S. 350 ff.).



objektiven Gerichtsstände denjenigen der Brüssel Ia-VO weitgehend identisch<sup>284</sup> und entsprechend zu handhaben sind.

*cc) ZPO*

Auf die §§ 12 ff. ZPO hat ein deutsches Gericht zur Bestimmung der internationalen Zuständigkeit nur dann zurückzugreifen, wenn die Streitigkeit in einen der von Art. 1 Abs. 2 Brüssel Ia-VO ausgenommen Sachbereiche fällt, der auch nicht durch andere unions- oder völkerrechtliche Instrumente abgedeckt ist, oder wenn der Beklagte seinen (Wohn-)Sitz außerhalb der EU hat und zudem keine der wohnsitzunabhängigen Zuständigkeitsvorschriften der Art. 18 Abs. 1, 21 Abs. 2, 24 und 25 Brüssel Ia-VO einschlägig ist. Von praktischer Bedeutung im Zusammenhang mit transnationalen Finanzverträgen ist dies für in Deutschland erhobene Klagen gegen US-amerikanische und (seit Vollzug des Brexits) im Vereinigten Königreich ansässige Vertragsparteien. Der allgemeine Gerichtsstand am (Wohn-)Sitz des Beklagten nach §§ 12, 13, 17 ZPO hilft hier nicht weiter.<sup>285</sup> Daneben besteht aber auch im deutschen Zuständigkeitsrecht unter anderem ein besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsortes (§ 29 ZPO). Gerade im Finanzbereich relevant ist überdies der besondere Gerichtsstand des Vermögens nach § 23 Abs. 1 Alt. 1 ZPO, wonach Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche in Deutschland bei demjenigen Gericht anhängig gemacht werden können, in dessen Bezirk sich Vermögen des Beklagten befindet. Auf dieser Grundlage kann beispielsweise ein deutsches Unternehmen eine Londoner oder New Yorker Bank vor Frankfurter Gerichten verklagen, wenn sie dort Vermögenswerte unterhält. Um einer Uferlosigkeit dieser Zuständigkeit vorzubeugen, wird als ungeschriebene Anwendungsvoraussetzung allerdings ein über die bloße Vermögensbelegenheit hinausgehender Inlandsbezug des Rechtsstreits verlangt.<sup>286</sup> Dafür reicht es indes schon aus, wenn etwa der Kläger seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, der streitgegenständliche Sachverhalt sich schwerpunktmäßig in Deutschland abgespielt hat oder die in Deutschland bele-

---

<sup>284</sup> So liegt der allgemeine Gerichtsstand nach Art. 2 LugÜ am (Wohn-)Sitz des Beklagten i. S. d. 59, 60 LugÜ und sehen die 5 bis 7 LugÜ den Art. 7 bis 9 Brüssel Ia-VO entsprechende besondere Gerichtsstände vor. Die Parallelbestimmungen zu den Art. 17 bis 19 Brüssel Ia-VO über Verbrauchersachen finden sich in Art. 15 bis 17 LugÜ, die zu ausschließlichen Gerichtsständen des Art. 24 Brüssel Ia-VO in Art. 22 LugÜ.

<sup>285</sup> Unterhält der drittstaatliche Vertragspartner allerdings eine Niederlassung in Deutschland oder in der EU, von welcher aus das streitgegenständliche Vertragsverhältnis geschlossen wurde, greift im Regelfall schon Art. 7 Nr. 5 Brüssel Ia-VO, im Übrigen Art. 21 ZPO, der für Kreditinstitute nach § 53 Abs. 3 KWG derogationsfest ist.

<sup>286</sup> BGHZ 115, 90, 94 m. w. N.; vgl. auch *Patzina*, in: MüKo ZPO, Band 1 (6. Aufl. 2020), § 23, Rn. 15.



genen Vermögenswerte nicht unerheblich und nicht wesentlich geringer als der Wert des Streitgegenstands sind.<sup>287</sup>

### c) Beachtung ausländischer Rechtshängigkeit

Auch wenn ein deutsches Gericht nach den erörterten Maßstäben *prima facie* zum Ergebnis kommt, für die Entscheidung einer bei ihm anhängigen transnationalen Vertragsstreitigkeit international zuständig zu sein, kann sich im Einzelfall die Frage stellen, ob zunächst die Entscheidung eines ausländischen Gerichts abgewartet werden sollte, das in derselben oder einer eng zusammenhängenden Streitsache angerufen worden ist. Dafür können Gründe der Prozessökonomie, des Beklagenschutzes sowie der Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen und justizieller Kompetenzkonflikte sprechen.<sup>288</sup> Andererseits gilt es aber auch zu verhindern, dass zuständigkeitsbezogene Rechtsschutzerwartungen der Vertragsparteien enttäuscht werden, die gerade bei Verwendung mustervertraglich vorgesehener Gerichtsstandsvereinbarungen ein essenzielles Stabilitätselement transnationaler Vertragsrechtsregime darstellen.

Liegt insoweit eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten eines angerufenen deutschen Gerichts vor, so hat dieses die Entscheidung in der Sache grundsätzlich an sich zu ziehen. Im Verhältnis zu Gerichten anderer EU-Mitgliedstaaten folgt dies aus der Vorrangregelung der Art. 31 Abs. 2, Abs. 3 Brüssel Ia-VO<sup>289</sup> (vorbehaltlich der Ausnahme für zwingende Schutzgerichtsstände in Art. 31 Abs. 4 Brüssel Ia-VO), im Verhältnis zu drittstaatlichen Gerichten im Umkehrschluss aus Art. 33, 34 Brüssel Ia-VO, die eine Zuständigkeit nach Art. 25 Brüssel Ia-VO nicht erwähnen.<sup>290</sup> Bei Parallelanhängigkeit in einem Vertragsstaat des HGÜ, der nicht zugleich Mitgliedstaat der EU ist, lässt sich eine vorrangige Entscheidungszuständigkeit des prorogierten Gerichts aus Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 lit. e HGÜ ableiten. Lediglich im Anwendungsbereich des noch nicht an die Brüssel Ia-VO angepassten LugÜ ist für die Verfahrenskoordination mit Ge-

<sup>287</sup> Vgl. Hay/Rösler, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht (5. Aufl. 2016), 49 f.

<sup>288</sup> Vgl. Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 889 f.

<sup>289</sup> Mit dieser vom Prioritätsprinzip des Art. 27 Brüssel I-VO a. F. abweichenden Neuregelung sollen vor allem Prozessverschleppungstaktiken in Form sog. Torpedoklagen zu langsam arbeitenden Gerichten verhindert werden (Reaktion auf EuGH, Urteil vom 9.12.2003, Rs. C-116/02 – Gasser, Rn. 41 ff.; vgl. Erwägungsgrund 22; ausführlich Mankowski, RIW 2015, 17 ff.). Zur aus der neuen Rechtslage folgenden Problematik „umgekehrter Torpedoklagen“ in Form von Prorogationsbehauptungen „ins Blaue hinein“ zugunsten langsam arbeitender Gerichte und Anrufung derselben Domej, RabelsZ 78 (2014), 508, 534 ff.; Kindler, in: FS Coester-Waltjen (2015), 485, 492 und jüngst KG EuZW 2021, 596, 601, Rn. 56 (diese Möglichkeit als „geringeres Übel“ ausdrücklich in Kauf nehmend).

<sup>290</sup> Vgl. Eichel, in: BeckOK ZPO (47. Ed. 2022), Art. 33 Brüssel Ia-VO, Rn. 15 ff.

richten Islands, Norwegens und der Schweiz nach Art. 27 LugÜ noch dem undifferenzierten Prioritätsprinzip entsprechend Art. 27 Brüssel I-VO a.F. zu folgen.<sup>291</sup>

Wird mit der einschlägigen Gerichtsstandsvereinbarung hingegen die Zuständigkeit deutscher Gerichte derogiert und handelt es sich hierbei auch nicht um einen zwingenden Schutzgerichtsstand, so ist das Verfahren vor dem deutschen Gericht im Regelfall auszusetzen und dem prorogierten Gericht der Entscheidungsvorrang einzuräumen. Im Verhältnis zu den Gerichten anderer EU-Mitgliedstaaten folgt dies wiederum aus Art. 31 Abs. 2, Abs. 3 Brüssel Ia-VO. Im Verhältnis zu drittstaatlichen Gerichten kann die Aussetzung bei Abbedingung der in Art. 4, 7, 8 oder 9 Brüssel Ia-VO vorgesehenen Zuständigkeiten nach Art. 33, 34 Brüssel Ia-VO und außerhalb des Anwendungsbereichs der Brüssel Ia-VO analog § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO<sup>292</sup> zumindest bei positiver Anerkennungsprognose erfolgen, in deren Rahmen insbesondere die zu §§ 38, 40 ZPO entwickelten Leitlinien der responsiven Eingriffsnormen- und *ordre public*-Kontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen heranzuziehen sind.<sup>293</sup>

Sollte in einer transnationalen Vertragsstreitigkeit ausnahmsweise keine Gerichtsstandsvereinbarung vorhanden und die internationale Zuständigkeit objektiv zu bestimmen sein, weist EU-intern Art. 29 Abs. 1, Abs. 3 Brüssel Ia-VO den Entscheidungsvorrang in der Zuständigkeitsfrage dem zuerst angerufenen Gericht zu. Bemerkenswerterweise stehen diese Vorrangregeln nicht unter dem Vorbehalt einer Anerkennungsprognose (siehe Erwägungsgründe 21 und 22), worin ein weiterer Ausweis des Grundsatzes gegenseitigen Vertrauens in die Gleichwertigkeit mitgliedstaatlichen Rechtsschutzes liegt.<sup>294</sup> Im Anwendungsbereich des LugÜ ist dem Prioritätsprinzip des Art. 27 LugÜ zu folgen; im Verhältnis zu Drittstaaten wiederum auf die prognosegebundene Ermessensentscheidung nach Art. 33, 34 Brüssel Ia-VO oder § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO analog zurückzugreifen.

## 2. Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Gerichtsentscheidungen

Auch wenn eine transnationale Vertragsstreitigkeit bereits abschließend vor einem ausländischen Gericht ausgetragen worden ist, können sich noch Berührungspunkte zur deutschen Rechtsordnung ergeben – nämlich dann, wenn ein deutsches Gericht vor der Frage steht, ob und inwieweit der ausländischen Ge-

<sup>291</sup> Der Vorrang des LugÜ ergibt sich insoweit aus Art. 73 Abs. 1 Brüssel Ia-VO i.V.m. Art. 64 Abs. 2 lit. b LugÜ. Zur Beachtlichkeit des Art. 27 LugÜ und sonstiger speziellerer Regelungen in völkerrechtlichen Verträgen nach Art. 73 Brüssel Ia-VO *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 892.

<sup>292</sup> Vgl. *Becker-Eberhard*, in: MüKo ZPO, Band 1 (6. Aufl. 2020), § 261, Rn. 74.

<sup>293</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) dd) (3) (d) (S. 377 ff.).

<sup>294</sup> Vgl. *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 905.

richtsentscheidung im Inland Wirkung beizumessen (Anerkennung)<sup>295</sup> und diese mit hoheitlichen Zwangsmitteln durchzusetzen ist (Vollstreckung). Für die Suche nach Anknüpfungspunkten für eine responsive Auslegung ist auch hier nach der anwendbaren Rechtsquelle zu unterscheiden.

a) *Brüssel Ia-VO*

aa) *Anwendungsbereich*

Die Art. 36 ff. und 39 ff. Brüssel Ia-VO sind maßgeblich für die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen<sup>296</sup> der Gerichte anderer EU-Mitgliedstaaten, unabhängig davon, auf welche Rechtsgrundlage das Erstgericht seine internationale Zuständigkeit gestützt hat.<sup>297</sup> Die in Rede stehende Entscheidung muss allerdings zumindest in den sachlichen Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO fallen, also eine Zivil- oder Handelssache betreffen, die keinem Ausnahmetatbestand nach Art. 1 Abs. 2 Brüssel Ia-VO unterfällt.<sup>298</sup> Der daneben erforderliche grenzüberschreitende Bezug ergibt sich auf Anerkennungs- und Vollstreckungsebene ohne Weiteres schon daraus, dass das Gericht eines anderen Mitgliedstaates ersucht wird.<sup>299</sup>

bb) *Anerkennung*

Die Anerkennungsvoraussetzungen nach der Brüssel Ia-VO sind denkbar gering: Grundsätzlich sind die Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte nach Art. 36 Brüssel Ia-VO unionsweit anzuerkennen, ohne dass ein förmliches Verfahren oder eine Überprüfung in der Sache stattfände (Art. 52 Brüssel Ia-VO, Verbot der *révision au fond*). Vielmehr beschränkt sich die Brüssel Ia-VO im Wesentlichen auf die Bestimmung von Negativvoraussetzungen, aufgrund derer eine Berücksichtigung der Wirkungen ausländischer Entscheidungen im Inland ausnahmsweise und nur auf Antrag zu versagen ist.<sup>300</sup> Die maßgeblichen Ausschlussstatbestände finden sich abschließend aufgelistet in Art. 45 Brüssel Ia-VO.<sup>301</sup>

<sup>295</sup> Diese Anerkennung kann sich beispielsweise beziehen auf materielle Rechtskrafts-, Gestaltungs-, Streitverkündungs- und Interventionswirkungen; vgl. *Schack*, in: FS Schilken (2015), 445, 446 f.

<sup>296</sup> Dies meint alle Arten streitbeendender Anordnungen; vgl. die Definition in Art. 2 lit. a Brüssel Ia-VO.

<sup>297</sup> Vgl. *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 947. Zu den Besonderheiten im Verhältnis zu Dänemark statt aller *A. Staudinger*, in: Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band 1 (5. Aufl. 2021), Brüssel Ia-VO, Einleitung, Rn. 15.

<sup>298</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) aa) (1) (a) (S. 321) und (c) (S. 325 ff.).

<sup>299</sup> *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht (6. Aufl. 2020), § 28, Rn. 12.

<sup>300</sup> Vgl. *Pfeiffer*, ZZP 127 (2014), 409, 425 f., der jedoch aus teleologischen Gründen eine Ausnahme vom Antragerfordernis für den *ordre public*-Vorbehalt befürwortet.

<sup>301</sup> Daneben ist allerdings auch das Fehlen der völkerrechtlichen Gerichtsgewalt des Ur-

Neben dem „Ob“ der Anerkennung kann sich zudem die Frage nach dem Umfang der Anerkennung stellen, wenn die im Verfahrensrecht des Ursprungsstaates vorgesehenen Entscheidungswirkungen von denjenigen im Verfahrensrecht des Anerkennungsstaates abweichen.<sup>302</sup> Manche Autoren plädieren insoweit für eine Erstreckung der im Recht des Ursprungsstaates vorgesehenen Wirkungen auf den Anerkennungsstaat,<sup>303</sup> andere für eine Gleichstellung zu den Wirkungen inländischer Entscheidungen,<sup>304</sup> wieder andere für ein Kombinationsmodell, das die Entscheidungswirkungen grundsätzlich nach dem Recht des Ursprungsstaates bestimmt, aber nicht über die Wirkungen vergleichbarer Entscheidungen inländischer Gerichte des Anerkennungsstaates hinausgehen lässt.<sup>305</sup> Zumindest im Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO überzeugt insoweit nur der Ansatz der Wirkungserstreckung.<sup>306</sup> Dafür spricht schon der Wortlaut des Art. 54 Abs. 2 Brüssel Ia-VO, der klarstellt, dass die Entscheidungswirkungen im Anerkennungsstaat nicht über die Wirkungen im Ursprungsstaat hinausgehen dürfen. Daneben lässt Art. 54 Abs. 1 Brüssel Ia-VO, der im Falle von im Anerkennungsstaat unbekanntem Entscheidungswirkungen eine Anpassung verlangt, den Rückschluss zu, dass grundsätzlich auch solchen Entscheidungswirkungen aus dem Ursprungsstaat Rechnung zu tragen ist, die über diejenigen im Anerkennungsstaat vorgesehenen hinausgehen.<sup>307</sup> In teleologischer Hinsicht kommt hinzu, dass eine Wirkungserstreckung der von der Brüssel Ia-VO angestrebten EU-weiten Entscheidungsfreizügigkeit am nächsten kommt.<sup>308</sup> Nur wenn sich Streitparteien auf die Einheitlichkeit der Entscheidungswirkungen in allen Mitgliedstaaten verlassen dürfen, können sie die Reichweite einer Entscheidung abschätzen und ihr

---

teilsstaates als ungeschriebenes Anerkennungs- und Vollstreckungshindernis zu beachten; dazu BGHZ 155, 279, 282 ff.

<sup>302</sup> Beispiele bei *Schack*, in: FS Schilken (2015), 445, 447 f.

<sup>303</sup> So etwa *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht (9. Aufl. 2004), 1061; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht (18. Aufl. 2018), § 158, Rn. 9; *Gottwald*, in: MüKo ZPO, Band 1 (6. Aufl. 2020), § 328, Rn. 4; vgl. auch BGHZ 118, 312, 318.

<sup>304</sup> So etwa BGH NJW 1983, 514, 515; BGH NJW 1983, 1976, 1977; BGH NJW 1985, 552, 553.

<sup>305</sup> So etwa *von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band I (2. Aufl. 2003), § 5, Rn. 12 ff.; *H. Roth*, in: Stein/Jonas, ZPO, Band 5 (23. Aufl. 2015), § 328, Rn. 8; *Schack*, in: FS Schilken (2015), 445, 451 ff.; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 944; vgl. auch OLG Frankfurt NJW 1986, 1443.

<sup>306</sup> EuGH, Urteil vom 4.2.1988, Rs. 145/86 – Hoffmann/Krieg, Rn. 11; EuGH, Urteil vom 28.4.2009, Rs. C-420/07 – Apostolides, Rn. 66; EuGH, Urteil vom 13.10.2011, Rs. C-139/10 – Prism Investments, Rn. 38; EuGH, Urteil vom 15.11.2012, Rs. C-456/11 – Gothaer Allgemeine Versicherung u. a., Rn. 34; *von Hein*, RIW 2013, 97, 110; *Pfeiffer*, ZZP 127 (2014), 409, 427 f.; *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht (5. Aufl. 2020), § 27, Rn. 15.

<sup>307</sup> *Pfeiffer*, ZZP 127 (2014), 409, 427.

<sup>308</sup> *Hay/Rösler*, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht (5. Aufl. 2016), 77.

weiteres prozessuales Vorgehen hierauf abstimmen. Gerade wenn – wie bei transnationalen Verträgen gang und gäbe – auf Rechtswahlgestaltungen abgestimmte Gerichtsstandsvereinbarungen getroffen werden, ist anzunehmen, dass die Vertragsparteien selbst oder jedenfalls die Urheber des verwendeten Musterdokuments neben der Zuständigkeitsfrage auch die zu erwartenden Entscheidungswirkungen in ihrer Festlegung auf bestimmte Gerichtsstände mitbedenken. Blicke die Bestimmung der Entscheidungswirkungen jedem Mitgliedstaat selbst überlassen, wären solche Planungen hinfällig und bestünde die Gefahr von Widersprüchlichkeiten, etwa in Bezug auf die etwaige Anstrengung zusammenhängender oder nachfolgender Prozesse.

### *cc) Vollstreckung*

An die Vollstreckung mitgliedstaatlicher Entscheidungen stellt die Brüssel Ia-VO in den Art. 39 ff. ebenfalls niedrige Anforderungen. Insbesondere findet – anders als noch unter der Brüssel I-VO a. F. – kein Exequaturverfahren statt, bedarf es also keiner gesonderten Vollstreckbarerklärung durch die Gerichte des ersuchten Staates.<sup>309</sup> Dieser kostensparende und verfahrensbeschleunigende Verzicht auf eine Überprüfung durch den Vollstreckungsstaat ist ein weiterer Beleg des Prinzips gegenseitigen Vertrauens in die Gleichwertigkeit des Rechtsschutzes vor mitgliedstaatlichen Gerichten. Will sich der Schuldner gegen die Vollstreckung wehren, so kann er einen Antrag auf Vollstreckungsversagung nach Art. 46 ff. Brüssel Ia-VO stellen.<sup>310</sup> Prüfungsmaßstab ist auch hier Art. 45 Brüssel Ia-VO.<sup>311</sup>

### *dd) Versagungsgründe*

Die Anerkennung und Vollstreckung der Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte finden ihre gemeinsame Grenze in den Versagungsgründen des Art. 45

---

<sup>309</sup> Stattdessen genügt es nach Art. 42 Brüssel Ia-VO, wenn der Gläubiger der Vollstreckungsbehörde mit seinem Vollstreckungsantrag eine Ausfertigung der Entscheidung und eine vom Ursprungsgericht ausgestellte Bescheinigung über deren Vollstreckbarkeit vorlegt (Art. 53 i. V. m. Anhang I Brüssel Ia-VO).

<sup>310</sup> Für dessen Prüfung ist in Deutschland das Landgericht am Wohnsitz des Schuldners, hilfsweise des Vollstreckungsbezirks ausschließlich zuständig (Art. 47 Abs. 1 Brüssel Ia-VO i. V. m. § 1115 Abs. 1, Abs. 2 ZPO).

<sup>311</sup> Ein Rückgriff auf Versagungs- und Aussetzungsgründe des nationalen Vollstreckungsrechts ist daneben nur insoweit möglich, als diese nicht mit den Vorgaben des Art. 45 Brüssel Ia-VO unvereinbar sind (Art. 41 Abs. 2 Brüssel Ia-VO). Vgl. EuGH, Urteil vom 3.10.1985, Rs. 119/84 – Capelloni und Aquilini/Pelkmans, Rn. 21; EuGH, Urteil vom 4.2.1988, Rs. 145/86 – Hoffmann/Krieg, Rn. 29; EuGH, Urteil vom 15.5.1990, Rs. C-365/88 – Hagen, Rn. 20; EuGH, Urteil vom 11.8.1995, Rs. C-432/93 – SISRO, Rn. 39 ff., 42; EuGH, Urteil vom 28.4.2009, Rs. C-420/07 – Apostolides, Rn. 69; EuGH, Urteil vom 4.10.2018, Rs. C-379/17 – Società Immobiliare al Bosco S.r.l., Rn. 26; *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht (5. Aufl. 2020), § 29, Rn. 22.



Brüssel Ia-VO. Diese sind aufgrund ihres Ausnahmecharakters zwar grundsätzlich eng auszulegen.<sup>312</sup> Zumindest der *ordre public*-Vorbehalt des Art. 45 Abs. 1 lit. a Brüssel Ia-VO und die Möglichkeit zur Überprüfung von Zuständigkeitsverletzungen nach Art. 45 Abs. 1 lit. e Brüssel Ia-VO erfüllen als Komplementärvorschriften zu den Begrenzungsvorbehalten des Kollisions-, Vertrags- und Zuständigkeitsrechts für den Umgang mit transnationalen Verträgen aber eine unentbehrliche Funktion, weshalb sich die folgende Darstellung auf diese konzentriert.<sup>313</sup> Obschon die Tatbestände erst auf Anerkennungs- und Vollstreckungsebene greifen, erschöpft sich ihre Bedeutung auch nicht in einer bloß nachträglichen Residualkontrolle. Vielmehr geht von ihnen eine normative Ausstrahlungswirkung schon auf das Erkenntnisverfahren aus, in welchem es sowohl im Interesse der Parteien als auch des Erstgerichts liegt, zu einer Entscheidung zu gelangen, die Aussicht auf EU-weite Durchsetzung hat.

(1) *Verstoß gegen den ordre public*

Im Hinblick auf den Umgang mit transnationalen Verträgen wichtigster Begrenzungstatbestand ist der *ordre public*-Vorbehalt des Art. 45 Abs. 1 lit. a Brüssel Ia-VO, nach dem einer Entscheidung die Anerkennung bzw. Vollstreckung zu versagen ist, wenn diese der öffentlichen Ordnung des ersuchten Mitgliedstaates offensichtlich widersprechen würde. Dies kann einerseits aus materiellen, andererseits aus verfahrensrechtlichen Gründen der Fall sein, wobei bezüglich Letzterer die spezielleren Versagungsgründe der Art. 45 Abs. 1 lit. b bis e Brüssel Ia-VO vorrangig zu berücksichtigen sind.<sup>314</sup> Unter den materiellen *ordre public* fallen die substanziellen Grundwertungen der Rechtsordnung des ersuchten Staates, welche sich insbesondere in den Grundrechten manifestieren,<sup>315</sup> aber auch in Eingriffsnormen widerspiegeln können. An diesem Maßstab ist das *inhaltliche Ergebnis* der anzuerkennenden bzw. zu vollstreckenden Entscheidung zu prüfen. Die materielle Komponente des *ordre public*-Vorbehalts des Art. 45 Abs. 1 lit. a

<sup>312</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 2.6.1994, Rs. C-414/92 – Solo Kleinmotoren, Rn. 20; EuGH, Urteil vom 28.3.2000, Rs. C-7/98 – Krombach, Rn. 21; EuGH, Urteil vom 11.5.2000, Rs. C-38/98 – Renault, Rn. 26; EuGH, Urteil vom 28.4.2009, Rs. C-420/07 – Apostolides, Rn. 55; EuGH, Urteil vom 13.10.2011, Rs. C-139/10 – Prism Investments, Rn. 33; EuGH, Urteil vom 26.9.2013, Rs. C-157/12 – Salzgitter Mannesmann Handel, Rn. 28.

<sup>313</sup> Ohne spezifische Relevanz für transnationale Vertragsstreitigkeiten sind die Versagungsgründe der Art. 45 Abs. 1 lit. b (unzureichende Klagezustellung bei Versäumnisurteilen), lit. c (Unvereinbarkeit der Entscheidung des Erstgerichts mit einer im ersuchten Mitgliedstaat ergangenen Entscheidung) und lit. d Brüssel Ia-VO (Unvereinbarkeit der Entscheidung des Erstgerichts mit einer früheren, in einem anderen Mitgliedstaat ergangenen Entscheidung, welche im ersuchten Mitgliedstaat bereits anerkennungs- bzw. vollstreckungsfähig war).

<sup>314</sup> Junker, Internationales Zivilprozessrecht (5. Aufl. 2020), § 28, Rn. 19.

<sup>315</sup> Vgl. etwa BGH NJW 2018, 3254, 3256, Rn. 14 ff.



Brüssel Ia-VO entspricht somit strukturell dem kollisionsrechtlichen *ordre public*-Vorbehalt des Art. 21 Rom I-VO. Die verfahrensrechtliche Komponente des *ordre public*-Vorbehalts des Art. 45 Abs. 1 lit. a Brüssel Ia-VO betrifft demgegenüber das *Zustandekommen* der ausländischen Entscheidung und findet naturgemäß kein Äquivalent im Kollisionsrecht, weil es dort allein um die Anwendung ausländischer Rechtsvorschriften geht. Zum verfahrensrechtlichen *ordre public* zählen aus Perspektive der deutschen Rechtsordnung vor allem der Grundsatz des rechtlichen Gehörs sowie das Recht auf ein faires Verfahren.<sup>316</sup>

Angesichts des auf die Anerkennung und Vollstreckung mitgliedstaatlicher Entscheidungen begrenzten Anwendungsbereichs der Brüssel Ia-VO ist die praktische Bedeutung des Art. 45 Abs. 1 lit. a Brüssel Ia-VO bislang gering. Die gemeinsamen Bindungen der Mitgliedstaaten an den *acquis communautaire* des Unionsrechts, zu dem auch die Grundrechte der GRCh (einschließlich Art. 47 GRCh) sowie als allgemeine Rechtsgrundsätze nach Art. 6 Abs. 3 EUV die Rechte der EMRK (einschließlich Art. 6 Abs. 1 EMRK) gehören, führen tendenziell zu einer zunehmenden Konvergenz der materiell- und verfahrensrechtlichen *ordre public*-Gehalte der einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.<sup>317</sup> Deshalb trägt im Regelfall schon das Verfahren vor einem unionsrechtlich gebundenen Erstgericht dafür Rechnung, dass die zu beurteilende Entscheidung auch in anderen Mitgliedstaaten nicht mit grundlegenden Ordnungsvorstellungen in Konflikt geraten wird. Vor diesem Hintergrund versteht sich der im Novelierungsverfahren der Brüssel Ia-VO vorgebrachte Vorschlag der Europäischen Kommission, auch im Anerkennungs- und Vollstreckungsrecht auf einen *ordre public*-Vorbehalt zu verzichten und stattdessen nur noch auf das Recht auf ein faires Verfahren zu verweisen.<sup>318</sup> In einigen jüngeren unionsrechtlichen Verfahrensrechtsakten wie der EuVTVO<sup>319</sup>, der EuMahnVO<sup>320</sup> und der EuBagatell-VO<sup>321</sup> sucht man einen *ordre public*-Vorbehalt denn auch vergeblich. Im Gesetz-

---

<sup>316</sup> Vgl. etwa *Gottwald*, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), Brüssel Ia-VO, Art. 45, Rn. 16.

<sup>317</sup> Vgl. *J. Bachmann*, Universalisierung des Europäischen Zivilverfahrensrechts (2020), 139 ff.

<sup>318</sup> Art. 46 des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung), 14.12.2010, KOM(2010) 748 endg.; siehe dazu *Renner*, in: von Hein/Rühl (Hrsg.), Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union (2016), 359, 368, 371 m. w. N.

<sup>319</sup> Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen.

<sup>320</sup> Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens.

<sup>321</sup> Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen.

gebungsverfahren zur Brüssel Ia-VO konnte sich der Kommissionsvorschlag aber gegen den Widerstand der Mitgliedstaaten nicht durchsetzen.<sup>322</sup>

Wenngleich sich die verbleibenden Anwendungsfelder des Art. 45 Abs. 1 lit. a Brüssel Ia-VO auf Ausnahmekonstellationen beschränken, kann dem Vorbehalt gerade im Zusammenhang mit transnationalen Vertragsstreitigkeiten noch eine bedeutsame Kontrollfunktion zukommen und können hierbei die schon zum kollisionsrechtlichen *ordre public*-Vorbehalt entwickelten Anwendungsmaßgaben fruchtbar gemacht werden.<sup>323</sup> Dabei kann es vor allem darum gehen, auf ein etwaiges „Ausscheren“ des Erstgerichts aus bereits europäisch oder gar transnational geprägten *ordre public*-Wertungen zu reagieren. Entspricht etwa die durch das Erstgericht nicht beachtete Grundwertung des ersuchten Staates transnationalen oder zumindest transnationalisierungsfähigen Ordnungsvorstellungen, steht deren Durchsetzung im Wege der Anerkennungs- bzw. Vollstreckungsver-sagung nichts im Wege. Genau diese Erwägung steht hinter der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Krombach*, in welcher die Heranziehung einer verfahrensrechtlichen Vorschrift des deutschen Rechts im Rahmen der *ordre public*-Kontrolle durch ein um Vollstreckung einer französischen Adhäsionsentscheidung gegen einen deutschen Staatsangehörigen ersuchtes deutsches Gericht gerade deshalb akzeptiert wurde, weil sie auch dem Maßstab des Art. 6 EMRK für das Recht auf ein faires Verfahren entsprach.<sup>324</sup> Geht es hingegen um eine Durchsetzung partikularer Ordnungsvorstellungen des Anerkennungs- bzw. Vollstreckungsstaates, so ist bei der Berufung auf Art. 45 Abs. 1 lit. a Brüssel Ia-VO Zurückhaltung geboten. Eine Versagung kommt insoweit nur als *ultima ratio* und nur bei einem engen räumlichen Bezug zum Anerkennungs- bzw. Vollstreckungsstaat sowie einem deutlichen Überwiegen von dessen Ordnungsinteressen gegenüber dem Interesse an Entscheidungsfreizügigkeit und grenzüberschreitender Rechtssicherheit in Betracht.

## (2) Fehlende internationale Zuständigkeit

Das Anerkennungs- oder Vollstreckungsgericht überprüft im Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO grundsätzlich nicht, ob das Erstgericht seine internationale Entscheidungszuständigkeit zu Recht angenommen hat (Art. 45 Abs. 3 S. 1 Brüssel Ia-VO). Dies steht in Gegensatz zum nationalen Anerkennungsrecht

<sup>322</sup> von Hein, RIW 2013, 97, 109, Fn. 218; Renner, in: von Hein/Rühl (Hrsg.), Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union (2016), 359, 369.

<sup>323</sup> Dazu oben § 4 III. 3. b) dd) (S. 251 ff.). Für einen grundsätzlichen Gleichlauf zwischen anerkennungsrechtlichem und kollisionsrechtlichem *ordre public*-Vorbehalt auch Kokott/Rosch, in: FS Kronke (2020), 265, 270, 274.

<sup>324</sup> EuGH, Urteil vom 28.3.2000, Rs. C-7/98 – Krombach, Rn. 38 ff., 44 f.; BGHZ 144, 390; siehe dazu auch M. Stürmer, in: FS von Hoffmann (2011), 463, 469 ff.

(z. B. § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) und ist – wie der von Art. 52 Brüssel Ia-VO angeordnete Verzicht auf eine Überprüfung der Entscheidung in der Sache – ein weiterer Ausdruck des unionsinternen Vertrauensprinzips (siehe Erwägungsgrund 26).<sup>325</sup> Der Grundsatz der Nichtüberprüfung gilt auch dann, wenn das Erstgericht seine Zuständigkeit auf eine andere Rechtsgrundlage als die Brüssel Ia-VO gestützt hat.<sup>326</sup> Eine Ausnahme gilt aber für die in der Brüssel Ia-VO vorgesehenen zwingenden Zuständigkeiten, einerseits der Gerichtsstände zum Schutz schwächerer Parteien (Art. 45 Abs. 1 lit. e Var. 1 i. V. m. Kapitel II Abschnitte 3 bis 5), andererseits der ausschließlichen Gerichtsstände des Art. 24 Brüssel Ia-VO (Art. 45 Abs. 1 lit. e Var. 2 i. V. m. Kapitel II Abschnitt 6). Ob diese beachtet worden sind, hat auf Antrag auch das Zweitgericht zu überprüfen, muss dabei allerdings nach Art. 45 Abs. 2 Brüssel Ia-VO die vom Erstgericht festgestellten tatsächlichen Umstände zugrunde legen. Im Verletzungsfall ist der erstgerichtlichen Entscheidung die Anerkennung bzw. Vollstreckung zu versagen. Über Art. 45 Abs. 1 lit. e Brüssel Ia-VO wird das zuständigkeitsrechtliche Schutzkonzept der Brüssel Ia-VO zugunsten der Belange Schwächerer, Dritter und der Allgemeinheit, welchem im Hinblick auf transnationale Verträge eine wichtige Begrenzungsfunktion zukommt, also indirekt auch auf Anerkennungs- und Vollstreckungsebene abgesichert und bleibt dadurch eine Klage an den zwingenden Gerichtsständen selbst dann möglich, wenn bereits eine Entscheidung eines anderen mitgliedstaatlichen Gerichts vorliegt.

Keine derartige indirekte anerkennungs- und vollstreckungsrechtliche Absicherung der Zuständigkeitswahrung sieht die Brüssel Ia-VO hingegen für ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarungen und Schiedsvereinbarungen vor,<sup>327</sup> die gerade in transnationalen Verträgen verbreitet sind und einen wichtigen Baustein der grenzüberschreitenden Abstimmung auf gleichgelagerte Vertragsverhältnisse darstellen.<sup>328</sup> Hatte das Erstgericht seine Zuständigkeit also trotz einer entgegenstehenden Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarung angenommen, kann seiner Entscheidung im Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO nicht schon aus diesem Grund die Anerkennung und Vollstreckung versagt werden.<sup>329</sup> Auch

---

<sup>325</sup> Vgl. auch EuGH, Urteil vom 6.9.2012, Rs. C-619/10 – Trade Agency, Rn. 40; EuGH, Urteil vom 26.9.2013, Rs. C-157/12 – Salzgitter Mannesmann Handel, Rn. 31 f.

<sup>326</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 28.4.2009, Rs. C-420/07 – Apostolides, Rn. 49.

<sup>327</sup> *Gottwald*, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), Brüssel Ia-VO, Art. 45, Rn. 65 m. w. N.

<sup>328</sup> Dazu oben § 6 I. (S. 318).

<sup>329</sup> Ausführlich *Brüggemann*, Die Anerkennung prorogationswidriger Urteile im Europäischen und US-amerikanischen Zivilprozessrecht (2019), 153 ff. Zur Anwendbarkeit der Art. 36 ff. Brüssel Ia-VO auf Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte infolge einer angenommenen Unwirksamkeit einer Schiedsvereinbarung *Colberg*, Der Schutz der Schiedsvereinbarung (2019), 164 f.

ein Rückgriff auf den *ordre public*-Vorbehalt nach Art. 45 Abs. 1 lit. a Brüssel Ia-VO kommt insoweit gemäß Art. 45 Abs. 3 S. 2 Brüssel Ia-VO nicht in Betracht.<sup>330</sup> Damit gewichtet die Brüssel Ia-VO die Anwendung des Grundsatzes gegenseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten sowie die unionsinterne Urteilsfreizügigkeit höher als die Absicherung privatautonomer Verfahrenszuordnungen.<sup>331</sup> Die praktische Relevanz dieser Problematik relativiert sich aber, wenn man bedenkt, dass den Streitparteien schon im Verfahren vor dem Erstgericht die Möglichkeit offensteht, die einschlägigen Zuständigkeitsschranken geltend zu machen, namentlich durch Anrufung des vereinbarten Gerichts die Sperrwirkung des Art. 31 Abs. 2, Abs. 3 Brüssel Ia-VO herbeizuführen oder das vereinbarte Schiedsgericht anzurufen, dem dann z. B. im deutschen Recht nach § 1040 ZPO (vgl. Art. 16 UNCITRAL ML) die vorläufige Kompetenz-Kompetenz zur Entscheidung über die eigene Zuständigkeit zukommt. Vor dem Hintergrund, dass insbesondere professionelle Vertragsparteien bzw. deren Anwälte diese Möglichkeiten kennen und ausschöpfen werden, ist es sehr unwahrscheinlich, dass das Erstgericht auch in solchen Konstellationen die entgegenstehende Zuständigkeitsvereinbarung missachtet und in der Sache entscheidet. Für diesen Ausnahmefall wird vereinzelt doch ein Rückgriff auf den *ordre public*-Vorbehalt des Art. 45 Abs. 1 lit. a Brüssel Ia-VO erwogen,<sup>332</sup> was aber mit der ausdrücklichen Absage des Art. 45 Abs. 3 S. 2 Brüssel Ia-VO nicht vereinbar erscheint.<sup>333</sup> Die benachteiligte Partei ist jedoch auch dann nicht gänzlich schutzlos gestellt, sondern kann für die Verletzung der Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarung gegebenenfalls Kompensation auf materiellrechtlicher Ebene in Form von Schadensersatz verlangen.<sup>334</sup> Hierbei ist allerdings einschränkend zu beachten, dass

<sup>330</sup> Dieser betrifft zwar nur die Frage der gerichtlichen Zuständigkeit und gilt damit unmittelbar nur für die Konstellation der Hinwegsetzung über eine Gerichtsstandsvereinbarung. Für die Hinwegsetzung über eine Schiedsvereinbarung folgt das gleiche Ergebnis aber zumindest mittelbar aus Erwägungsgrund 12 Abs. 3 S. 1 Brüssel Ia-VO; vgl. *Frohloff*, Verletzung von Schiedsvereinbarungen (2017), 143.

<sup>331</sup> Kritisch hierzu *Mills*, Party Autonomy in Private International Law (2018), 129. Vgl. auch *Kindler*, in: FS Coester-Waltjen (2015), 485, 491, 498; *Hess*, in: Schlosser/Hess, EU-Zivilprozessrecht (5. Aufl. 2021), Art. 45 EuGVVO, Rn. 38.

<sup>332</sup> So etwa *Stadler*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO (19. Aufl. 2022), Art. 31 EuGVVO, Rn. 7; in Bezug auf die Hinwegsetzung über eine Schiedsvereinbarung *Schlosser*, in: Schlosser/Hess, EU-Zivilprozessrecht (5. Aufl. 2021), Art. 1 EuGVVO, Rn. 25.

<sup>333</sup> Dieser betrifft zwar nur die Frage der gerichtlichen Zuständigkeit und gilt damit unmittelbar nur für die Konstellation der Hinwegsetzung über eine Gerichtsstandsvereinbarung. Für die Hinwegsetzung über eine Schiedsvereinbarung folgt das gleiche Ergebnis aber zumindest mittelbar aus Erwägungsgrund 12 Abs. 3 S. 1 Brüssel Ia-VO; vgl. *Frohloff*, Verletzung von Schiedsvereinbarungen (2017), 143.

<sup>334</sup> Im Überblick *Gebauer*, in: FS Thümmel (2020), 197 ff.; *Peiffer/M. Weiler*, RIW 2020, 321 ff. sowie 641 ff.; *Gottwald*, in: FS H. Roth (2021), 699, 704 ff., 710 ff. Ausführlich zu Ge-

eine inhaltliche Inzidentüberprüfung eines nach Art. 36 ff. Brüssel Ia-VO anzuerkennenden, die eigene Zuständigkeit bejahenden mitgliedstaatlichen Urteils durch ein deutsches Gericht auch im nachgelagerten Schadenersatzprozess nicht in Betracht kommt.<sup>335</sup>

### b) LugÜ

Die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen der Gerichte Islands, Norwegens und der Schweiz richtet sich für ein deutsches Gericht nach Art. 32 ff., 38 ff. LugÜ i. V. m. §§ 1 Abs. 1 Nr. 2 lit. a, 55 f. AVAG. Die Anerkennungsvorschriften der Art. 32 ff. LugÜ entsprechen im Wesentlichen denjenigen der Art. 36 ff. Brüssel Ia-VO, sodass die Ausführungen zu diesen auf das LugÜ übertragen werden können. Gleiches gilt grundsätzlich auch für die Vollstreckungsvorschriften der Art. 38 ff. LugÜ, welche allerdings mangels Anpassung an die Brüssel Ia-VO noch ein Exequaturverfahren vorsehen. Dessen praktische Konsequenzen sollten aber nicht überbewertet werden, weil die Prüfungsmaßstäbe identisch bleiben.

### c) HGÜ

Trotz des Zuschnitts auf ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarungen trifft auch das HGÜ in den Art. 8 ff. eigene Regelungen zur Anerkennung und Vollstreckung, wenngleich mit engem Anwendungsbereich. Erfasst ist nur die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen eines nach Maßgabe des HGÜ vereinbarten Gerichts in den jeweils anderen Vertragsstaaten. Für deutsche Gerichte bedeutet dies, dass grundsätzlich nur Entscheidungen prorogierter Gerichte aus Mexiko, Montenegro, Singapur sowie dem Vereinigten Königreich<sup>336</sup> nach

---

gerichtsstandsvereinbarungen *Antomo*, Schadenersatz wegen der Verletzung einer internationalen Gerichtsstandsvereinbarung? (2017), 359 ff.; zu Schiedsvereinbarungen *Frohloff*, Verletzung von Schiedsvereinbarungen (2017), 111 ff.; *Colberg*, Der Schutz der Schiedsvereinbarung (2019), 170 ff.

<sup>335</sup> Vgl. *Gebauer*, in: FS Thümmel (2020), 197, 205 ff.; *Hausmann*, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht (9. Aufl. 2022), Rn. 7.180 f. Insoweit differenzierend für eine Erstattungsfähigkeit zumindest der vor dem derogierten Gericht angefallenen Rechtsverteidigungskosten plädierend *Antomo*, Schadenersatz wegen der Verletzung einer internationalen Gerichtsstandsvereinbarung? (2017), 628 ff.; *Mankowski*, in: Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band 1 (5. Aufl. 2021), Art. 25 Brüssel Ia-VO, Rn. 412 ff.; dagegen *Peiffer/M. Weiler*, RIW 2020, 321, 330; *Rieländer*, RabelsZ 84 (2020), 548, 565 ff.

<sup>336</sup> Für Entscheidungen, deren zugrunde liegendes Erkenntnisverfahren noch bis zum 31.12.2020 angestrengt wurde, gelten jedoch nach Art. 67 Abs. 2 Austrittsabkommen weiterhin die Art. 36 ff., 39 ff. Brüssel Ia-VO.



Maßgabe der Art. 8 ff. HGÜ i. V. m. §§ 1 Abs. 1 Nr. 2 lit. b, 58 AVAG anerkannt und vollstreckt werden müssen. Voraussetzung hierfür ist, dass die Entscheidung im Erstgerichtsstaat wirksam (nicht zwingend schon rechtskräftig) bzw. vollstreckbar ist (Art. 8 Abs. 3 HGÜ) und dass kein Versagungsgrund vorliegt. Eine sonstige Überprüfung der Entscheidung in der Sache findet nach Art. 8 Abs. 2 auch im Rahmen des HGÜ nicht statt. Da das HGÜ in den Art. 13 ff. nur rudimentäre Vorschriften zum Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren enthält, richtet sich dieses im Wesentlichen nach dem Recht des ersuchten Gerichts (vgl. Art. 14 S. 1 HGÜ).

Unter den Versagungsgründen des HGÜ sind in Bezug auf transnationale Vertragsstreitigkeiten – in Parallele zu Brüssel Ia-VO und LugÜ – in erster Linie die fehlende internationale Zuständigkeit des Erstgerichts (beruhend auf einer Unwirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 9 lit. a HGÜ oder Art. 9 lit. b HGÜ) sowie die Verletzung des *ordre public* des Anerkennungs- bzw. Vollstreckungsstaates (Art. 9 lit. e HGÜ) relevant.<sup>337</sup> Deren Auslegung kann sich wie schon im Erkenntnisverfahren auch im Anwendungsbereich des HGÜ an den für das Kollisions- und materielle Vertragsrecht entwickelten Leitlinien orientieren.<sup>338</sup>

#### d) Sonstige völkerrechtliche Verträge

Neben dem LugÜ und dem HGÜ sehen weitere bereichsspezifische völkerrechtliche Abkommen Anerkennungs- und Vollstreckungsvorschriften vor.<sup>339</sup> Von Bedeutung für transnationale Finanzverträge könnte insoweit primär das bislang nicht in Kraft getretene Haager Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile in Zivil- und Handelssachen vom 2. Juli 2019 sein,<sup>340</sup> dessen Erfolg allerdings noch abzuwarten bleibt.

<sup>337</sup> Ohne spezifische Relevanz für transnationale Vertragsstreitigkeiten sind demgegenüber die Versagungsgründe der fehlerhaften Zustellung des prozesseinleitenden Schriftstücks (Art. 9 lit. c HGÜ), der Entscheidungserlangung durch Prozessbetrug (Art. 9 lit. d HGÜ) und der Unvereinbarkeit mit einer Entscheidung aus dem Anerkennungs- bzw. Vollstreckungsstaat (Art. 9 lit. f HGÜ) oder einer früheren Entscheidung aus einem anderen Staat (Art. 9 lit. g HGÜ). Einzelheiten bei *R. Wagner*, *RabelsZ* 73 (2009), 100, 125 ff.

<sup>338</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) cc) (S. 365 f.).

<sup>339</sup> Auf eine Einzeldarstellung wird mangels spezifischer Relevanz für transnationale Finanzverträge verzichtet. Übersichten bei *Gottwald*, in: *MüKo ZPO*, Band 1 (6. Aufl. 2020), § 328, Rn. 35 ff.; *Junker*, *Internationales Zivilprozessrecht* (5. Aufl. 2020), § 27, Rn. 26 ff.; *Schack*, *Internationales Zivilverfahrensrecht* (8. Aufl. 2021), Rn. 949 ff.

<sup>340</sup> Im Überblick *Nielsen*, in: *FS Kronke* (2020), 415, 416 ff.; *Solomon*, in: *FS Thümmel* (2020), 873 ff.; ausführlich *Jacobs*, *Das Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen vom 2. Juli 2019* (2021). Zum Bearbeitungszeitpunkt war das Abkommen lediglich von der EU und der Ukraine ratifiziert und wird im Verhältnis dieser Vertragsparteien zum 1.9.



## e) ZPO

Sind keine vorrangigen europa- oder völkerrechtlichen Regelungen einschlägig, haben deutsche Gerichte über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Gerichtsentscheidungen in Zivilsachen nach den §§ 328, 722, 723 ZPO zu urteilen.<sup>341</sup> Im Zusammenhang mit transnationalen Finanzverträgen kann dies insbesondere in Bezug auf Entscheidungen US-amerikanischer Gerichte der Fall sein.

## aa) Anerkennung

Die für die Anerkennung ausländischer Entscheidungen maßgebliche Vorschrift im deutschen Zivilverfahrensrecht ist § 328 ZPO. Auch diese setzt kein eigenständiges Anerkennungsverfahren voraus, sondern misst ausländischen Entscheidungen automatisch und ohne Überprüfung in der Sache Wirkung bei, soweit kein Anerkennungshindernis vorliegt.<sup>342</sup> In Bezug auf die Frage des Anerkennungsumfangs ist, wie im Rahmen der Brüssel Ia-VO,<sup>343</sup> vom Grundsatz der Wirkungserstreckung auszugehen.<sup>344</sup> Dafür spricht neben der anerkennungsfreundlichen Tendenz der §§ 328, 723 ZPO auch im Anwendungsbereich der ZPO insbesondere der Gesichtspunkt der Ermöglichung einer zuverlässigen Zuständigkeitsplanung im Rahmen transnationaler Vertragsrechtsregime, die sich

---

2023 in Kraft treten (siehe die Pressemitteilung der Hague Conference on Private International Law vom 29.8.2022, The EU and Ukraine join the 2019 Judgments Convention, abrufbar unter <<https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=870>>). Unterzeichnet, aber noch nicht ratifiziert haben das Abkommen überdies Costa Rica, Israel, die Russische Föderation, die USA sowie Uruguay.

<sup>341</sup> Obschon die ZPO den Begriff des „Urteils“ verwendet, sind unstrittig auch andere verfahrensabschließende Entscheidungsformen gemeint; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht (18. Aufl. 2018), § 158, Rn. 36; *Gottwald*, in: MüKo ZPO, Band 1 (6. Aufl. 2020), § 328, Rn. 60; *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht (5. Aufl. 2020), § 32, Rn. 7; *Geimer*, in: Zöller, ZPO (34. Aufl. 2022), § 328, Rn. 68; *Stadler*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO (19. Aufl. 2022), § 328, Rn. 5.

<sup>342</sup> Teile des Schrifttums fordern zudem den Eintritt formeller Rechtskraft; etwa *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht (18. Aufl. 2018), § 158, Rn. 37; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 970; *Stadler*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO (19. Aufl. 2022), § 328, Rn. 5. § 723 Abs. 2 ZPO, der diese Voraussetzung nur für die Vollstreckung vorsieht, legt allerdings den gegenteiligen Umkehrschluss nahe; vgl. *Schlosser*, RIW 2001, 81, 89 f.; *Kropholler*, Internationales Privatrecht (5. Aufl. 2006), § 60 III. 3. a); *Schütze*, in: Wieczorek/Schütze (Hrsg.), ZPO, Band 5 (4. Aufl. 2015), § 328, Rn. 28; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht (8. Aufl. 2020), Rn. 2856; *Geimer*, in: Zöller, ZPO (34. Aufl. 2022), § 328, Rn. 69.

<sup>343</sup> Dazu oben § 6 II. 2. a) bb) (S. 386 f.).

<sup>344</sup> So auch *Kropholler*, Internationales Privatrecht (5. Aufl. 2006), § 60 V. 1.; *Hay/Rösler*, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht (5. Aufl. 2016), 77; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht (18. Aufl. 2018), § 158, Rn. 9; *Gottwald*, in: MüKo ZPO, Band 1 (6. Aufl. 2020), § 328, Rn. 5.

nicht zuletzt an den zu erwartenden grenzüberschreitenden Entscheidungswirkungen orientiert.

#### *bb) Vollstreckung*

Die Vollstreckung einer ausländischen Entscheidung in Deutschland setzt im Anwendungsbereich des autonomen deutschen Zivilprozessrechts nach § 722 Abs. 1 ZPO den vorherigen Erlass eines Vollstreckungsurteils voraus.<sup>345</sup> Damit ist insbesondere vor dem Hintergrund der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG dem Ergreifen von Vollstreckungsmaßnahmen aus drittstaatlichen Titeln eine richterliche Kontrolle vorgeschaltet.<sup>346</sup> Auch das Vollstreckungsurteil ergeht allerdings ohne Überprüfung der Entscheidung in der Sache, sondern setzt nach § 723 Abs. 2 ZPO lediglich voraus, dass die ausländische Entscheidung nach dem Recht des Erstgerichts formell rechtskräftig ist und kein Versagungsgrund nach § 328 ZPO vorliegt.

#### *cc) Versagungsgründe*

Die in § 328 ZPO aufgeführten Gründe, welche zur Versagung von Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen führen, weisen eine erhebliche Schnittmenge zu den Tatbeständen des Art. 45 Brüssel Ia-VO auf, gehen teilweise aber noch über diese hinaus. So findet zum einen die Prüfung von Amts wegen und nicht nur auf Antrag statt (Ausnahme: § 328 Abs. 1 Nr. 2 ZPO). Zum anderen ist mit dem Erfordernis der Gegenseitigkeit nach § 328 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 ZPO ein zusätzlicher Versagungsgrund vorgesehen und bestehen für die Überprüfung von *ordre public*-Verstößen und fehlender internationaler Erstentscheidungszuständigkeit im Hinblick auf transnationale Verträge größere praktische Anwendungsbereiche, auf die sich die folgenden Ausführungen konzentrieren.<sup>347</sup> Diese strengeren Maßstäbe erklären sich wiederum vor dem Hintergrund, dass der EU-intern geltende Grundsatz gegenseitigen Vertrauens nicht ohne Weiteres auf Drittstaaten übertragen werden kann.

---

<sup>345</sup> Hierfür zuständig ist nach § 722 Abs. 2 ZPO das Amts- oder Landgericht des allgemeinen Gerichtsstands des Vollstreckungsschuldners, hilfsweise des Gerichtsstands der Vermögensbelegenheit nach § 23 ZPO.

<sup>346</sup> Schack, ZVglRWiss 119 (2020), 237, 238.

<sup>347</sup> Ohne spezifische Relevanz für transnationale Vertragsstreitigkeiten sind die Versagungsgründe der fehlerhaften Zustellung des verfahrenseinleitenden Dokuments (§ 328 Abs. 1 Nr. 2 ZPO), der Unvereinbarkeit des anzuerkennenden bzw. zu vollstreckenden Urteils mit einem in Deutschland erlassenen Urteil oder einem in Deutschland anzuerkennenden früheren ausländischen Urteil oder des zugrunde liegenden Verfahrens mit einem früher in Deutschland rechtskräftig gewordenen Verfahren (§ 328 Abs. 1 Nr. 3 ZPO).

*(1) Verstoß gegen den ordre public*

Der *ordre public*-Vorbehalt des § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO schließt eine Anerkennung und Vollstreckung drittstaatlicher Gerichtsentscheidungen aus, wenn diese zu einem Ergebnis führen würde, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts unvereinbar ist. Trotz der leicht abweichenden Formulierung meint § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO in der Sache nichts anderes als Art. 45 Abs. 1 lit. a Brüssel Ia-VO, sodass die zu diesem entwickelten Maßgaben – einschließlich der Unterscheidung zwischen materiellem und verfahrensrechtlichem *ordre public* – weitestgehend auf § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO übertragen werden können.<sup>348</sup> Dies gilt im Umgang mit Entscheidungen über transnationale Vertragsstreitigkeiten auch für den Ansatz einer zweistufigen *ordre public*-Kontrolle, die einerseits im Falle der Transnationalität oder Transnationalisierungsfähigkeit der in Rede stehenden *ordre public*-Wertung und der fehlenden Einbeziehung von strukturell äquivalenten Ordnungselementen im Erstgerichtsstaat zur konsequenten Durchsetzung anhält, andererseits im Falle der fehlenden Transnationalisierungsfähigkeit der betroffenen Grundwertung nur eine restriktive, von der Nähebeziehung zum ersuchten Staat und einer Interessenabwägung abhängige Kontrolle zulässt.<sup>349</sup> Dabei geht allerdings die praktische Bedeutung des § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO über die des Art. 45 Abs. 1 lit. a Brüssel Ia-VO hinaus, weil für die Anerkennung und Vollstreckung drittstaatlicher Entscheidungen nicht ohne Weiteres von der für EU-Binnenverhältnisse charakteristischen Bindungen an gemeinsame Mindeststandards des *acquis communautaire* ausgegangen werden kann, die zu einer zunehmenden Konvergenz der *ordre public*-Gehalte der EU-Mitgliedstaaten führen. Im Verhältnis zu Drittstaaten kann der *ordre public*-Vorbehalt die einzig verbleibende Schnittstelle sein, mittels derer die deutsche Rechtsordnung auf eine etwaige Abkopplung transnationaler Vertragsrechtsregime von gesamtgesellschaftlichen Interessen reagieren kann. Im Anerkennungs- und Vollstreckungsstadium geht es hierbei vor allem darum, einem bewussten vollständigen *opting out of regulation* durch Kombinationen von Rechtswahl- und Gerichtsstandsvereinbarungen gerade zugunsten solcher Drittstaaten vorzubeugen, deren Rechtsordnungen transnationalen oder transnationalisierungsfähigen Mindeststandards nicht genügen. So könnte mit dem *ordre public*-Vorbehalt etwa dem Versuch begegnet werden, die supranationalen und nationalen, jeweils auf Umsetzung transnationaler Leitlinien beruhenden Vorgaben zur Gläubigerbeteiligung an der Sanierung oder Abwicklung einer deutschen Bank nach Art. 27 SRM-VO oder §§ 89 ff. SAG zu umgehen, indem vor drittstaatlichen Gerichten auf vollumfängliche Leistung

<sup>348</sup> Dazu oben § 6 II. 2. a) dd) (1) (S. 388 ff.); vgl. zur Übertragbarkeit auch *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht (6. Aufl. 2020), § 32, Rn. 18.

<sup>349</sup> Dazu oben § 4 III. 3. b) dd) (S. 253 ff.).

geklagt und das erstrittene Urteil in das in Deutschland belegene Bankvermögen vollstreckt wird.<sup>350</sup> Ebenso am *ordre public*-Vorbehalt würde die Anerkennung und Vollstreckung der Urteile drittstaatlicher Gerichte scheitern, die beispielsweise Finanzgeschäfte als wirksam behandeln, welche der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung dienen. Durch eine Anerkennungs- und Vollstreckungsver-sagung in solchen Fällen können deutsche Gerichte indirekt zur Schwächung derartiger Gerichtsstände und zugleich zur Stärkung des transnationalen *ordre public* beitragen, weil dessen Berücksichtigung für Beteiligte transnationaler Vertragsrechtsregime gleichsam zur „Geschäftsgrundlage“ für eine Inanspruchnahme der deutschen staatlichen Justizressourcen wird.

## (2) Fehlende internationale Zuständigkeit

Eine Anerkennung oder Vollstreckung ausländischer Urteile kommt nach § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auch dann nicht in Betracht, wenn das Erstgericht nach deutschen Gesetzen international unzuständig gewesen wäre. Das ist insbesondere der Fall, wenn eine nach deutschem Recht einschließlich der Brüssel Ia-VO und des LugÜ begründete ausschließliche oder zwingende Schutzzuständigkeit nicht beachtet worden ist.<sup>351</sup> Insofern wird § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zu einem entscheidenden Instrument deutscher Gerichte, um Umgehungen gerade auch der zwingenden Zuständigkeitsvorschriften der Brüssel Ia-VO zugunsten des Schwächeren-, Dritt- und Gemeinwohlschutzes wie Art. 19 und 24 Brüssel Ia-VO durch die Prorogation drittstaatlicher Gerichte aufzufangen und die als notwendig erkannten Begrenzungsfunktionen des staatlichen Rechts im Hinblick auf transnationale Vertragsrechtsregime aufrechtzuhalten.

Nach verbreiteter Auffassung geht § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO aber noch weiter und verlangt eine umfassende Zuständigkeitsprüfung nach dem sog. Spiegelbildprinzip, wonach das ausländische Urteil nur dann anerkennungsfähig sein soll, wenn für den Staat des Erstgerichts ein Tatbestand erfüllt war, der, wäre er in Deutschland verwirklicht gewesen, nach deutschem Recht zur internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte geführt hätte.<sup>352</sup> Dahinter steht die Erwägung, dass die Vereinbarkeit der Zuständigkeitsbehauptung des ausländischen Gerichts mit den im deutschen Zuständigkeitsrecht vorgesehenen Gerichtsständen ein Mindestniveau an Verfahrensfairness garantiere und den Beklagten vor unvor-

<sup>350</sup> Dazu oben § 4 III. 3. b) cc) (S. 249 f.).

<sup>351</sup> Vgl. zur Einbeziehung der zwingenden Zuständigkeiten nach der Brüssel Ia-VO Kern, ZP 120 (2007), 31, 43 ff.; Junker, Internationales Zivilprozessrecht (6. Aufl. 2020), § 32, Rn. 29; Linke/Hau, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 13.10.

<sup>352</sup> Junker, Internationales Zivilprozessrecht (6. Aufl. 2020), § 32, Rn. 28; Linke/Hau, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 13.9. Kritisch hierzu Sonnentag, ZVglR-Wiss 113 (2014), 83, 85 ff.

hersehbaren sowie unzumutbaren Gerichtsständen schütze.<sup>353</sup> Zwar ist diesem Ansatz aus praktischer Sicht zugute zu halten, dass er dem ersuchten inländischen Gericht die Zuständigkeitsüberprüfung leicht macht und angesichts der Breite der im deutschen Recht vorgesehenen Zuständigkeiten ohnehin nur selten Konflikte aufwerfen dürfte.<sup>354</sup> Gerade im Hinblick auf transnationale Ordnungskontexte stellt er sich jedoch strukturell als problematische Ausprägung des Territorialitätsprinzips dar. Je mehr Staaten ein solches Spiegelbildprinzip anwenden, desto schwieriger gestaltet sich das grenzüberschreitende Zusammenwirken von Gerichten und desto stärker wird die durch eine erstrittene Gerichtsentscheidung gewonnene Rechtssicherheit auf der transnationalen Ordnungsebene eingeschränkt. Dies gilt selbst dann, wenn das Schutzniveau des ausländischen Zuständigkeitsrechts vergleichbar ist, aber schlicht auf einer anderen Systematik beruht.<sup>355</sup> Das Spiegelbildlichkeitsprinzip ist nämlich nicht auf einen funktionalen Vergleich der Zuständigkeitsrechte angelegt, sondern erhebt die Tatbestände des heimischen Zuständigkeitsrechts zum vermeintlich universalisierbaren Maßstab angemessenen Rechtsschutzes.

Vor diesem Hintergrund wird von einigen Autoren erwogen, *de lege ferenda* auf das Erfordernis einer positiven Begründbarkeit der internationalen Zuständigkeit des Erstgerichts nach deutschem Recht zu verzichten und den Ausschluss inakzeptabler Zuständigkeitsanmaßungen stattdessen über den verfahrensrechtlichen *ordre public* nach § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO vorzunehmen.<sup>356</sup> *De lege lata* ist die spiegelbildliche Zuständigkeitsprüfung nach deutschem Recht jedoch unumgänglich, kann indes im Zusammenhang mit transnationalen Vertragsstreitigkeiten durchaus responsiv gehandhabt werden. Insbesondere können Zuständigkeitsbeanspruchungen ausländischer Gerichte, die den zum zuständigkeitsrechtlichen Umgang mit transnationalen Vertragsstreitigkeiten im Erkenntnisverfahren vorgeschlagenen Maßgaben gerecht werden,<sup>357</sup> auch im Rahmen des § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO als anerkennungs- und vollstreckungswürdig akzeptiert werden. Zuständigkeitsanmaßungen solcher Gerichte hingegen, die nach diesen Maßgaben durch Gerichtsstandsvereinbarung wirksam derogiert gewesen wä-

---

<sup>353</sup> Vgl. Kern, ZJP 120 (2007), 31, 49 ff.; Sonnentag, ZVglRWiss 113 (2014), 83, 85 f., Gottwald, in: MüKo ZPO, Band 1 (6. Aufl. 2020), § 328, Rn. 84; Geimer, in: Zöller, ZPO (34. Aufl. 2022), § 328, Rn. 138.

<sup>354</sup> Zu Letzterem Kropholler, Internationales Privatrecht (5. Aufl. 2006), § 60 IV. 5. a).

<sup>355</sup> Sonnentag, ZVglRWiss 113 (2014), 83, 87 ff.; vgl. auch Kropholler, Internationales Privatrecht (5. Aufl. 2006), § 60 IV. 5. c).

<sup>356</sup> Gottwald, ZJP 103 (1990), 257, 275 f.; Gottwald, in: MüKo ZPO, Band 1 (6. Aufl. 2020), § 328, Rn. 86; Sonnentag, ZVglRWiss 113 (2014), 83, 86, 90 f., der als mögliches Vorbild auf das schweizerische Anerkennungsrecht verweist, welches auf eine Zuständigkeits- wie auch auf eine Anerkennungsparallelität bewusst verzichtet.

<sup>357</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) dd) (S. 366 ff.); § 6 II. 1. b) cc) (S. 382 f.).



ren, kann und sollte schon aus diesem Grund mit einer Anerkennungs- und Vollstreckungsversagung begegnet werden, wodurch indirekt der Anreiz zur Achtung entsprechender Gerichtsstandsvereinbarungen auch in Drittstaaten erhöht würde.

### (3) Gegenseitigkeitserfordernis

Eine weitere über Art. 45 Brüssel Ia-VO hinausgehende Anerkennungs- und Vollstreckungsbegrenzung liegt im Erfordernis der Gegenseitigkeit nach § 328 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. Hiernach wird eine ausländische Entscheidung in Deutschland nicht mit Wirkungen versehen, wenn der Erststaat im spiegelbildlichen Fall eine deutsche Entscheidung nicht anerkennen würde. Im Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO findet sich ein solches Kriterium schon deshalb nicht, weil alle Mitgliedstaaten über Art. 36 ff. Brüssel Ia-VO im Verhältnis zueinander an identische Anerkennungsmaßstäbe gebunden sind. Die Zielrichtung des Gegenseitigkeitserfordernisses liegt darin, einen Anreiz für die großzügige Anerkennung deutscher Entscheidungen im Ausland zu schaffen bzw. deren Nichtanerkennung zu sanktionieren.<sup>358</sup> Da die Leidtragenden dieser auf zwischenstaatliche Beziehungen ausgerichteten Erwägung allerdings private Streitparteien sind, steht das Gegenseitigkeitserfordernis rechtspolitisch zunehmend in der Kritik.<sup>359</sup> Seine praktische Relevanz wird indes schon *de lege lata* durch die in der deutschen Rechtsprechung vorherrschende anerkennungsfreundliche Auslegung relativiert. So genügt es etwa, wenn nicht sämtliche Entscheidungen deutscher Gerichte, sondern nur solche der Gattung des Ersturteils im Drittstaat nicht auf wesentliche größere Anerkennungsschwierigkeiten stoßen als in Deutschland, insbesondere keiner Nachprüfung in der Sache unterliegen.<sup>360</sup> Diese restriktive Auslegung ist im Kontext der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in transnationalen Vertragsstreitigkeiten umso mehr zu befürworten.

### 3. Zwischenergebnis

Wird eine transnationale Vertragsstreitigkeit vor einem staatlichen Gericht ausgetragen, so ist auch im Internationalen Zivilverfahrensrecht eine Verhältnisbestimmung zwischen transnationaler Ordnungsebene und staatlichem Recht vor-

<sup>358</sup> Vgl. *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht (6. Aufl. 2020), § 32, Rn. 32.

<sup>359</sup> Vgl. etwa von *Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band I (2. Aufl. 2003), § 5, Rn. 58 ff.; *Sonnentag*, ZVglRWiss 113 (2014), 83, 93 f.; *Basedow*, in: FS Coester-Waltjen (2015), 335, 346 ff.; *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 13.46; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 1026 ff. Befürwortend hingegen *Schütze*, in: FS Martiny (2014), 825, 827 f.

<sup>360</sup> Vgl. BGHZ 42, 194, 196 f.; BGHZ 50, 100; BGHZ 52, 251, 255 f.; BGH NJW 2001, 524, 525; OLG Hamburg NJW-RR 2013, 629, 630 f.



zunehmen, die mit den für das Kollisions- und materielle Vertragsrecht entwickelten Maßgaben harmoniert.

Im Erkenntnisverfahren betrifft dies zuvörderst die Frage der internationalen Zuständigkeit. Insoweit suchen in aller Regel schon die Vertragsparteien selbst durch den Abschluss ausschließlicher Gerichtsstandsvereinbarung Klarheit zu schaffen, sei es zugunsten oder zulasten deutscher Gerichte. Die vom angerufenen Gericht zu treffende Entscheidung über die Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung wird dann zur zentralen Weichenstellung für die Möglichkeit der deutschen Rechtsordnung, auf den streitgegenständlichen Sachverhalt inhaltlich zuzugreifen. Verkompliziert wird diese Weichenstellung allerdings aus der Sicht eines deutschen Gerichts durch eine Pluralität von Rechtsquellen, die im Einzelfall zu beachten sein können. So unterliegen zumindest im Grundsatz Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten der Gerichte Deutschlands oder eines anderen EU-Mitgliedstaates der Brüssel Ia-VO, Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten der Gerichte Islands, Norwegens und der Schweiz dem LugÜ, Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der Gerichte Mexikos, Montenegros, Singapurs sowie des Vereinigten Königreichs dem HGÜ und Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten der Gerichte sonstiger Drittstaaten wie beispielsweise den USA der ZPO.

Unabhängig von der im konkreten Einzelfall einschlägigen Rechtsquelle können indes übergreifende Leitlinien für einen responsiven verfahrensrechtlichen Umgang mit auf transnationale Verträge bezogenen Gerichtsstandsvereinbarungen entwickelt werden. Hinsichtlich der an das Zustandekommen einer Gerichtsstandsvereinbarung zu stellenden Anforderungen umschließt dies einen zumindest bei professionellen Vertragsparteien großzügigen Umgang mit Bestimmtheits-, Form- und materiellrechtlichen Vorgaben unter Einbeziehung bereichsspezifischer Gepflogenheiten und normativer Erwartungshaltungen. Bezüglich der Begrenzungen von Gerichtsstandsvereinbarungen, mittels derer das staatliche Recht eine Rückbindung transnationaler Vertragsrechtsregime an die Belange des Schwächeren-, Dritt- und Gemeinwohlschutzes auch auf verfahrensrechtlicher Ebene sicherstellen kann, greifen die in Frage kommenden Rechtsquellen zwar zum Teil auf unterschiedliche Techniken zurück – die Brüssel Ia-VO und das LugÜ vor allem auf Formerfordernisse und derogationsfeste Schutzgerichtsstände; das HGÜ und die ZPO daneben auch auf personenbezogene Einschränkungen und eine inhaltliche Kontrolle auf Vereinbarkeit mit Grundwertungen der eigenen Rechtsordnung. Diese können jedoch allesamt bei responsiver Herangehensweise auf die für das Kollisions- und Vertragsrecht entwickelten Anwendungsmaßgaben abgestimmt werden und so einen gebietsübergreifend kohärenten Umgang mit transnationalen Verträgen ermöglichen.

Hat ein Erkenntnisverfahren in einer transnationalen Vertragsstreitigkeit im Ausland stattgefunden und zu einer gerichtlichen Entscheidung geführt, kann ein

deutsches Gericht mit dieser auch noch im Anerkennungs- und Vollstreckungsstadium konfrontiert werden. Dabei ist wiederum nach der anwendbaren Rechtsquelle zu differenzieren und ist grundsätzlich für Entscheidungen der Gerichte anderer EU-Mitgliedstaaten die Brüssel Ia-VO, für Entscheidungen der Gerichte Islands, Norwegens und der Schweiz das LugÜ, für auf Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem HGÜ basierende Entscheidungen der Gerichte Mexikos, Montenegros, Singapurs sowie des Vereinigten Königreichs das HGÜ und für Entscheidungen der Gerichte von Drittstaaten im Übrigen, soweit keine sonstigen Staatsverträge eingreifen, die ZPO maßgeblich. Primärer Anknüpfungspunkt für eine responsive Anwendung ist dabei die Prüfung möglicher Versagungsgründe, die im Rahmen der Brüssel Ia-VO auf Antrag, im Übrigen schon von Amts wegen erfolgt. Entscheidende Bedeutung kommt hierbei der nach allen in Betracht kommenden Rechtsquellen möglichen Überprüfung des ausländischen Urteils auf Verstöße gegen den *ordre public* des Anerkennungs- bzw. Vollstreckungsstaates sowie auf das Fehlen der internationalen Zuständigkeit des Erstgerichts zu. Im Rahmen der *ordre public*-Kontrolle können hierbei wiederum die schon für das Kollisionsrecht entwickelten Leitlinien einer responsiven Anwendung auf transnationale Vertragsstreitigkeiten fruchtbar gemacht werden, während im Rahmen der nachträglichen Zuständigkeitsüberprüfung die für die Zuständigkeitsprüfung im Erkenntnisverfahren, insbesondere zu Gerichtsstandsvereinbarungen, ausgearbeiteten Maßgaben herangezogen werden können. Auf dieser Grundlage erschließen sich auch auf der Anerkennungs- und Vollstreckungsebene Wege zu einem Ineinandergreifen von Kollisions-, Vertrags- und Verfahrensrecht im Dienste eines ermöglichenden wie auch korrigierenden Zusammenspiels zwischen staatlichem Recht und transnationaler Ordnungsebene.

### III. Private Schiedsgerichtsbarkeit

Als alternative Form der verbindlichen Beilegung privatrechtlicher Streitigkeiten tritt neben die staatliche Gerichtsbarkeit die Schiedsgerichtsbarkeit, welche in Wirtschaftsbereichen wie dem grenzüberschreitenden Handel, dem Anlagenbau und bei Unternehmenskäufen zur dominierenden Streitbeilegungsmethode aufgestiegen ist.<sup>361</sup> Zu ihren Vorzügen gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit

---

<sup>361</sup> Pfeiffer, in: Gesellschaft für Rechtspolitik/Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier/Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law (Hrsg.), Bitburger Gespräche: Jahrbuch 2016 (2017), 13, 16. Für eine Auswertung empirischer Studien zur Verwendung der Schiedsgerichtsbarkeit in einzelnen Branchen und einen Vergleich mit den Entwicklungen der Fallzahlen staatlicher Gerichte in Deutschland siehe Hoffmann/Maurer, ZfRSoz 31 (2010), 279, 286 ff.

werden vor allem die Vertraulichkeit des Verfahrens, eine potenziell kürzere Verfahrensdauer, die weitergehenden Möglichkeiten zur Verfahrensgestaltung, einschließlich der Wahl sachkundiger Schiedsrichter, sowie die in hohem Maße gewährleistete grenzüberschreitende Durchsetzbarkeit auf Grundlage des für über 170 Vertragsstaaten geltenden UNÜ gezählt.<sup>362</sup> Trotz dieser augenscheinlichen Vorteile bestehen jedoch auch Vorbehalte<sup>363</sup> und hat die Schiedsgerichtsbarkeit in dem im Fokus dieser Untersuchung liegenden Finanzbereich die staatliche Gerichtsbarkeit als vorrangige Streitbeilegungsform bislang nicht verdrängt. Auch hier deutet sich aber ein Bedeutungszuwachs an,<sup>364</sup> der sich etwa in der Etablierung der Schiedsorganisation P.R.I.M.E. Finance äußert, die unter anderem eng mit der ISDA kooperiert.<sup>365</sup> Zugleich bemühen sich Schiedsorganisationen wie die DIS, die AAA, die CIATEC und das FDRC für Finanzstreitigkeiten attraktiver zu werden,<sup>366</sup> sodass zu erwarten steht, dass die Schiedsgerichtsbarkeit künftig auch in diesem Bereich eine immer wichtigere Rolle für die Transnationalisierung des Rechts spielen wird.

### *1. Autonomie der Schiedsgerichtsbarkeit und Rückbindung an das staatliche Recht*

Für Streitparteien, die an einer möglichst authentischen inhaltlichen Durchsetzung eines an transnational vereinheitlichten Maßstäben orientierten Vertragsprogramms interessiert sind, scheint als verfahrensrechtliche Ergänzung zur Verwendung transnationaler Musterdokumente ein Rückgriff auf die private Schiedsgerichtsbarkeit überaus nahe zu liegen, eröffnet diese doch im Vergleich zur staatlichen Gerichtsbarkeit deutlich größere Spielräume schon bei der Festlegung der anzuwendenden Entscheidungsmaßstäbe. Insbesondere sind Schieds-

---

<sup>362</sup> Ausführlich *Schütze*, in: Schütze/Tscherning/W. Wais (Hrsg.), Handbuch des Schiedsverfahrens (2. Aufl. 1990), 1 ff., Rn. 2 ff.; *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht (2019), 6 ff.; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 1361 ff.

<sup>363</sup> Überblick zu potenziellen Nachteilen bei *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht (2019), 16 ff.; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 1366 ff.

<sup>364</sup> Vgl. *Horn*, in: FS Sandrock (2000), 385, 391 ff.; *Benjamin/Bowden/Rouch*, Law & Fin. Mkt. Rev. 2 (2008), 321, 323; *Wiebecke*, SchiedsVZ 2008, 34; *Braithwaite*, Mod. L. Rev. 75 (2012), 779, 789 f.; *Braithwaite*, The Financial Courts (2020), 348 ff.; *Engert*, Rechtswissenschaft 2014, 301, 317; *Hadfield*, Rules for a Flat World (2017), 335 ff.; *Hess*, The Private-Public Divide in International Dispute Resolution (2018), 152 f.; *Affaki*, in: FS Kronke (2020), 1317 ff. Siehe auch die Webseite <<http://arbinfinanz.uni-koeln.de/>>.

<sup>365</sup> Siehe den Internetauftritt unter <<https://primefinancedisputes.org/>>. Ausführliche Darstellung bei *Dalhuisen*, Arbitration in International Finance (2012); *Ross*, CMLJ 7 (2012), 221. Vgl. auch *Biggins*, GLJ 13 (2012), 1297, 1326 f.; *Hess*, The Private-Public Divide in International Dispute Resolution (2018), 153; *Pistor*, The Code of Capital (2019), 146.

<sup>366</sup> Dazu schon oben § 6 I. (S. 366).

gerichte nach ganz überwiegender Ansicht bei der Bestimmung des anwendbaren Sachrechts nicht an ein bestimmtes staatliches Kollisionsrecht gebunden<sup>367</sup> und können sie bei entsprechender Parteivereinbarung ohne die Notwendigkeit einer „Zwischenschaltung“ nationalen Rechts<sup>368</sup> auch nichtstaatliche Regelwerke, ja sogar Billigkeitsmaßstäbe heranziehen.<sup>369</sup>

Dennoch bedeutet die Entscheidung der Parteien eines transnationalen Vertrages für ein privates Schiedsgericht keineswegs, dass damit alle verfahrensrechtlichen Verbindungen zum staatlichen Recht gekappt wären. Der Gedanke einer vom staatlichen Recht losgelösten „anationalen“ Schiedsgerichtsbarkeit wird zwar in der Theorie immer wieder durchgespielt.<sup>370</sup> In der Praxis können private Schiedsgerichte aber trotz ihres vergleichsweise hohen Maßes an Autonomie<sup>371</sup> in verschiedenen Situationen auf eine Kooperationsbereitschaft staatlicher Gerichte angewiesen sein – namentlich dann, wenn abredewidrig ein konkurrierendes Parallelverfahren vor einem staatlichen Gericht angestrengt wird, eine Unterstützung bei der Verfahrensdurchführung benötigt wird oder ein ergangener Schiedsspruch in einem bestimmten Staat anerkannt oder vollstreckt werden soll.<sup>372</sup> Über diese Schnittstellen wirken staatliche Gerichte an der Funktionalität des privaten Schiedswesens mit und üben über dieses ein Mindestmaß an

<sup>367</sup> Etwa *Böckstiegel*, in: FS Beitzke (1979), 443, 446 ff.; *Renner*, Zwingendes transnationales Recht (2010), 79 ff.; *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), *Regelsetzung im Privatrecht* (2019), 165, 180 f.; *Pfeiffer*, NJW 2012, 1169, 1170 f.; *Babić*, J. Priv. Int'l L. 13 (2017), 71 f.; *Beatson*, Arb. Int'l 33 (2017), 175, 180; *Buchwitz*, *Schiedsverfahrensrecht* (2019), 177; *Pörnbacher/B. Zahn*, in: FS Thümmel (2020), 617, 619 ff.; *von Hein*, in: Rauscher (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, Band 3 (5. Aufl. 2023), Art. 1 Rom I-VO, Rn. 40. Ausführliche Darstellung des Diskussionsstands bei *Gößling*, *Europäisches Kollisionsrecht und Internationale Schiedsgerichtsbarkeit* (2019), 11 ff., 60 ff.

<sup>368</sup> Vgl. *Lew*, Arb. Int'l 22 (2006) 179, 186 f.; *Collins*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 121, 135 f.

<sup>369</sup> *Martiny*, in: FS Schütze (1999), 529, 536 f.; *Ali*, in: P. Berman (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism* (2020), 787 ff. Dies spiegelt sich wider in Kollisionsregeln wie Art. 28 UNCITRAL ML; § 1051 ZPO; Sec. 46 UK Arbitration Act 1996; Art. 187 IPRG der Schweiz; vgl. auch Art. 24 DIS Schiedsgerichtsordnung 2018; Art. 21 ICC Rules of Arbitration 2021. Zu den historischen Hintergründen *Stauder*, *SchiedsVZ* 2014, 287, 288 f. In der Praxis sind Rechtswahlvereinbarungen zugunsten nichtstaatlicher Entscheidungsmaßstäbe allerdings die Ausnahme; vgl. *Drahozal*, *Notre Dame L. Rev.* 80 (2005), 523, 536 ff.

<sup>370</sup> Ausführlich *Gaillard*, *Legal Theory of International Arbitration* (2010), 35 ff.; *Gaillard*, in: *Schultz/Ortino* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Arbitration* (2020), 554, 557 ff.; vgl. auch *Rensmann*, *Anationale Schiedssprüche* (1997), 78 ff.; *Lew*, Arb. Int'l 22 (2006) 179 ff. Überblick zu Entwicklung und Vertretern dieser Sichtweise bei *Berger*, in: *Berger* (Hrsg.), *The Practice of Transnational Law* (2001), 1 ff.

<sup>371</sup> Vgl. hierzu *Bermann*, in: FS Kronke (2020), 1343 ff.

<sup>372</sup> Vgl. *Mills*, *Party Autonomy in Private International Law* (2018), 264, 269; *Gößling*, *Europäisches Kollisionsrecht und Internationale Schiedsgerichtsbarkeit* (2019), 16; *Shaffer/*

Kontrolle aus.<sup>373</sup> Selbst wenn die meisten Schiedsverfahren faktisch ohne eine Einschaltung staatlicher Gerichte auskommen, kann sich schon die bloße Existenz derartiger Rückgriffsmöglichkeiten auf das Verhalten der Beteiligten im Schiedsverfahren, die Entscheidungsfindung des Schiedsgerichts wie auch die Bereitschaft zur freiwilligen Befolgung des Schiedsspruchs auswirken.<sup>374</sup>

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Leitfrage dieser Arbeit nach einem responsiven Umgang mit transnationalen Verträgen aus der Perspektive der staatlichen Rechtsordnung daher auch in Konstellationen, in welchen sich die Parteien grundsätzlich auf eine Streitaustragung vor privaten Schiedsgerichten verständigt haben. Die zentralen Aspekte, die hierbei aus Sicht eines staatlichen Gerichts zu beurteilen sein können, sind die Prüfung der verbleibenden eigenen Zuständigkeit im Erkenntnisverfahren bei Bestehen einer Schiedsvereinbarung sowie die Anerkennung, Vollstreckung und Aufhebung ergangener Schiedssprüche. Wichtigste Rechtsquelle zur Beantwortung dieser Fragen ist aus der Sicht eines deutschen Gerichts das 10. Buch der ZPO, das zwar nur dann vollumfänglich zur Anwendung kommt, wenn der Ort des in Rede stehenden Schiedsverfahrens in Deutschland liegt (vgl. § 1025 Abs. 1 ZPO),<sup>375</sup> und auch in diesem Fall noch größtenteils dispositiv ist (vgl. § 1042 Abs. 3 ZPO). Seine Vorschriften orientieren sich aber stark am UNCITRAL ML und verweisen zudem in Bezug auf im Ausland ergehende Schiedssprüche auf das UNÜ, weshalb ein weitgehender Gleichlauf zum Schiedsverfahrensrecht zahlreicher anderer Staaten wie auch eine Kompatibilität zu den Verfahrensordnungen der wichtigsten privaten Schiedsorganisationen besteht. Ergänzend zu beachten sind die Vorgaben des Europäischen Übereinkommens über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit von 1961 (EuÜ), wenn die Schiedsparteien ihren Sitz in dessen Vertragsstaaten haben. Das Unionsrecht spielt demgegenüber aufgrund der Bereichsaus-

---

*Halliday*, in: Zumbansen (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Transnational Law* (2021), 987, 991.

<sup>373</sup> Vgl. *Hirsch*, *SchiedsVZ* 2003, 49, 50; *Tercier*, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), *Rechtsdurchsetzung ohne Staat* (2019), 45, 48 ff., 59 f.

<sup>374</sup> Insoweit bewegt sich auch die Schiedsgerichtsbarkeit „im Schatten des staatlichen Rechts“. Siehe zu diesem Konzept *Mnookin/Kornheuser*, *Yale L. J.* 88 (1979), 950; *Galanter*, *JLP* 19 (1981), 1, 2 ff.

<sup>375</sup> Dies entspricht der international verbreiteten „Sitztheorie“, wonach sich das anwendbare Schiedsverfahrensrecht nach dem von den Parteien frei bestimmbar Sitz des Schiedsverfahrens richtet (siehe Art. 20 UNCITRAL ML; Art. V Abs. 1 lit. a, d, e UNÜ). Die §§ 1025 ff. ZPO können freilich auch bei ausländischem Schiedsort zur Anwendung kommen, wenn die Parteien dies vereinbaren und das Recht des Schiedsortes dies zulässt. Auch dann gälte der Schiedsspruch aus Sicht deutscher Gerichte aber als ausländischer; siehe den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts vom 12.7.1996, BT-Drs. 13/5274, 62; *Buchwitz*, *Schiedsverfahrensrecht* (2019), 36; *Münch*, in: *MüKo ZPO*, Band 3 (6. Aufl. 2022), § 1025, Rn. 17.



nahme der Art. 1 Abs. 2 lit. d Brüssel Ia-VO<sup>376</sup> und des in Art. 73 Abs. 2 Brüssel Ia-VO anerkannten Vorrangs des UNÜ für die Schiedsgerichtsbarkeit bislang kaum eine Rolle.<sup>377</sup>

## 2. Prüfung der Zuständigkeit in der Einredesituation

In privatrechtlichen Streitigkeiten kann keine Partei gezwungen werden, ihr Recht vor einem staatlichen Gericht zu verfolgen. Die Bereitstellung staatlicher Zivilgerichte stellt lediglich ein Angebot dar, dessen sich Privatparteien bedienen können, aber nicht müssen („Wo kein Kläger, da kein Richter“).<sup>378</sup> Dies gilt selbst dann, wenn es um die Durchsetzung zwingenden Rechts geht.<sup>379</sup> Diese verfahrensrechtliche Dispositionsmaxime findet unter anderem darin Ausdruck, dass die staatliche Rechtsordnung nicht nur keine grundsätzlichen Vorbehalte gegen eine Austragung privatrechtlicher Streitigkeiten vor Schiedsgerichten hegt, sondern diese gar als „eine der staatlichen Gerichtsbarkeit prinzipiell gleichwertige Rechtsschutzmöglichkeit“ anerkennt,<sup>380</sup> der eigene, auch von staatlichen Gerichten zu beachtende Rechtswirkungen zugestanden werden.<sup>381</sup> Zu diesen gehört insbesondere die Abbedingung der Entscheidungszuständigkeit staatlicher Gerichte für das Erkenntnisverfahren, wenn eine den Streitgegenstand erfassende Schiedsvereinbarung vorliegt und eine Streitpartei sich vor Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache auf diese beruft (§ 1032 Abs. 1 ZPO). Dies gilt in Verbindung mit § 1025 Abs. 2 ZPO auch dann, wenn der Schiedsort im Ausland liegt oder noch nicht bestimmt ist (siehe auch Art II Abs. 3 UNÜ).<sup>382</sup> Eine dennoch vor einem staatlichen Gericht erhobene Klage ist als unzulässig

<sup>376</sup> Ebenso Art. 1 Abs. 2 lit. d Var. 2 LugÜ.

<sup>377</sup> Vgl. *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht (2019), 38 f.; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 1390 f., der dies *de lege ferenda* als nicht mehr zeitgemäß kritisiert.

<sup>378</sup> Vgl. *Calliess*, ZfRSoz 21 (2000), 293, 304 f.; *Calliess*, in: Zimmermann (Hrsg.), Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung (2016), 167, 185; *Hadfield*, Rules for a Flat World (2017), 257.

<sup>379</sup> *Basedow*, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung ohne Staat (2019), 101, 107.

<sup>380</sup> So ausdrücklich der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts vom 12.7.1996, BT-Drs. 13/5274, 34; BGHZ 160, 127, 133 f.

<sup>381</sup> *Gößling*, Europäisches Kollisionsrecht und Internationale Schiedsgerichtsbarkeit (2019), 6 f.; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 1373; *Münch*, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), Vorbemerkung zu § 1025, Rn. 8.

<sup>382</sup> Die Festlegung eines Schiedsortes schon in der Schiedsvereinbarung ist zwar üblich, kann aber auch nachträglich erfolgen; siehe *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht (2019), 49 f. Teilweise wird in diesem Fall allerdings bis zur Bestimmung des Schiedsortes von einer schwebenden Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung ausgegangen; dafür etwa *Schütze*, SchiedsVZ 2014, 274, 275.



abzuweisen. Die Frage der wirksamen Abbedingung der eigenen Zuständigkeit zugunsten eines Schiedsgerichts kann sich einem staatlichen Gericht zudem im Rahmen einer auf die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens gerichteten Feststellungsklage stellen (vgl. § 1032 Abs. 2 ZPO).<sup>383</sup>

a) *Vorliegen einer Schiedsvereinbarung*

Ausgangspunkt der Zuständigkeit eines privaten Schiedsgerichts und der damit verbundenen Abbedingung der Zuständigkeit staatlicher Gerichte im Erkenntnisverfahren ist das Vorliegen einer Schiedsvereinbarung.<sup>384</sup> Diese kann – ebenso wie eine Gerichtsstandsvereinbarung – in einem eigenständigen Vertrag (Schiedsabrede) oder als Bestandteil des Hauptvertrages (Schiedsklausel) getroffen werden, ist allerdings auch in letzterem Fall rechtlich strikt vom Hauptvertrag zu trennen.<sup>385</sup> Dies beruht nicht zuletzt darauf, dass es im Regelfall dem Parteiwillen entspricht, eine schiedsgerichtliche Streitbeilegung auch dann zu ermöglichen, wenn die Wirksamkeit des Hauptvertrages zu den im Verfahren erst zu klärenden Streitpunkten gehört.<sup>386</sup> Über das Vorliegen einer Schiedsvereinbarung sowie der eigenen Zuständigkeit kann ein Schiedsgericht zwar grundsätzlich selbst entscheiden (sog. Kompetenz-Kompetenz).<sup>387</sup> Durch eine solche Entscheidung wird ein staatliches Gericht, das im Zusammenhang mit der Erhebung der Schiedseinrede oder eines entsprechenden Feststellungsantrags im Erkenntnisverfahren oder nachgelagert im Anerkennungs-, Vollstreckungs- oder Aufhebungsverfahren über die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung zu urteilen hat, aber nicht gebunden.<sup>388</sup>

---

<sup>383</sup> *Várady* u. a., *International Commercial Arbitration* (7. Aufl. 2019), 127.

<sup>384</sup> Statt aller *Mills*, *Party Autonomy in Private International Law* (2018), 273.

<sup>385</sup> Statt aller *Lionnet/Lionnet*, *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit* (3. Aufl. 2005), 181 ff.; *Born*, *International Commercial Arbitration, Volume I* (3. Aufl. 2020), 375 ff.

<sup>386</sup> *Buchwitz*, *Schiedsverfahrensrecht* (2019), 54. Freilich schließt dies nicht aus, dass eine „Fehleridentität“ auftreten kann, bei welcher sowohl Hauptvertrag als auch Schiedsvereinbarung aus identischen Gründen unwirksam sind, z.B. bei fehlender Geschäftsfähigkeit einer Partei.

<sup>387</sup> Bei deutschem Schiedsstatut folgt dies aus § 1040 Abs. 1 S. 1 ZPO, der weitgehend Art. 16 UNCITRAL ML entspricht. Vgl. auch *Mills*, *Party Autonomy in Private International Law* (2018), 283 ff.; *Buchwitz*, *Schiedsverfahrensrecht* (2019), 252 f.

<sup>388</sup> Zum deutschen Recht BGHZ 151, 79, 81; BGHZ 162, 9, 12 ff.; BGHZ 202, 168, 172 f., Rn. 10. Gleiches gilt für staatliche Gerichte, die über einen Feststellungsantrag nach § 1032 Abs. 2 ZPO oder im Nachprüfungsverfahren nach § 1040 Abs. 3 S. 2 ZPO über die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung zu entscheiden haben.

*b) Anforderungen an das Zustandekommen*

Damit eine in einem transnationalen Vertrag vorgesehene Schiedsvereinbarung vor einem staatlichen Gericht Wirkung entfalten kann, muss sie nach den Vorgaben des für das Gericht maßgeblichen Rechts hinreichend bestimmt, formgerecht und materiellrechtlich wirksam sein.

*aa) Bestimmtheit*

Der Mindestinhalt einer Schiedsvereinbarung ist bei deutschem Schiedsort § 1029 Abs. 1 ZPO zu entnehmen, der weitestgehend Art. 7 Abs. 1 UNCITRAL ML sowie Art. II S. 1 UNÜ, damit den international gängigen und auch bei ausländischem Schiedsort heranzuziehenden Bestimmtheitsanforderungen entspricht. Insbesondere muss die Vereinbarung hinreichend genau präzisieren, auf welches Rechtsverhältnis sie Bezug nimmt und welche bestehenden oder künftigen Streitigkeiten aus diesem der verbindlichen Entscheidung eines Schiedsgerichts unterworfen sein sollen. Hierbei werden allerdings großzügige Maßstäbe angelegt, die im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen jedenfalls dann keine Probleme aufwerfen, wenn wie üblich Musterschiedsklauseln der Regelsetzungsorganisationen oder von Schiedsinstitutionen übernommen werden, die vor dem Hintergrund und in Kenntnis der international üblichen Anforderungen formuliert werden. So reicht es etwa aus, wenn alle potenziellen oder bestimmte Arten von Streitigkeiten aus einem bestehenden oder zeitgleich mit der Schiedsvereinbarung geschlossenen Vertrag in Bezug genommen werden oder wenn im Falle eines noch nicht geschlossenen Hauptvertrages zumindest Art und Gegenstand des Rechtsverhältnisses klar festgelegt sind. Als Beispiel für eine diesen Anforderungen genügende Formulierung kann die DIS-Musterschiedsklausel für ISDA-Verträge genannt werden, die lautet: „Any dispute, claim, difference or controversy arising out of, relating to or having any connection with this Agreement, including any dispute as to its existence, validity, interpretation, performance, breach or termination or the consequences of its nullity and any dispute relating to any non-contractual obligations arising out of or in connection with it [a „Dispute“], shall be referred to and finally resolved by arbitration.“<sup>389</sup>

*bb) Form*

Die an die Schiedsvereinbarung zu stellenden Formanforderungen sind selbstständig nach dem Recht des Schiedsortes anzuknüpfen.<sup>390</sup>

---

<sup>389</sup> Abrufbar unter <<https://www.disarb.org/werkzeuge-und-tools/dis-musterklauseln>>.

<sup>390</sup> Kröll, SchiedsVZ 2009, 40, 45.

*(1) Bei deutschem Schiedsort*

Bei deutschem Schiedsort ist § 1031 ZPO maßgeblich, von dessen Mindestvorgaben weder durch Rechtswahl noch durch anderweitige Parteiabreden abgewichen werden darf.<sup>391</sup> Die Vorschrift entspricht für den unternehmerischen Verkehr weitgehend den Vorgaben des Art. 7 Abs. 2 UNCITRAL ML und verlangt insoweit nicht mehr als irgendeinen Sachbeleg über die Vereinbarung.<sup>392</sup> Nach § 1031 Abs. 2 ZPO genügt zudem die nur einseitige Übermittlung der Schiedsvereinbarung, wenn die andere Partei dieser nicht widerspricht und ihr Inhalt deshalb nach der Verkehrssitte als Vertragsinhalt angesehen werden kann<sup>393</sup> – was insbesondere in Mehrparteienkonstellationen mit nachträglichem Parteiwechsel relevant werden kann, etwa im Rahmen der Veräußerung von Konsortialkreditanteilen auf dem Sekundärmarkt. § 1031 Abs. 3 ZPO lässt überdies die vertragliche Bezugnahme auf eine in einem anderen Dokument enthaltene Schiedsvereinbarung genügen, was namentlich die Einbeziehung vorformulierter Schiedsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfasst<sup>394</sup> und in diesem Rahmen gerade auch bei der Verwendung von Musterklauseln in transnationalen Verträgen vorkommen kann. Etwaige Formmängel der Schiedsvereinbarung können zudem nach § 1031 Abs. 6 ZPO durch rügelose Einlassung zur Hauptsache im Schiedsverfahren geheilt werden.

Für Schiedsvereinbarungen mit Verbraucherbeteiligung macht § 1031 Abs. 5 ZPO hingegen wesentlich strengere Vorgaben und verlangt, neben einer eigenhändigen Unterschrift oder qualifizierten elektronischen Signatur, dass das zu unterzeichnende Dokument, soweit nicht notariell beurkundet, neben der Schiedsvereinbarung keine anderen Inhalte aufweist. Dies soll sicherstellen, dass Verbraucher Schiedsvereinbarungen bewusst zur Kenntnis nehmen und sich ihrer Folgen gewahr werden,<sup>395</sup> macht bei transnationalen Vertragsstreitigkeiten mit ausnahmsweiser Verbraucherbeteiligung einen Rückgriff auf die Schiedsgerichtsbarkeit bei deutschem Schiedsort und insbesondere die Verwendung von

<sup>391</sup> *Schmidt-Ahrens/Höttler*, SchiedsVZ 2011, 267, 274; *Geimer*, in: Zöller, ZPO (34. Aufl. 2022), § 1031, Rn. 1; vgl. auch Entwurf zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts vom 12.7.1996, BT-Drs. 13/5274, 36.

<sup>392</sup> *Münch*, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), § 1031, Rn. 34; *Wolf/Eslami*, in: BeckOK ZPO (47. Ed. 2022), § 1031, Rn. 12.

<sup>393</sup> Hierdurch soll vor allem die Konstellation des Kaufmännischen Bestätigungsschreibens erfasst werden; siehe den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts vom 12.7.1996, BT-Drs. 13/5274, 36 f.; vgl. auch OLG Hamburg SchiedsVZ 2009, 71, 72.

<sup>394</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts vom 12.7.1996, BT-Drs. 13/5274, 37.

<sup>395</sup> *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht (2019), 59; *Münch*, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), § 1031, Rn. 9.

typischerweise in das Hauptvertragsmuster integrierten vorformulierten Muster-schiedsklauseln der einschlägigen Regelungsorganisationen allerdings weitgehend impraktikabel.

## (2) Bei ausländischem Schiedsort

Ist ein ausländischer Schiedsort vorgesehen, greift § 1031 ZPO nicht und ist zu differenzieren: Genügt die Schiedsvereinbarung den über § 1061 Abs. 1 ZPO heranzuziehenden Formvorgaben des Art. II Abs. 2 UNÜ, der eine „schriftliche Vereinbarung“ verlangt, so ist sie bereits aus diesem Grunde formwirksam. Als „schriftlich“ gilt neben einer von beiden Seiten unterzeichneten Vertragsurkunde auch ein Wechsel von Briefen oder Telegrammen, worunter in teleologischer Extension des seit 1958 unveränderten Wortlauts heute auch elektronische Kommunikationsformen zu fassen sind, die eine schriftliche Textniederlegung ermöglichen.<sup>396</sup> Über diese Vorgaben des UNÜ hinausgehende Anforderungen des Rechts des ausländischen Schiedsortes wären aus Sicht eines deutschen Gerichts unbeachtlich.<sup>397</sup> Anderes gilt hingegen, wenn das Recht des Schiedsortes oder des angerufenen Gerichts geringere Formanforderungen formuliert als das UNÜ und nur Erstere erfüllt werden. Eine solche Schiedsvereinbarung wäre aufgrund des Meistbegünstigungsgrundsatzes des Art. VII UNÜ als formwirksam zu behandeln.<sup>398</sup> Danach sind zum Beispiel auf einen ausländischen Schiedsort abzielende Schiedsvereinbarungen, die nicht den Schriftformanforderungen des Art. II Abs. 2 UNÜ, wohl aber den geringeren Anforderungen des § 1031 Abs. 1 bis 3 ZPO genügen, aus Perspektive eines deutschen Gerichts als formwirksam zu beurteilen.<sup>399</sup> Im Anwendungsbereich des EuÜ greifen zudem die Formerleichterungen des Art. I Abs. 2 lit. a EuÜ.<sup>400</sup>

Die auf Verbraucherschutz zugeschnittene Vorschrift des § 1031 Abs. 5 ZPO hingegen unterfällt als gegenüber Art. II S. 2 UNÜ strengere Formvorschrift

<sup>396</sup> Adolphsen, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), Art. II UNÜ, Rn. 15; vgl. auch Kröll, SchiedsVZ 2009, 40, 46.

<sup>397</sup> Mallmann, SchiedsVZ 2004, 152, 154; Adolphsen, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), Art. II UNÜ, Rn. 17; Hausmann, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht (9. Aufl. 2022), Rn. 7.319.

<sup>398</sup> BGHZ 187, 126, 128 ff., Rn. 5 ff.; BGH SchiedsVZ 2011, 46, 48, Rn. 29; BGH SchiedsVZ 2014, 151, 154, Rn. 31; BGH SchiedsVZ 2021, 97, 99, Rn. 25 f.; Adolphsen, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), Art. II UNÜ, Rn. 18; Hausmann, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht (9. Aufl. 2022), Rn. 7.321 ff.; vgl. auch BGH SchiedsVZ 2005, 306, 307.

<sup>399</sup> BGHZ 187, 126, 128 ff., Rn. 5 ff.; BGH SchiedsVZ 2021, 97, 99, Rn. 25 f., Hausmann, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht (9. Aufl. 2022), Rn. 7.321.

<sup>400</sup> Vgl. dazu Mallmann, SchiedsVZ 2004, 152, 156; Adolphsen, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2021), Art. II UNÜ, Rn. 23.

nicht dem Meistbegünstigungsgrundsatz und ist daher auf Schiedsvereinbarungen, die auf einen ausländischen Schiedsort abzielen, grundsätzlich nicht anwendbar.<sup>401</sup> Andererseits können deutsche Gerichte aber auch Verbraucherschützende Formvorgaben des Rechts des ausländischen Schiedsortes nicht heranziehen, soweit diese über das Schriftlichkeitserfordernis des Art. II S. 2 UNÜ hinausgehen. Von der Möglichkeit, die Anwendung des UNÜ auf Verbraucherstreitigkeiten durch Erklärung eines Vorbehalts nach Art. I Abs. 3 S. 2 UNÜ auszuschließen, hat Deutschland bislang keinen Gebrauch gemacht,<sup>402</sup> was vor allem auf die hierzulande geringe praktische Bedeutung von Schiedsvereinbarungen in Verbraucherverträgen zurückzuführen sein dürfte.<sup>403</sup> Hieraus ergibt sich eine potenzielle Lücke im System des Schwächerenschutzes, die sich im Kontext transnationaler Verträge mit ausnahmsweiser Verbraucherbeteiligung auswirken und einer vom staatlichen Recht zu erwartenden Kompensation etwaiger Ordnungsdefizite auf der transnationalen Regelungsebene entgegenstehen könnte. Vor Inkrafttreten der Rom I-VO hatte der BGH diese Lücke durch analoge Anwendung des Art. 29 EGBGB a. F. zu schließen gesucht, über welche Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern, die ihren gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland haben, doch den Anforderungen des § 1031 Abs. 5 ZPO unterworfen wurden.<sup>404</sup> Diese Herangehensweise erscheint allerdings nach Außerkrafttreten des Art. 29 EGBGB a. F. und für dessen Nachfolgevorschrift Art. 6 Rom I-VO angesichts der Bereichsausnahme des Art. 1 Abs. 2 lit. e Var. 1 Rom I-VO für Schiedsvereinbarungen, die auf dem ausdrücklich anerkannten Vorrang des UNÜ beruht, kaum haltbar.<sup>405</sup> Als Alternative hierzu wird vereinzelt eine teleologische Reduktion des Art. II UNÜ vor dem Hintergrund befürwortet, dass dessen unveränderter Originaltext noch aus einer Zeit vor Verbreitung des Verbraucherschutzgedankens stamme.<sup>406</sup> Auch dieser Ansatz erscheint aber angesichts der explizit im UNÜ vorgesehenen Möglichkeit der Erklärung eines Vorbehalts nach Art. I Abs. 3 S. 2

---

<sup>401</sup> Vgl. *Hausmann*, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht (9. Aufl. 2022), Rn. 7.319, 7.364, 7.485; *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO (19. Aufl. 2022), § 1031, Rn. 18; a. A. der zu weit geratene Leitsatz von BGH SchiedsVZ 2011, 46.

<sup>402</sup> *Adolphsen*, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), Art. I UNÜ, Rn. 25.

<sup>403</sup> *Hausmann*, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht (9. Aufl. 2022), Rn. 7.365.

<sup>404</sup> BGH NJW-RR 2011, 1287, 1288, Rn. 19 ff.; BGH NJW-RR 2012, 49, 50, Rn. 18 ff. Ebenso *Berger*, ZBB 2003, 77, 89 f.

<sup>405</sup> Dennoch für eine entsprechende Anwendung plädieren *Hausmann*, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht (9. Aufl. 2022), Rn. 7.367; *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO (19. Aufl. 2022), § 1031, Rn. 17; vgl. auch *Hausmann*, in: FS von Hoffmann (2011), 971, 984.

<sup>406</sup> *Vogl*, EWiR 2011, 791, 792, der aber im Ergebnis doch auf eine Analogie zu Art. 6 Rom I-VO und § 1031 Abs. 5 ZPO abstellen will.

wenig überzeugend. Gangbar erscheint aus der Perspektive eines deutschen Gerichts deshalb *de lege lata* nur der Weg, den Schutz von Verbrauchern bei ausländischem Schiedsort – soweit nicht schon über Sondervorschriften wie § 101 WpHG<sup>407</sup> oder die Vorschriften des anwendbaren Schiedsvereinbarungsstatuts, etwa zur AGB-Kontrolle gewährleistet – über den responsiv gehandhabten *ordre public*-Vorbehalt auf Anerkennungs- und Vollstreckungsebene und dessen Ausstrahlungswirkungen auf das Erkenntnisverfahren abzusichern.<sup>408</sup>

### cc) Materiellrechtliche Wirksamkeit

#### (1) Anwendbares Recht

Bevor die materielle Wirksamkeit einer auf eine transnationale Vertragsstreitigkeit bezogenen Schiedsvereinbarung überprüft werden kann, ist zu ermitteln, nach welchem Recht sich diese richtet (Schiedsvereinbarungsstatut).<sup>409</sup> Wie bei Gerichtsstandsvereinbarungen besteht kein automatischer Gleichlauf mit dem auf den Hauptvertrag anzuwendenden Recht, sondern ist eine eigenständige kollisionsrechtliche Anknüpfung erforderlich.<sup>410</sup>

Vor Inkrafttreten der Rom I-VO wurden insbesondere in der deutschen Rechtsprechung auf Grundlage eines materiellrechtlichen Verständnisses der Schiedsvereinbarung insoweit unmittelbar die Art. 27 f. EGBGB a.F. herangezogen,<sup>411</sup> nach welchen vorrangig an eine Rechtswahl, subsidiär nach der engsten Verbindung anzuknüpfen war, die im Zweifel zum Recht des Hauptvertrages gesehen wurde.<sup>412</sup> Im Gegensatz zu den Art. 27 f. EGBGB a.F. können deren Nachfolgevorschriften Art. 3 f. Rom I-VO jedoch wegen der Bereichsausnahme des Art. 1 Abs. 2 lit. e Var. 1 Rom I-VO auf Schiedsvereinbarungen nicht unmittelbar angewandt werden, weshalb manche Autoren weiterhin auf Art. 27 f. EGBGB a.F. ab-

<sup>407</sup> Dazu unten § 6 III. 2. c) bb) (S. 419 ff.).

<sup>408</sup> Vgl. *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge (2006), 132 f. und unten § 6 III. 2. c) cc) (S. 422 ff.) sowie § 6 III. 3. e) cc) (S. 430 ff.).

<sup>409</sup> Abzugrenzen ist dies vom Schiedsverfahrensstatut, das die für Ablauf und Organisation des Verfahrens (beispielsweise die Schiedsrichterbestellung) maßgeblichen Vorschriften festlegt und sich nach dem von den Parteien frei bestimmbar Schiedsort richtet, der nicht mit dem Ort der tatsächlichen Verfahrensdurchführung übereinstimmen muss; siehe *Schmidt-Ahrens/Höttler*, SchiedsVZ 2011, 267, 268; vgl. auch *Duvel/Sattler*; in: FS Graf von Westphalen (2010), 81, 98; *Mills*, Party Autonomy in Private International Law (2018), 267.

<sup>410</sup> *Schmidt-Ahrens/Höttler*, SchiedsVZ 2011, 267, 273 f.

<sup>411</sup> BGHZ 40, 320, 322 f.; BGHZ 49, 384, 386; BGH NJW-RR 2011, 1350, 1353, Rn. 38; BGH SchiedsVZ 2011, 157, 159, Rn. 24; BGHZ 210, 292, 308 f., Rn. 44; OLG Düsseldorf RIW 1996, 239 f.; OLG Hamm SchiedsVZ 2014, 38, 41 f.

<sup>412</sup> Vgl. BGHZ 40, 320, 322 f.; BGH SchiedsVZ 2011, 46, 48, Rn. 30; BGH IPRax 2020, 238, 239, Rn. 12 f.



stellen wollen<sup>413</sup> und andere für eine analoge Anwendung der Art. 3 f. Rom I-VO plädieren.<sup>414</sup> Anders als in Bezug auf Gerichtsstandsvereinbarungen<sup>415</sup> lässt sich eine dahingehende Regelungslücke allerdings nur schwer begründen und erscheint es überzeugender, mit der überwiegenden, nunmehr auch vom BGH übernommenen Ansicht die Ermittlung des Schiedsvereinbarungsstatuts an den völkerrechtlich vereinheitlichten kollisionsrechtlichen Wertungen zu orientieren, die sich in § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a ZPO für inländische und § 1061 Abs. 1 ZPO i. V. m. Art. V Abs. 1 lit. a UNÜ für ausländische Schiedsverfahren widerspiegeln.<sup>416</sup> Diese inhaltlich identischen Kollisionsnormen, nach welchen das Schiedsvereinbarungsstatut vorrangig durch Rechtswahl und subsidiär durch den Schiedsort bestimmt wird, kommen unmittelbar zwar nur bei einer Wirksamkeitsprüfung der Schiedsvereinbarung im Aufhebungs- bzw. Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren zur Anwendung. Um einen Wertungsgleichlauf zur Wirksamkeitsbeurteilung im Erkenntnisverfahren zu erreichen, erscheint eine entsprechende Anwendung aber auch schon in der Einredesituation angezeigt.<sup>417</sup> Da zu erwarten ist, dass das Schiedsgericht selbst ebenso wie ausländische Gerichte bei der Ermittlung des Schiedsvereinbarungsstatuts im Zweifel ebenfalls von den international verbreiteten Wertungen der Art. V Abs. 1 lit. a UNÜ und Art. 36 Abs. 1 lit. a Var. 1 UNCITRAL ML ausgehen werden,<sup>418</sup> dient eine verfahrensstadienübergreifende Anknüpfung nach den in § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a ZPO und § 1061 Abs. 1 ZPO i. V. m. Art. V Abs. 1 lit. a UNÜ inkorporierten Prinzipien überdies dem internationalen Entscheidungseinklang und der Vermeidung von Kompetenzkonflikten.<sup>419</sup>

Gerade in Bezug auf transnationale Verträge sollte man die praktischen Konsequenzen dieser Meinungsverschiedenheit über die auf die Schiedsvereinba-

<sup>413</sup> So etwa *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 1420.

<sup>414</sup> So etwa *Schütze*, SchiedsVZ 2014, 274, 275.

<sup>415</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) aa) (2) (d) (aa) (S. 341 ff.).

<sup>416</sup> So jetzt auch BGH SchiedsVZ 2021, 97, 101 f., Rn. 49 ff.; aus dem Schrifttum etwa *Geimer*, IPRax 2006, 233, 234; *Geimer*, in: *Zöller*, ZPO (34. Aufl. 2022), § 1029, Rn. 17a; *Samtleben*, IPRax 2011, 469, 471; *Schmidt-Ahrens/Höttler*, SchiedsVZ 2011, 267, 273; *König*, SchiedsVZ 2012, 129, 132 f.; *U. Magnus*, IPRax 2016, 521, 530; *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht (2019), 55; *Hausmann*, in: *Reithmann/Martiny* (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht (9. Aufl. 2022), Rn. 7.275 f., 7.287 f.; *Münch*, in: *MüKo ZPO*, Band 3 (6. Aufl. 2022), § 1029, Rn. 34 f.; *Voit*, in: *Musielak/Voit* (Hrsg.), ZPO (19. Aufl. 2022), § 1029, Rn. 28.

<sup>417</sup> *Schmidt-Ahrens/Höttler*, SchiedsVZ 2011, 267, 273 m. w. N.; vgl. auch *Kröll*, SchiedsVZ 2009, 40, 44.

<sup>418</sup> Vgl. zu den für Schiedsgerichte bestehenden Anknüpfungsmöglichkeiten *Mills*, Party Autonomy in Private International Law (2018), 277 ff.

<sup>419</sup> *Epping*, Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr nach der Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts (1999), 46; *Schmidt-Ahrens/Höttler*, SchiedsVZ 2011, 267, 273; *Geimer*, *Zöller*, ZPO (34. Aufl. 2022), § 1029, Rn. 17a, 107b; *Hausmann*, in: *Reithmann/Martiny* (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht (9. Aufl. 2022), Rn. 7.275.

rung anzuwendenden Kollisionsnormen freilich nicht überbewerten. Denn auch bei Anwendung der Art. 27 f. EGBGB oder der Art. 3 f. Rom I-VO analog käme es vorrangig auf eine Rechtswahl der Parteien an<sup>420</sup> und erschiene es bei der subsidiär vorzunehmenden Anknüpfung nach der objektiv engsten Verbindung bei responsiver Auslegung naheliegend, in Parallele zur gleichgelagerten Problematik bei Gerichtsstandsvereinbarungen<sup>421</sup> im Zweifel nicht auf das Recht des Hauptvertrages, sondern auf das des gewählten Schiedsortes abzustellen<sup>422</sup> – auch um damit einen Gleichlauf zum Schiedsverfahrensstatut zu erzielen, das ebenfalls primär auf die ordnungsgemäße Durchführbarkeit des Schiedsverfahrens abzielt, wohingegen der Hauptvertrag auf die Gestaltung der materiellen Rechtslage gerichtet ist.<sup>423</sup> Eine Anknüpfung des Schiedsvereinbarungsstatuts an die *lex causae* erschiene zumindest in solchen Konstellationen impraktikabel, in welchen komplexe Vertragsgestaltungen verschiedenen Rechtsordnungen unterliegen (z.B. bedingt durch Teilrechtswahl bei Bedenken hinsichtlich der AGB-Festigkeit einzelner Klauseln in Konsortialkreditverträgen<sup>424</sup>) oder in welchen sich eine einzige Schiedsvereinbarung auf eine Mehrzahl von Verträgen bezieht, auf die verschiedene Sachrechte anwendbar sind. Auf das Recht des Hauptvertrages sollte daher allenfalls behelfsmäßig zurückgegriffen werden, wenn ein Schiedsort noch nicht bestimmt, die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung aber schon von einem staatlichen Gericht zu prüfen ist.<sup>425</sup>

## (2) Anwendungsmaßgaben

Zu den Fragen der materiellen Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen gehören neben den Anforderungen an Angebot und Annahme, der Behandlung von Willensmängeln und der Erstreckung der Vereinbarung auf Dritte insbesondere eine

<sup>420</sup> Für diese gälten zwar die Einschränkungen der Art. 27 Abs. 3 EGBGB a.F. bzw. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO, die in den § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a ZPO und § 1061 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. V Abs. 1 lit. a UNÜ keine Entsprechung finden, doch sind diese bei transnationalen Vertragsstreitigkeiten schon wegen des Vorhandenseins eines hinreichenden grenzüberschreitenden Bezugs nicht einschlägig; siehe dazu oben § 4 III. 3. b) aa) (1) (S. 226 ff.).

<sup>421</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) aa) (2) (d) (aa) (S. 343).

<sup>422</sup> So auch *Hausmann*, in: FS W. Lorenz (1991), 359, 366; *Hausmann*, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht (9. Aufl. 2022), Rn. 7.287; *Kronke*, RIW 1998, 257, 258; *Schütze*, SchiedsVZ 2014, 274, 275; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht (8. Aufl. 2020), Rn. 3789 f.; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 1421.

<sup>423</sup> Vgl. *Schmidt-Ahrens/Höttler*, SchiedsVZ 2011, 267, 274; *Hausmann*, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht (9. Aufl. 2022), Rn. 7.275; *Münch*, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), § 1029, Rn. 38.

<sup>424</sup> Siehe zu dieser Gestaltungsmöglichkeit *Klumb*, ZBB 2012, 449, 450 ff.

<sup>425</sup> Vgl. *Samtleben*, in: FS von Hoffmann (2011), 1066, 1070 f.; *Hausmann*, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht (9. Aufl. 2022), Rn. 7.289.

mögliche AGB-Kontrolle<sup>426</sup> sowie die Prüfung von Nichtigkeitsgründen wie Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit.<sup>427</sup>

Bei deutschem Schiedsvereinbarungsstatut können hierbei im Zusammenhang mit transnationalen Vertragsstreitigkeiten die zu §§ 305 ff. BGB und §§ 134, 138, 242 BGB entwickelten Maßgaben einer responsiven Auslegung entsprechend herangezogen werden.<sup>428</sup> Im Rahmen der AGB-Kontrolle umfasst dies – wie bei Gerichtsstandsvereinbarungen<sup>429</sup> – unter anderem die Notwendigkeit einer kritischen Prüfung, ob und inwieweit bei beiderseitig befürworteter Verwendung einer Musterschiedsklausel vom „Stellen durch einen Verwender“ ausgegangen werden kann,<sup>430</sup> sowie die Erwägung, dass die Heranziehung einer für einen spezifischen transnationalen Vertragstyp von einer einschlägigen Regelsetzungs- oder Schiedsorganisation wie der ISDA oder P.R.I.M.E. Finance bereitgestellten Schiedsklausel unter professionellen Parteien kaum als überraschend i. S. d. § 305c Abs. 1 BGB einzuordnen sein wird.<sup>431</sup> Selbst bei ausnahmsweiser Verbraucherbeteiligung dürfte ein Überraschungseffekt im Regelfall ausgeschlossen sein, wenn die bei deutschem Schiedsort anwendbaren strengen Formvorgaben des § 1031 Abs. 5 ZPO eingehalten worden sind.<sup>432</sup> Hinsichtlich der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB wiederum ist davon auszugehen, dass eine Schiedsvereinbarung jedenfalls nicht per se eine unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 2 BGB darstellt,<sup>433</sup> sondern allenfalls dann, wenn sie von dem international übliche Standards widerspiegelnden Leitbild der §§ 1025 ff. ZPO oder den für den einschlägigen transnationalen Vertragstyp im zugehörigen Vertragsrechtsregime etablierten, vor allen in den entsprechenden Musterdokumenten zum Ausdruck kommenden normativen Erwartungen we-

---

<sup>426</sup> Ausführlich *Ampatzi*, Das AGB-Recht in der nationalen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im unternehmerischen Geschäftsverkehr (2019), 315 ff. Fällt die Schiedsvereinbarung in den Anwendungsbereich des UNÜ, ist zu beachten, dass die Vorschriften des Schiedsvereinbarungsstatuts zur Einbeziehungskontrolle von den insoweit abschließenden Formanforderungen der Art. II S. 1, S. 2 UNÜ verdrängt werden; vgl. *Eichel*, IPRax 2010, 219, 221; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 1425.

<sup>427</sup> *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 1423.

<sup>428</sup> Dazu oben § 5 IV. (S. 283 ff.).

<sup>429</sup> Vgl. § 6 II. 1. a) aa) (2) (d) (bb) (S. 343 ff.) und § 6 II. 1. a) dd) (2) (d) (S. 372).

<sup>430</sup> Dazu oben § 5 IV. 1. a) aa) (2) (S. 287 ff.).

<sup>431</sup> Dazu oben § 5 IV. 1. b) (S. 292 f.); vgl. auch *Hanefeld/Wittinghofer*, SchiedsVZ 2005, 217, 222, die darauf abstellen, dass die Verwendung einer Schiedsklausel in der jeweiligen Branche generell nicht gänzlich unüblich sein darf. Speziell zu Schiedsklauseln in ISDA-basierten Derivatverträgen *Lehmann*, in: BeckOK WpHR (7. Ed. 2023), § 101 WpHG, Rn. 79.

<sup>432</sup> BGHZ 162, 9, 15; *Berger*, ZBB 2003, 77, 87; *Duvel/Sattler*, in: FS Graf von Westphalen (2010), 81, 100.

<sup>433</sup> BGHZ 115, 324 f.; BGHZ 162, 9, 16 ff.; *Hanefeld/Wittinghofer*, SchiedsVZ 2005, 217, 222 f.; *Samleben*, in: FS von Hoffmann (2011), 1066, 1073.

sentlich abweicht und hierdurch die Rechtsschutzmöglichkeiten einer Vertragspartei empfindlich einschränkt (vgl. § 1025 Abs. 2 a.F. ZPO). Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn einer Streitpartei ein Übergewicht bei der Besetzung des Schiedsgerichts eingeräumt oder der Gegenseite die Möglichkeit zur Schiedsrichterablehnung vorenthalten wird, wenn der festgelegte Tagungsort für eine Partei faktisch nicht erreichbar ist oder wenn der Anspruch einer Partei auf rechtliches Gehör verkürzt wird, etwa durch Abbedingung der mündlichen Verhandlung sowie der Begründungspflicht des Schiedsgerichts.<sup>434</sup> Eine asymmetrische Streitbeilegungsklausel hingegen, die lediglich eine Partei auf die Schiedsgerichtsbarkeit verweist und der Gegenseite auch Klagemöglichkeiten vor staatlichen Gerichten offenhält, stellt für sich betrachtet noch keine unangemessene Benachteiligung dar, vorausgesetzt, dass nach den Umständen des Einzelfalls auch vor dem Schiedsgericht effektiver Rechtsschutz erwartet werden kann.<sup>435</sup>

### *c) Begrenzungen der Zuordnungsfreiheit*

Auch das staatliche Schiedsverfahrensrecht sieht eine Reihe spezieller Begrenzungsvorschriften vor, welche die Möglichkeit eines Rückgriffs auf Schiedsgerichte für bestimmte Streitgegenstände oder Personengruppen einschränken und die bei responsiver Anwendung auf transnationale Vertragsstreitigkeiten indirekt eine Rückbindung der transnationalen Ordnungsebene an die Belange des Schwächeren-, Dritt- und Gemeinwohlschutzes sicherstellen können.

#### *aa) Objektive Schiedsfähigkeit*

Einschränkungen der objektiven Schiedsfähigkeit bestimmter Streitigkeiten erfüllen eine ähnliche Funktion wie ausschließliche Zuständigkeiten im Kontext von Gerichtsstandsvereinbarungen, gehen über diese aber noch hinaus, indem sie den Rekurs nicht nur zu ausländischen Schiedsgerichten, sondern zur Schiedsgerichtsbarkeit überhaupt verschließen. Dahinter steht die Erwägung, dass an bestimmten Arten von Streitigkeiten ein ausgeprägtes öffentliches Interesse besteht, dem im Rahmen privater, zumeist vertraulich durchgeführter Schiedsverfahren möglicherweise nicht hinreichend Rechnung getragen würde.

---

<sup>434</sup> Vgl. zu diesen und weiteren Beispielen *Hanefeld/Wittinghofer*, SchiedsVZ 2005, 217, 223 ff.

<sup>435</sup> Vgl. BGHZ 115, 324, 325 ff.; *Bälz/Stompfe*, SchiedsVZ 2017, 157, 160; *Wurmnest*, in: MüKo BGB, Band 2 (9. Aufl. 2022), § 307, Rn. 331.

## (1) Anwendbares Recht

Auch hinsichtlich der Einschränkung des Kreises objektiv schiedsfähiger Streitigkeiten stellt sich zunächst die kollisionsrechtliche Frage, welchem Recht diese Einschränkungen zu entnehmen sind.<sup>436</sup> Versteht man die objektive Schiedsfähigkeit eines Streitgegenstands mit Teilen des Schrifttums als Wirksamkeitsvoraussetzung der Schiedsvereinbarung, so könnte dies für eine entsprechende Anwendung von § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a ZPO bzw. § 1061 Abs. 1 ZPO i. V. m. Art. V Abs. 1 lit. a UNÜ sprechen, wonach sich die etwaige Unwirksamkeit der Vereinbarung nach dem von den Parteien gewählten und subsidiär nach dem Recht des Schiedsortes richtet.<sup>437</sup> Gegen die Erstreckung des Schiedsvereinbarungsstatuts auf die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit spricht aber die Existenz des Art. V Abs. 2 lit. a UNÜ, der eine speziellere Regelung zur Überprüfung der objektiven Schiedsfähigkeit im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren vorsieht, gemäß derer das angerufene Gericht insoweit nach der eigenen *lex fori* entscheiden kann. Angesichts dieser vermeintlichen Überschneidung treten manche Autoren für eine kumulative Anwendung beider Vorschriften ein.<sup>438</sup> Überzeugender scheint es jedoch, Art. V Abs. 2 lit. a UNÜ als abschließende kollisionsrechtliche Sonderregel zu verstehen und auch schon im Einredestadium ausschließlich an die *lex fori* anzuknüpfen.<sup>439</sup> Dies liegt besonders nahe, wenn man der Auffassung folgt, dass die objektive Schiedsfähigkeit nicht zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen der Schiedsvereinbarung zählt, sondern nur deren Durchsetzbarkeit betrifft,<sup>440</sup> erscheint aber auch dann vorzugswürdig, wenn man mit der Gegenansicht die objektive Schiedsfähigkeit als Wirksamkeitselement der Schiedsvereinbarung einordnet. Denn erstens lassen sich so Wertungswidersprü-

<sup>436</sup> Übersicht zu den denkbaren Möglichkeiten bei *Mills*, Party Autonomy in Private International Law (2018), 308 ff.; *Adolphsen*, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), Art. II UNÜ, Rn. 11.

<sup>437</sup> Dazu oben § 6 III. 2. b) cc) (1) (S. 412 ff.). Für diesen Ansatz plädieren etwa *Schütze*, in: *Schütze/Tscherning/W. Wais*, Handbuch des Schiedsverfahrensrechts (2. Aufl. 1990), Rn. 563; *Schütze/Thümmel*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren (7. Aufl. 2021), § 5, Rn. 33.

<sup>438</sup> So etwa *Schmidt-Ahrens/Höttler*, SchiedsVZ 2011, 267, 276; *Nagel/Gottwald*, Internationales Zivilprozessrecht (8. Aufl. 2020), Rn. 18.40; *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO (19. Aufl. 2022), § 1030, Rn. 10.

<sup>439</sup> So auch OLG München SchiedsVZ 2014, 262, 264; zustimmend *M. Weller*, IPRax 2016, 48, 50; vgl. auch *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit (7. Aufl. 2005), Kapitel 44, Rn. 1; *Kröll*, SchiedsVZ 2009, 40, 45; *Schramm/Geisinger/Pinsolle* in: *Kronke u. a.* (Hrsg.), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (2010), 70; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht (8. Aufl. 2020), Rn. 3811; *Adolphsen*, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2021), Art. II UNÜ, Rn. 11; *Hausmann*, in: *Reithmann/Martiny* (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht (9. Aufl. 2022), Rn. 7.401.

<sup>440</sup> In diese Richtung *Kröll*, SchiedsVZ 2009, 40, 45.



che vermeiden, die sich aus einer kumulativen Anwendung verschiedener Rechtsordnungen ergeben könnten.<sup>441</sup> Zweitens zeigt die systematische Stellung des Art. V Abs. 2 lit. a UNÜ, dass die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit dem ebenfalls in Abs. 2 geregelten und unstrittig nach der *lex fori* zu bestimmenden *ordre public*-Vorbehalt funktional nähersteht als dem Schiedsvereinbarungsstatut.<sup>442</sup> Drittens stellen Einschränkungen der objektiven Schiedsfähigkeit das schiedsverfahrensrechtliche Äquivalent zu zwingenden ausschließlichen Gerichtsständen im Zivilprozessrecht dar, die sich ebenfalls unzweifelhaft nach der *lex fori* des angerufenen Gerichts bemessen und nicht durch Wahl eines fremden Zuständigkeitsrechts umgangen werden können. Ebenso wenig sollte im Schiedsverfahrensrecht die Bestimmung eines ausländischen Schiedsortes zur Umgehung objektiver Schiedsfähigkeitsgrenzen der *lex fori* ausreichen.

## (2) Anwendungsmaßgaben

Für deutsche Gerichte bedeutet dies, dass sie die objektive Schiedsfähigkeit stets nach § 1030 ZPO zu beurteilen haben. Ohne Weiteres schiedsfähig sind nach dessen Abs. 1 vermögensrechtliche Ansprüche; nichtvermögensrechtliche Ansprüche hingegen nur, wenn die Parteien berechtigt wären, über den Streitgegenstand einen Vergleich zu schließen.<sup>443</sup> Da der Begriff des vermögensrechtlichen Anspruchs überaus weit verstanden wird und sämtliche Streitgegenstände erfasst, bei welchen es den Parteien in erster Linie um wirtschaftliche Interessen geht,<sup>444</sup> werden an der objektiven Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten im Zusammenhang mit transnationalen Finanzverträgen grundsätzlich kaum je Zweifel aufkommen. Das gilt nach heutiger Rechtslage selbst dann, wenn der in Rede stehende Streitgegenstand neben Privat- auch Allgemeininteressen berührt. Während in der Vergangenheit beispielsweise kartellrechtliche Streitigkeiten nach § 91 GWB a. F. staatlichen Gerichten vorbehalten waren, ist deren Schiedsfähigkeit im deutschen und europäischen Recht nunmehr, dem internationalen Trend folgend, seit dem Urteil des EuGH im Fall *Eco Swiss*<sup>445</sup> unbestritten.<sup>446</sup> Auch für Rechtsgebiete, für die im Zivilprozessrecht mittels der Festlegung aus-

<sup>441</sup> *Adolphsen*, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2021), Art. II UNÜ, Rn. 11.

<sup>442</sup> Vgl. *Kröll*, SchiedsVZ 2009, 40, 45.

<sup>443</sup> Dies ist insbesondere in den meisten Familiensachen nicht der Fall; vgl. *Münch*, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), § 1030, Rn. 14, 17 ff.; *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO (19. Aufl. 2022), § 1030, Rn. 6.

<sup>444</sup> Vgl. *Berger*, DZWIR 1998, 45, 48; *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht (2019), 61.

<sup>445</sup> EuGH, Urteil vom 1.6.1999, Rs. C-126/97 – *Eco Swiss*.

<sup>446</sup> *Geimer*, in: Zöller, ZPO (34. Aufl. 2022), § 1030 ZPO, Rn. 12 m. w. N. Siehe zur Parallelentwicklung in den USA, ausgelöst durch das Urteil *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985), *Zimmer*, Zulässigkeit und Grenzen schiedsrichterlicher



schließlicher Gerichtsstände eine besondere Nähe zu staatlichen Regelungsinteressen ausgewiesen ist – etwa für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten –, hat im deutschen Recht eine schrittweise Ausweitung der objektiven Schiedsfähigkeit stattgefunden.<sup>447</sup> Aus einer für transnationale Ordnungszusammenhänge aufgeschlossenen Betrachtungsweise ist diese Tendenz zu begrüßen,<sup>448</sup> zumal die erforderliche Begrenzungsfunktion des staatlichen Rechts zum Schutz Schwächerer, Dritter und der Allgemeinheit statt über pauschale Sachgebietsausschlüsse zielgenauer über personenbezogene Einschränkungen der Schiedsfähigkeit<sup>449</sup> und die Möglichkeit eines Durchschlagens international zwingenden Rechts auf die Schiedsvereinbarung<sup>450</sup> gewährleistet werden kann.

### bb) Subjektive Schiedsfähigkeit

Das deutsche Recht sieht eine Reihe personenbezogener Einschränkungen der Schiedsfähigkeit vor,<sup>451</sup> von welchen im Zusammenhang mit transnationalen Finanzverträgen namentlich § 101 WpHG relevant werden kann. Hiernach können Schiedsvereinbarungen über künftige Rechtsstreitigkeiten aus Wertpapierdienstleistungen, Wertpapiernebenleistungen oder Finanztermingeschäften nur unter Kaufleuten oder juristischen Personen des öffentlichen Rechts geschlossen werden. Historisch beruht diese Sonderregelung auf der früheren Rechtsprechung des BGH zur Unwirksamkeit von Schiedsvereinbarungen in Finanzter-

---

Entscheidungen von Kartellrechtsstreitigkeiten (1991), 29 ff. Ausführlich zu beiden Urteilen *Renner*, Zwingendes transnationales Recht (2010), 92 ff.

<sup>447</sup> Vgl. *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 1414. Siehe z. B. zur mittlerweile unter bestimmten Voraussetzungen anerkannten Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Beschlussmängelstreitigkeiten BGHZ 180, 221, 224 ff., Rn. 10 ff.; BGH SchiedsVZ 2017, 194, 195 f., Rn. 24 ff.; BGH SchiedsVZ 2022, 86, 88 ff., Rn. 14 ff.; anders noch BGHZ 132, 278, 285 ff.; zum Ganzen *Schmidt*, NZG 2018, 121, 123 ff.; *Liebscher*, in: FS Thümmel (2020), 487 ff.; *Glienke/Hohm*, SchiedsVZ 2022, 189 ff.

<sup>448</sup> Vgl. *Lehmann*, Die Schiedsfähigkeit wirtschaftsrechtlicher Streitigkeiten als transnationales Rechtsprinzip (2003), 117 ff.

<sup>449</sup> Dazu sogleich unten § 6 III. 2. c) bb) (S. 419 ff.).

<sup>450</sup> Dazu unten § 6 III. 2. c) cc) (S. 422 ff.).

<sup>451</sup> Grundvoraussetzungen der subjektiven Schiedsfähigkeit sind zunächst Rechts-, Geschäfts- und daran anknüpfende Prozessfähigkeit, welche sich bei deutschem Schiedsort nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a ZPO, bei ausländischem Schiedsort nach §§ 1061 Abs. 1 ZPO i. V. m. Art. V Abs. 1 lit. a UNÜ nach dem Recht richten, das für die Parteien „persönlich maßgebend“ ist. Dies bezieht sich bei natürlichen Personen auf das Personalstatut, bei juristischen Personen und rechtsfähigen Personengesellschaften auf das Gesellschaftsstatut, das sich im deutschen Kollisionsrecht nach dem Verwaltungssitz richtet, soweit nicht vorrangige europa- oder völkerrechtliche Vorgaben eine Anknüpfung an den Gründungsort bzw. Satzungssitz gebieten; vgl. zu Letzterem im Überblick von *Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band II (2. Aufl. 2019), § 7.

mingeschäften wegen drohender Umgehung der anlegerschützenden Termin- und Differenzeinwände nach § 52 ff. BörsG a. F. bzw. §§ 764, 762 BGB a. F.<sup>452</sup> Während diese Rechtsprechung anfänglich noch auf eine Einschränkung der objektiven Schiedsfähigkeit entsprechender Geschäfte hinauslief, wählte der im Nachgang der Reform des Schiedsverfahrensrechts mit dem Vierten Finanzmarktförderungsgesetz<sup>453</sup> eingeführte 37h WpHG a. F. (nunmehr wortgleich überführt in § 101 WpHG) den Ansatz der Eingrenzung des subjektiv schiedsfähigen Kreises auf Personen mit einem vermuteten Mindestmaß an Geschäftserfahrung.<sup>454</sup> Da unter Finanztermingeschäfte i. S. d. § 101 WpHG auch der Handel mit Derivaten fällt (vgl. § 2 Abs. 3 WpHG),<sup>455</sup> erstreckt sich die Einschränkung potenziell jedenfalls auf transnationale Verträge, die dem Vertragsrechtsregime der ISDA zuzuordnen sind – wobei es freilich auch bei solchen den Ausnahmefall darstellt, dass nicht alle Vertragsbeteiligten Kaufleute sind.<sup>456</sup>

In rechtspolitischer Hinsicht wird § 101 WpHG überwiegend kritisch beurteilt.<sup>457</sup> Die Regelung versage Nichtkaufleuten die Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit, stehe im Widerspruch zur im Übrigen gegebenen Schiedsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung und gehe mit ihrem Pauschalausschluss deutlich weiter, als es der vom Gesetzgeber verfolgte Anlegerschutz rechtfertigen könne.<sup>458</sup> Auch und gerade im Hinblick auf transnationale Finanzverträge erscheint ein bereichs- und personenbezogener Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit auf den ersten Blick als potenzieller Störfaktor eines grenzüberschreitenden Zuständigkeitsgleichlaufs, zumal § 101 WpHG im Rechtsvergleich einen deutschen Sonderweg darstellt und etwa im englischen, französischen, Schweizer und US-amerikanischen Recht keine Entsprechung findet.<sup>459</sup> Zumindest *de lege lata* führt aber kein Weg an der Vorschrift vorbei und ist dem Ansatz dieser Untersuchung folgend vielmehr nach Möglichkeiten einer responsiven Anwendung zu

---

<sup>452</sup> BGH NJW 1984, 2037; BGH NJW 1987, 3193, 319 f.; BGH NJW-RR 1988, 172, 173; BGH NJW 1991, 2215; siehe auch OLG Düsseldorf IPRax 1997, 115, 117; OLG Düsseldorf IPRax 1997, 118, 120.

<sup>453</sup> BT-Drs. 14/8017, 96.

<sup>454</sup> Vgl. *Lehmann*, SchiedsVZ 2003, 219, 220.

<sup>455</sup> Ausführlich zum Begriff des Finanztermingeschäfts *Samtleben*, ZBB 2003, 69, 70 ff.

<sup>456</sup> Der Kaufmannsbegriff des § 101 WpHG ist gleichbedeutend mit dem Kaufmannsbegriff des HGB; siehe dazu *Hirte*, in: Kölner Kommentar WpHG (2. Aufl. 2014), § 37h WpHG, Rn. 24 ff.

<sup>457</sup> Etwa *Berger*, ZBB 2003, 77, 83 f.; *Sethe/Hellgardt*, in: Assmann/Schneider/Mülberr (Hrsg.), WpHR (7. Aufl. 2019), § 101 WpHG, Rn. 8 ff.; *Lehmann*, in: BeckOK WpHR (7. Ed. 2023), § 101 WpHG, Rn. 6 ff. Befürwortend hingegen *Samtleben*, IPRax 2011, 469, 477 f.

<sup>458</sup> Ausführlich *Lehmann*, in: BeckOK WpHR (7. Ed. 2023), § 101 WpHG, Rn. 6 ff.

<sup>459</sup> Vgl. *Berger*, ZBB 2003, 77, 83 f.; *Lehmann*, in: BeckOK WpHR (7. Ed. 2023), § 101 WpHG, Rn. 12.

fragen. Solche bestehen durchaus, wenn man § 101 WpHG im transnationalen Ordnungskontext als Bestandteil des staatlichen Begrenzungsrahmens begreift, der das Fehlen gleichwertiger Vorkehrungen zum Schwächerenschutz auf der transnationalen Ordnungsebene kompensieren und – vergleichbar Art. 25 Abs. 4 i. V. m. Art. 19 Brüssel Ia-VO im Hinblick auf Gerichtsstandsvereinbarungen<sup>460</sup> – verhindern kann, dass materiellrechtliche Verbraucherschutzstandards durch Schiedsvereinbarungen unterlaufen werden.

Dieses funktionale Verständnis von § 101 WpHG wirkt sich insbesondere auf die Beantwortung der umstrittenen kollisionsrechtlichen Frage nach dem internationalen Anwendungsbereich der Vorschrift aus.<sup>461</sup> In der Literatur werden hierzu die Ansätze einer Anknüpfung an das Schiedsvereinbarungsstatut,<sup>462</sup> an das Personalstatut<sup>463</sup> sowie an das Recht des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts der unterlegenen Vertragspartei<sup>464</sup> vertreten. Mit Blick auf Schiedsvereinbarungen in transnationalen Verträgen erscheint bei responsiver Auslegung Letzteres vorzugswürdig. Bei einer Ausrichtung am Schiedsvereinbarungsstatut würde § 101 WpHG im Regelfall nur bei deutschem Schiedsort greifen,<sup>465</sup> wäre also durch Vereinbarung eines ausländischen Schiedsortes leicht umgehbar und würde gerade solche Schiedsvereinbarungen nicht erfassen, auf die auch schon die verbraucherschützenden Formanforderungen des § 1031 Abs. 5 ZPO wegen Art. II S. 2 UNÜ nicht anwendbar sind.<sup>466</sup> Eine Anknüpfung an das Personalstatut hingegen würde auf ein formales Kriterium abstellen, das für die Schutzwürdigkeit im Einzelfall wenig aussagekräftig ist, und erschiene zudem angesichts der Nichteinbeziehung von Staatsangehörigen anderer EU-Mitgliedstaaten mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV kaum vereinbar.<sup>467</sup> Für eine Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt der schwächeren Vertragspartei spricht demgegenüber die Parallele zu Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO und

<sup>460</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) aa) (3) (a) (S. 348 f.).

<sup>461</sup> Ausdrücklich offengelassen in BGHZ 184, 365, 371 f., Rn. 21.

<sup>462</sup> *Lehmann*, SchiedsVZ 2003, 219, 223; *Lehmann*, in: BeckOK WpHR (7. Ed. 2023), § 101 WpHG, Rn. 51.

<sup>463</sup> *Berger*, ZBB 2003, 77, 82.

<sup>464</sup> *Samleben*, ZBB 2003, 69, 77; *Samleben*, IPRax 2011, 469, 475; *Jordans*, EuZW 2007, 655, 658; *Hirte*, in: Kölner Kommentar WpHG (2. Aufl. 2014), § 37h WpHG, Rn. 34; *Sethe/Hellgardt*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), WpHR (7. Aufl. 2019), § 101 WpHG, Rn. 12; *Zimmer*, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechts-Kommentar (5. Aufl. 2020), § 101 WpHG, Rn. 3.

<sup>465</sup> Zur kollisionsrechtlichen Anknüpfung des Schiedsvereinbarungsstatuts oben § 6 III. 2. b) cc) (1) (S. 412 ff.).

<sup>466</sup> Dazu oben § 6 III. 2. b) bb) (2) (S. 410 ff.).

<sup>467</sup> *Lehmann*, in: BeckOK WpHR (7. Ed. 2023), § 101 WpHG, Rn. 20, 46; vgl. auch *Berger*, ZBB 2003, 77, 93 (der diese Anknüpfung aber dennoch für zutreffend hält); *Jordans*, EuZW 2007, 655, 658.

Art. 19 i. V. m. Art. 18 Abs. 1, Abs. 2 Brüssel Ia-VO, welche mit den Kriterien des gewöhnlichen Aufenthalts bzw. des Wohnsitzes das Eingreifen des materiellen und zuständigkeitsrechtlichen Verbraucherschutzes ebenfalls allein von einer tatsächlichen Nähebeziehung der schwächeren Vertragspartei zur schützenden staatlichen Rechtsordnung abhängig machen.<sup>468</sup> Die unter professionellen Beteiligten charakteristische nahezu vollständige Entterritorialisierung bzw. Delokalisierung transnationaler Vertragsbeziehungen<sup>469</sup> kann auf den Ausnahmefall der Beteiligung schwächerer Vertragsparteien, namentlich von Verbrauchern nicht ohne Weiteres übertragen werden. So verstanden kann § 101 WpHG – begrenzt auf seinen engen sachlichen Anwendungsbereich – dazu beitragen, dass deutsche und vor allem unionsrechtliche Verbraucherschutzstandards, die weder durch Rechtswahl abdingbar noch durch Gerichtsstandswahl umgehbar sind und welche die transnationale Ordnungsebene funktional ergänzen, auch durch Schiedsvereinbarungen nicht unterlaufen werden können. Dass die Vorschrift die vermutete Schutzbedürftigkeit an das Fehlen der statusbezogenen Kaufmannseigenschaft im Sinne der §§ 1 ff. HGB statt an die situations- und tätigkeitsbezogene Verbrauchereigenschaft im Sinne des § 13 BGB knüpft, erscheint zwar rechtspolitisch verfehlt,<sup>470</sup> ist aber *de lege lata* hinzunehmen und fällt zumindest insofern nur begrenzt ins Gewicht, als Verbraucher- und fehlende Kaufmannseigenschaft bei transnationalen Finanzverträgen häufig, wengleich nicht notwendigerweise korrelieren dürften.

### *cc) Eingriffsnormen und ordre public*

Nach wie vor kontrovers diskutiert wird die Frage, ob und inwieweit der grundsätzlich zugelassene Rekurs zur Schiedsgerichtsbarkeit über spezialgesetzliche Einschränkungen wie § 101 WpHG hinaus zu durchbrechen ist in Konstellationen, in welchen die Durchsetzung international zwingenden Rechts des angerufenen Gerichtsstaates in Rede steht.<sup>471</sup> Können sich deutsche Gerichte auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung über ausschließliche Schiedsvereinbarungen hinwegsetzen, um einer verfahrensrechtlichen Umgehung von Eingriffsnormen und *ordre public*-Wertungen der deutschen Rechtsordnung vorzubeugen?

<sup>468</sup> Dazu oben § 4 III. 3. b) bb) (S. 236 ff.) und § 6 II. 1. a) aa) (3) (a) (S. 348 f.).

<sup>469</sup> Dazu oben § 1 II. 4. a) (S. 75 f.).

<sup>470</sup> So auch *Hirte*, in: Kölner Kommentar WpHG (2. Aufl. 2014), § 37h WpHG, Rn. 4, 10; *Sethe/Hellgardt*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), WpHR (7. Aufl. 2019), § 101 WpHG, Rn. 6 f.; *Zimmer*, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechts-Kommentar (5. Aufl. 2020), § 101 WpHG, Rn. 9.

<sup>471</sup> Zur Parallelproblematik bei Gerichtsstandsvereinbarungen oben § 6 II. 1. a) aa) (3) (c) (S. 354 ff.) und § 6 II. 1. a) dd) (3) (d) (S. 375 ff.).

Aktuell geworden ist diese Problematik unter anderem bereits im Sportrecht<sup>472</sup> und im Handelsvertreterrecht.<sup>473</sup> So urteilte etwa das OLG München in der schon im Zusammenhang mit der Überprüfung von Gerichtsstandsvereinbarungen diskutierten Entscheidung zum Provisionsausgleichsanspruch eines Handelsvertreters nach § 89b HGB, dass neben der Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten kalifornischer Gerichte auch die daneben getroffene Schiedsvereinbarung unwirksam sei, weil angesichts der Verbindung mit einer Rechtswahlklausel zugunsten kalifornischen Rechts die „naheliegende Gefahr“ bestanden habe, dass ein Schiedsgericht den als Eingriffsnorm qualifizierten § 89b HGB nicht anwenden würde.<sup>474</sup> Im Schrifttum stieß diese Entscheidung auch und gerade im Hinblick auf ihre schiedsverfahrensrechtlichen Ausführungen auf Kritik.<sup>475</sup> Moniert wurde vor allem die fehlende Differenzierung zwischen den auf Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarung anzuwendenden Maßstäben – insbesondere die unzureichende Berücksichtigung völkerrechtlicher Anerkennungspflichten aus dem UNÜ und dem bilateralen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag zwischen Deutschland und den USA von 1954 (vgl. dessen Art. VI Nr. 2)<sup>476</sup> –, sowie die Außerachtlassung der spezifischen Rolle der *ordre public*-Kontrolle im Schiedsverfahrensrecht, die grundsätzlich erst auf der Anerkennungs- und Vollstreckungsebene ansetze.<sup>477</sup> Zudem habe die Prognose einer „naheliegenden Gefahr“ der Nichtanwendung präzise Kriterien vermissen lassen.<sup>478</sup> Bei aller Vehemenz der auf das methodische Vorgehen des OLG bezogenen Einwände wurde allerdings die grundsätzliche Möglichkeit, bei der Überprüfung der Zulässigkeit und Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung auch das international zwingende

<sup>472</sup> BGHZ 210, 292, 308 ff., Rn. 44 ff.; OLG München SchiedsVZ 2015, 40, 42 ff.; aus verfassungsrechtlicher Perspektive nun auch BVerfG NJW 2022, 2677, 2678 ff., Rn. 34 ff.

<sup>473</sup> OLG München IPRax 2007, 322; zur Parallelproblematik bei Gerichtsstandsvereinbarungen siehe auch OLG Stuttgart IHR 2012, 163; BGH IHR 2013, 35; sowie oben § 6 II. 1. a) dd) (3) (d) (S. 375 ff.).

<sup>474</sup> OLG München IPRax 2007, 322, 324 ff. Vgl. auch EuGH, Urteil vom 23.3.1982, Rs. 102/81 – Nordsee/Reederei Mond, Rn 14, wonach die Mitgliedstaaten verpflichtet seien, über ihre im Zusammenhang mit Schiedsverfahren eingeschalteten ordentlichen Gerichte sicherzustellen, dass einschlägige Vorschriften des Gemeinschaftsrechts in ihrem Hoheitsgebiet auch in Schiedsverfahren beachtet werden.

<sup>475</sup> *Quinke*, SchiedsVZ 2007, 246, 247 f.; *Rühl*, IPRax 2007, 294, 300; *Horn*, SchiedsVZ 2008, 209, 217 f., 222; *Dathe*, NJOZ 2010, 2196, 2199 f.; *Antomo*, IHR 2013, 225, 232 ff.; *Thorn/Nickel*, IPRax 2018, 541, 545; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht (8. Aufl. 2020), Rn. 1770, 3799a.

<sup>476</sup> *Rühl*, IPRax 2007, 294, 300 f., die allerdings darauf hinweist, dass man insoweit einen normenhierarchischen Vorrang des § 89b HGB aufgrund von dessen Verwurzelung im EU-Sekundärrecht hätte begründen können.

<sup>477</sup> Vgl. *Quinke*, SchiedsVZ 2007, 246, 247 f.; *Dathe*, NJOZ 2010, 2196, 2199 f.

<sup>478</sup> Vgl. *Rühl*, IPRax 2007, 294, 298.



Recht der *lex fori* zu berücksichtigen, selbst von Kritikern der Entscheidung nicht ernstlich in Abrede gestellt. Als ein möglicher gesetzlicher Anknüpfungspunkt hierfür erscheint der nach hier vertretener Ansicht sowohl bei in- als auch bei ausländischen Schiedsverfahren auf die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit anwendbare § 1030 ZPO, dessen Absatz 3 darauf verweist, dass die Vorschrift gesetzliche Einschränkungen außerhalb des 10. Buches der ZPO unberührt lasse. Damit sind zwar in erster Linie Vorschriften wie die §§ 101 ff. ArbGG gemeint, die Schiedsverfahren für bestimmte Streitgegenstände ausdrücklich ausschließen oder einschränken.<sup>479</sup> Doch schließt dies eine Berücksichtigung auch solcher international zwingenden Normen nicht aus, deren unbedingtem Anwendungsanspruch ein Verbot der gezielten (schieds-)verfahrensrechtlichen Umgehung immanent ist.<sup>480</sup>

Zur entscheidenden Frage wird damit, speziell im Hinblick auf transnationale Vertragsstreitigkeiten, nicht *ob* international zwingende Vorschriften der Sperrwirkung einer Schiedsvereinbarung in der Einredesituation überhaupt entgegenstehen können, sondern *unter welchen Voraussetzungen* sie dies tun. Denkbar wären insoweit – entsprechend den zur gleichgelagerten Problematik bei in den Anwendungsbereich der ZPO fallenden Gerichtsstandsvereinbarungen vertretenen Ansätzen<sup>481</sup> – eine generelle Sperrwirkung einschlägiger Eingriffsnormen gegenüber Schiedsvereinbarungen, eine Sperrwirkung nur bei prognostizierter Nichtanwendung des einschlägigen Eingriffsrechts durch das Schiedsgericht (so der Ansatz des OLG München) oder eine Sperrwirkung bei einer Negativprognose hinsichtlich der Anerkennung- und Vollstreckungsfähigkeit des zu erwartenden Schiedsspruchs.

Wie schon im Rahmen der Paralleldiskussion zu Gerichtsstandsvereinbarungen kann jedenfalls der erstgenannte Ansatz eines automatischen, einzelfallunabhängigen Durchschlagens international zwingenden Rechts auf die Schiedsvereinbarung schon deshalb nicht befürwortet werden, weil der etwaige Verstoß typischerweise nicht durch die Schiedsvereinbarung selbst, sondern erst durch den gedanklich und rechtlich von ihr zu trennenden Hauptvertrag begründet wird. Die Schiedsvereinbarung als solche kann deshalb nur in solchen Konstellationen bedenklich erscheinen, in welchen sie auf ein *opting out of regulation* hinausläuft und die Anwendung der einschlägigen international zwingenden Normen wie auch der damit verbundenen Ordnungsanliegen auf den streitgegenständlichen Sachverhalt *de facto* ausschließt.<sup>482</sup> Dieses Verdikt darf angesichts der in weiten

---

<sup>479</sup> Wolf/Eslami, in: BeckOK ZPO (47. Ed. 2022), § 1030, Rn. 11 f. mit weiteren Beispielen.

<sup>480</sup> Für ein weites Verständnis von § 1030 Abs. 3 ZPO vgl. auch Münch, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), § 1030, Rn. 31 ff.

<sup>481</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) dd) (3) (d) (S. 375 ff.).

<sup>482</sup> Vgl. Basedow, in: FS U. Magnus (2014), 337, 351 f., allerdings bezogen auf Gerichtsstandsvereinbarungen.



Teilen der Schiedspraxis durchaus vorhandenen Sensibilität für die Beachtung international zwingenden Rechts keineswegs vorschnell getroffen werden<sup>483</sup> – zumal eine Vorhersage über die zu erwartende Rechtsanwendung eines für den Einzelfall erst zusammentretenden Schiedsgerichts meist schwieriger zu treffen sein wird als für staatliche Gerichte, für die eine etwaige Negativprognose zumindest auf deren bisherige Rechtsprechung gestützt werden kann. Auch kann ohne Auseinandersetzung mit dem auf den Hauptvertrag anwendbaren Recht – erforderlichenfalls unter Heranziehung des § 293 ZPO – nicht ausgeschlossen werden, dass schon dieses dem berührten Ordnungsinteresse funktional Rechnung trägt.<sup>484</sup> Überdies ist zu berücksichtigen, dass das Schiedsverfahrensrecht – ebenso wie das Internationale Zivilprozessrecht – eigenständige Schutzvorkehrungen und Interessenabwägungen trifft, auf welche die in erster Linie dem materiellen Recht entstammenden Vorschriften des international zwingenden Rechts nur begrenzt abgestimmt sind. Der im Schiedsverfahrensrecht ausdrücklich vorgesehene und im Regelfall hinreichend effektive Weg zur gerichtlichen Überprüfung der Wahrung international zwingenden Rechts durch das Schiedsgericht ist aber die *ex post*-Kontrolle bereits ergangener Schiedssprüche im Rahmen des Anerkennungs-, Vollstreckungs- oder Aufhebungsverfahrens.<sup>485</sup>

Eine dahingehende *ex ante*-Kontrolle ist daher in transnationalen Vertragsstreitigkeiten auf solche Ausnahmekonstellationen zu beschränken, in welchen – äquivalent zu Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten dysfunktionaler staatlicher Gerichte – die im Einzelfall getroffene Schiedsvereinbarung gerade nicht zur Eröffnung einer effektiven Rechtsschutzmöglichkeit, sondern bewusst zu dem Zweck eingesetzt wird, etwaige Ordnungsdefizite der transnationalen Regelungsebene verfahrensrechtlich zu perpetuieren und einem oder mehreren Vertragsbeteiligten jede Berufungsmöglichkeit auf korrigierendes international zwingendes Recht zu versagen – beispielsweise, indem für eine Vertragspartei kaum zu realisierende Voraussetzungen an die Anrufung des Schiedsgerichts gestellt werden. Nur in solchen Fällen wäre aus der Sicht eines deutschen Gerichts ein Festhalten an der Sperrwirkung der Schiedsvereinbarung mit dem aus Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 6 Abs. 1 EMRK abzuleitenden Justizgewährleistungsanspruch nicht mehr vereinbar und muss deshalb eine Überwindung der Schieds-

---

<sup>483</sup> Ausführlich Renner, *Zwingendes transnationales Recht* (2010), 91 ff.; vgl. auch Juenger, in: FS Rittner (1991), 233, 248 f.; Girsberger, in: BDGVR 39 (2000), 231, 247; Fischer-Lescano/Teubner, *Regime-Kollisionen* (2006), 106; Calliess/Renner, in: Gosewinkel/Schuppert (Hrsg.), *Politische Kultur im Wandel von Staatlichkeit* (2008), 205, 214; Horn, *SchiedsVZ* 2008, 209, 218; Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2. Aufl. 2010), 101; Mills, *Party Autonomy in Private International Law* (2018), 272.

<sup>484</sup> Vgl. Kleinheisterkamp, *RabelsZ* 73 (2009), 818, 828 f.

<sup>485</sup> Dazu unten § 6 III. 3. e) cc) (S. 430 ff.). Vgl. Quinke, *SchiedsVZ* 2007, 246, 250.

einrede schon im Erkenntnisverfahren möglich bleiben, um eine Kompensation etwaiger Ordnungsdefizite auf transnationalen Ebene sicherzustellen.<sup>486</sup> In Parallele zur im Rahmen der Überprüfung von Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten drittstaatlicher Gerichte entwickelten Lösung<sup>487</sup> empfiehlt sich als Leitlinie hierfür wiederum ein zweistufiges Vorgehen: In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob die im zu beurteilenden Sachverhalt einschlägige international zwingende Norm ein transnationales oder transnationalisierungsfähiges Ordnungsinteresse widerspiegelt. Je weniger dies der Fall ist, desto enger muss der räumliche Bezug des Sachverhalts zur heimischen Rechtsordnung sein, um die Notwendigkeit einer Durchsetzung auch gegen die Schiedsvereinbarung begründen zu können. Ist das Anwendungsinteresse der international zwingenden Norm im Einzelfall nach diesen Maßgaben grundsätzlich zu bejahen, ist sodann im zweiten Schritt eine *prima facie*-Prognose darüber vorzunehmen, ob das vereinbarte Schiedsgericht bei der Streitentscheidung die einschlägige Norm selbst oder zumindest das hinter ihr stehende Ordnungsanliegen auf anderem, funktionsäquivalentem Wege zur Geltung bringen wird. Dies zu be- oder auch zu widerlegen sind im eigenen Interesse auch die Streitparteien aufgerufen. Nur wenn diese Prognose negativ ausfällt und somit keine realistische Aussicht auf einen Schiedsspruch besteht, der von einem deutschen Gericht anerkannt geschweige denn für vollstreckbar erklärt werden könnte, kann die Schiedsvereinbarung als *ultima ratio* schon in der Einredesituation überwunden werden.

### 3. Anerkennung, Vollstreckung und Aufhebung von privaten Schiedssprüchen

Ist eine transnationale Vertragsstreitigkeit vor einem Schiedsgericht ausgetragen und mit einem Schiedsspruch beendet worden, kann sich aus der Perspektive eines deutschen Gerichts noch die Frage stellen, ob dem Schiedsspruch im staatlichen Recht Wirkung beizumessen, dieser namentlich anzuerkennen, zu vollstrecken oder gegebenenfalls aufzuheben ist,<sup>488</sup> und inwieweit hierbei dem transnationalen Kontext der Streitigkeit Rechnung getragen werden kann. Dabei ist wiederum zwischen in- und ausländischen Schiedssprüchen zu unterscheiden.

#### a) Abgrenzung zwischen inländischen und ausländischen Schiedssprüchen

Ob ein Schiedsspruch als in- oder ausländisch zu behandeln ist, bestimmt sich nach dem Schiedsort, an dem er ergangen ist. In der Wahl des Schiedsortes sind

<sup>486</sup> Vgl. *Kleinheisterkamp*, *RabelsZ* 73 (2009), 818, 835 f.

<sup>487</sup> Dazu oben § 6 II. 1. a) dd) (3) (d) (S. 377 ff.).

<sup>488</sup> Kompetenziell ist zu berücksichtigen, dass die Zuständigkeit für die Anerkennung, Vollstreckbarerklärung und Aufhebung von Schiedssprüchen jeweils bei den Oberlandesgerichten liegt (§ 1062 ZPO).

die Parteien allerdings nach § 1043 Abs. 1 ZPO frei (vgl. Art. 20 UNCITRAL ML). Insbesondere muss der gewählte und damit rechtlich maßgebliche Schiedsort nicht mit dem Ort überstimmen, an dem das Schiedsverfahren tatsächlich durchgeführt wird (vgl. § 1043 Abs. 2 ZPO).<sup>489</sup>

Teilweise wird erwogen, von diesem Grundsatz eine Ausnahme zu machen für Streitigkeiten, die ausschließlich Bezüge zum Inland aufweisen, und in einem solchen Fall die Wahl eines nur „fiktiven“ ausländischen Schiedsortes nicht anzuerkennen.<sup>490</sup> Diese Sichtweise findet jedoch nicht nur im Wortlaut des deutschen Schiedsverfahrensrechts keine Anhaltspunkte, sondern wurde auch im Rahmen des Entstehungsprozesses des UNCITRAL ML ausdrücklich verworfen.<sup>491</sup> Sie wirft überdies die schon aus dem Kollisionsrecht bekannte Problematik der Festlegung auf, wann überhaupt von einem reinen Inlandssachverhalt ausgegangen werden kann – was speziell im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen schon im Hinblick auf deren Einbettung in den grenzüberschreitenden Ordnungskontext eines transnationalen Vertragsrechtsregimes nicht der Fall sein wird.<sup>492</sup> Schließlich erscheint eine Einschränkung der Wählbarkeit eines ausländischen Schiedsortes auch in teleologischer Hinsicht nicht geboten. Denn in einer Streitigkeit, die tatsächlich ausschließlich Bezüge zum Inland aufweist, werden die Parteien praktisch auch nur an den Wirkungen des Schiedsspruchs im Inland interessiert sein. Und um solche entfalten zu können, muss der „ausländische“ Schiedsspruch dann, wenngleich den inländischen Gerichten eine mögliche Aufhebung verwehrt bliebe, in jedem Fall die Hürden der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung passieren, in deren Rahmen eine Überprüfung an den Maßstäben des UNÜ stattfindet, welche den an inländische Schiedssprüche anzulegenden Anforderungen nicht nachstehen.

### b) Anerkennung

Durch Anerkennung wird ein Schiedsspruch einem rechtskräftigen gerichtlichen Urteil in seinen Wirkungen gleichgestellt.<sup>493</sup> Für inländische Schiedssprüche

<sup>489</sup> Etwa *Maultzsch*, in: FS von Hoffmann (2011), 304, 306, 312; *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht (2019), 50; *Münch*, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), § 1043, Rn. 19; *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO (19. Aufl. 2022), § 1043, Rn. 4.

<sup>490</sup> *Schütze*, in: FS von Hoffmann (2011), 1077, 1080; *Schütze*, SchiedsVZ 2014, 274, 275; *Gößling*, Europäisches Kollisionsrecht und Internationale Schiedsgerichtsbarkeit (2019), 194 f.; vgl. auch *Gaillard/Savage*, Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration (1999), 52 f.

<sup>491</sup> Vgl. *Maultzsch*, in: FS von Hoffmann (2011), 304, 313 f. m. w. N.

<sup>492</sup> Dazu oben § 4 III. 3. b) aa) (1) (S. 226 ff.).

<sup>493</sup> *Gößling*, Europäisches Kollisionsrecht und Internationale Schiedsgerichtsbarkeit (2019), 176; vgl. auch *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht (8. Aufl. 2020), Rn. 3879.

folgt dies automatisch aus § 1055 ZPO; ausländische Schiedssprüche müssen demgegenüber erst durch ein deutsches Gericht nach § 1061 Abs. 1 ZPO i. V. m. Art. III bis V UNÜ explizit anerkannt werden. Die inhaltliche Prüfung des ersuchten Gerichts beschränkt sich insoweit auf das etwaige Vorliegen von Versagungsgründen nach § 1061 Abs. 1 ZPO i. V. m. Art. V UNÜ.

### c) Vollstreckung

Um einen Schiedsspruch vollstrecken zu können, bedarf es einer Vollstreckbarerklärung durch ein Gericht des Vollstreckungsstaates.<sup>494</sup> Erst diese ist Titel i. S. d. § 794 Abs. 1 Nr. 4a ZPO. Bei inländischen Schiedssprüchen richtet sich die Erklärung nach § 1060 ZPO, bei ausländischen nach § 1061 Abs. 1 ZPO i. V. m. Art. III bis V UNÜ. Sie erfolgt auf Antrag, wenn ein endgültiger Schiedsspruch vorliegt und kein Versagungsgrund nach § 1060 Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 1059 Abs. 2 ZPO bzw. § 1061 Abs. 1 ZPO i. V. m. Art. V UNÜ greift.<sup>495</sup>

### d) Aufhebung

Gegen inländische Schiedssprüche steht nach § 1059 Abs. 1 ZPO<sup>496</sup> der Rechtsbehelf einer Beantragung der Aufhebung aus den in § 1059 Abs. 2 ZPO normierten Gründen zur Verfügung.<sup>497</sup> Eine Aufhebung hat kassatorische Wirkung, berührt allerdings im Zweifel nicht die Fortgeltung der Schiedsvereinbarung für den Streitgegenstand, § 1059 Abs. 5 ZPO.

### e) Versagungsgründe

Die Gründe, deretwegen ein inländischer Schiedsspruch aufgehoben oder einem inländischen Schiedsspruch nach § 1060 Abs. 1 S. 2 ZPO die Vollstreckbarkeit versagt werden kann, sind abschließend in § 1059 Abs. 2 ZPO aufgeführt. Sie sind jedoch den in Art. V UNÜ genannten Gründen nachempfunden, bei deren Vorliegen i. V. m. § 1061 ZPO einem ausländischen Schiedsspruch die Anerkennung oder Vollstreckbarerklärung zu versagen ist, und können deshalb als weit-

<sup>494</sup> Gößling, Europäisches Kollisionsrecht und Internationale Schiedsgerichtsbarkeit (2019), 176; vgl. auch Buchwitz, Schiedsverfahrensrecht (2019), 32, 264 ff.

<sup>495</sup> Im Falle inländischer Schiedssprüche ist zu berücksichtigen, dass die Berufung auf Versagungsgründe nach § 1060 Abs. 2 S. 2, S. 3 ZPO präkludiert sein kann, wenn zuvor ein Aufhebungsantrag rechtskräftig abgewiesen oder die fristgerechte Beantragung einer Aufhebung nach § 1059 ZPO versäumt worden ist.

<sup>496</sup> Siehe auch Art. 34 UNCITRAL ML.

<sup>497</sup> Sofern nicht anders vereinbart, beträgt die Antragsfrist drei Monate nach Empfang des Schiedsspruchs, § 1059 Abs. 3 S. 1, S. 2 ZPO. Zudem darf der Schiedsspruch noch nicht von einem deutschen Gericht für vollstreckbar erklärt worden sein, § 1059 Abs. 3 S. 4 ZPO.

gehend deckungsgleich behandelt werden.<sup>498</sup> Von besonderer Relevanz im Zusammenhang mit Schiedssprüchen in transnationalen Vertragsstreitigkeiten sind dabei die Aufhebungs- bzw. Versagungsgründe der Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung, des Fehlens der objektiven Schiedsfähigkeit und des Verstoßes des Schiedsspruchs gegen den *ordre public* des Gerichtsstaates, auf die sich die folgenden Ausführungen konzentrieren.<sup>499</sup> Eine über die aufgeführten Tatbestände hinausgehende inhaltliche Überprüfung des Schiedsspruchs (*révision au fond*) findet weder bei in- noch bei ausländischen Schiedssprüchen statt.<sup>500</sup>

#### aa) Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung

Auch im Aufhebungsverfahren sowie im Anerkennungs- und Vollstreckbarerklärungsverfahren geben die § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a ZPO (ggf. i. V. m. § 1060 Abs. 1 S. 2 ZPO) und § 1061 Abs. 1 ZPO i. V. m. Art. V Abs. 1 lit. a UNÜ staatlichen Gerichten nochmals Gelegenheit zur Überprüfung der (Un-)Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung, soweit eine Partei sich hierauf beruft. Die in diesen Konstellationen einschlägigen kollisionsrechtlichen Vorgaben des § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a ZPO bzw. des Art. V Abs. 1 lit. a UNÜ verweisen für die Anknüpfung der subjektiven Schiedsfähigkeit auf das für die Parteien „persönlich maßgebende Recht“ (Alt. 1), für die Anknüpfung des für Inhalt und Zustandekommen maßgeblichen Schiedsvereinbarungsstatuts auf die Rechtswahl der Parteien und subsidiär auf das Recht des Schiedsortes (Alt. 2). Dies entspricht der kollisionsrechtlichen Handhabe, die hier auch für die Wirksamkeitsprüfung der Schiedsvereinbarung in der Einredesituation im Erkenntnisverfahren befürwortet worden ist,<sup>501</sup> nicht zuletzt, um insoweit zwischen *ex ante*- und *ex post*-Betrachtung der Schiedsvereinbarung einen Wertungsgleichlauf zu erzielen. Auch die für die Prüfung im Erkenntnisverfahren nach § 1032 Abs. 1 ZPO entwickelten materiellrechtlichen Maßgaben zu Bestimmtheit, Form und subjektiver Schiedsfähigkeit können auf die Unwirksamkeitsprüfung im Aufhebungs- bzw. Anerken-

---

<sup>498</sup> Münch, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), § 1059, Rn. 4 f.; vgl. auch Gößling, Europäisches Kollisionsrecht und Internationale Schiedsgerichtsbarkeit (2019), 180.

<sup>499</sup> Ohne spezielle Bewandnis für transnationale Vertragsstreitigkeiten sind die Gründe der mangelnden Erkenntnissetzung oder unzulässigen Beschränkung von Angriffs- und Verteidigungsmitteln (§ 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. b ZPO; Art. V Abs. 1 lit. b UNÜ), der Überschreitung schiedsrichterlicher Entscheidungsbefugnisse (§ 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. c ZPO; Art. V Abs. 1 lit. c UNÜ), der fehlerhaften Bildung des Schiedsgerichts oder Durchführung des Schiedsverfahrens (§ 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. d ZPO; Art. V Abs. 1 lit. d UNÜ) und der Unverbindlichkeit, Aufhebung oder Hemmung des Schiedsspruchs nach dem Recht des Schiedsortes (Art. V Abs. 1 lit. e UNÜ).

<sup>500</sup> Statt aller Münch, in: MüKo ZPO, Band 3 (6. Aufl. 2022), § 1059 Rn 5, 8.

<sup>501</sup> Dazu oben § 6 III. 2. b) cc) (1) (S. 413) und § 6 III. 2. c) bb) (S. 421 f.).

nungs- und Vollstreckbarerklärungsverfahren übertragen werden.<sup>502</sup> Für die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit ist hingegen – selbst wenn man diese als Element der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung ansieht – der speziellere und schon von Amts wegen zu prüfende § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. a ZPO (ggf. i. V. m. § 1060 Abs. 1 S. 2 ZPO) bzw. § 1061 ZPO i. V. m. Art. V Abs. 2 lit. a UNÜ heranzuziehen.

#### *bb) Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit*

Die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit ist im Aufhebungsverfahren sowie im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. a ZPO (ggf. i. V. m. § 1060 Abs. 1 S. 2 ZPO) bzw. nach § 1061 Abs. 1 ZPO i. V. m. Art. V Abs. 2 lit. a UNÜ von Amts wegen zu prüfen. Maßgeblich ist nach den speziellen Kollisionsregeln des § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. a ZPO und des Art. V Abs. 2 lit. a UNÜ die *lex fori* des angerufenen Gerichts, für ein deutsches Gericht also § 1030 ZPO. Die für die Einredesituation entwickelten Maßgaben zur objektiven Schiedsfähigkeit<sup>503</sup> können dabei auf das Aufhebungs- bzw. Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren übertragen werden und dürften auch hier im Hinblick auf transnationale Vertragsstreitigkeiten im Finanzbereich kaum je Schwierigkeiten aufwerfen.

#### *cc) Verstoß gegen den ordre public*

Als im Kontext transnationaler Vertragsstreitigkeiten praktisch wichtigster Grund zur Aufhebung oder Versagung der Anerkennung oder Vollstreckung eines Schiedsspruchs verbleibt der Verstoß gegen den *ordre public* des Aufhebungs-, Anerkennungs- bzw. Vollstreckungsstaates nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ZPO (ggf. i. V. m. § 1060 Abs. 1 S. 2 ZPO) bzw. § 1061 ZPO i. V. m. Art. V Abs. 2 lit. b UNÜ. Dabei wird, wie schon bei der *ordre public*-Kontrolle ausländischer Gerichtsentscheidungen,<sup>504</sup> unterschieden zwischen verfahrensrechtlichen Elementen – beispielsweise dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs, der Gleichbehandlung der Parteien und der Unabhängigkeit des Schiedsgerichts<sup>505</sup> – und ma-

<sup>502</sup> Dazu oben § 6 III. 2. b) (S. 408 ff.) und § 6 III. 2. c) bb) (S. 419 ff.). Vgl. zur Übertragbarkeit der Formvorgaben *Kröll*, *SchiedsVZ* 2009, 40, 50 f. m. w. N.; *Samtleben*, in: FS von Hoffmann (2011), 1066, 1067 f.

<sup>503</sup> Dazu oben § 6 III. 2. c) aa) (S. 416 ff.).

<sup>504</sup> Dazu oben § 6 II. 2. a) dd) (1) (S. 388 ff.), § 6 II. 2. b) (S. 393), § 6 II. 2. c) (S. 394) und § 6 II. 2. e) cc) (1) (S. 397 f.).

<sup>505</sup> Teilaspekte hiervon sind freilich auch schon durch die spezielleren Tatbestände des § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. b und d ZPO bzw. § 1061 ZPO i. V. m. Art. V Abs. 1 lit. b und d UNÜ erfasst.



terierechtlichen Elementen, welche die substanziellen Grundwertungen der öffentlichen Ordnung betreffen, die sich etwa in den Grundrechten und in Eingriffsnormen des angerufenen Gerichtsstaates widerspiegeln können.<sup>506</sup> Auch im Schiedsverfahrensrecht dient der *ordre public*-Vorbehalt aber ausdrücklich nur der Ergebnis-, nicht der Inhaltskontrolle und darf nicht als Generalklausel zur umfassenden Überprüfung von Schiedssprüchen am Maßstab der nationalen Rechtsordnung missverstanden werden. Nicht überzeugen können deshalb die von einzelnen Autoren unternommenen Versuche, dem weithin anerkannten Fehlen einer Bindung privater Schiedsgerichte an das für staatliche Gerichte geltende Kollisionsrecht<sup>507</sup> zum Trotz über den Umweg der *ordre public*-Kontrolle eine Unterwerfung von Schiedssprüchen unter die Vorgaben der Rom I-VO erreichen zu wollen – etwa in den Fragen der Wählbarkeit nichtstaatlicher Regelwerke als anwendbares Recht (im Schiedsverfahren möglich nach § 1051 Abs. 1 ZPO, Art. 28 Abs. 1 UNCITRAL ML<sup>508</sup>) oder der Abwahl einfach zwingenden Rechts in Inlandsfällen (keine Anwendung von Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO in Schiedsverfahren).<sup>509</sup> Obschon damit auch eine unmittelbare Bindung von Schiedsgerichten an Art. 9 Rom I-VO und Art. 21 Rom I-VO abzulehnen ist, kann die Nichtanwendung international zwingenden Rechts der *lex fori* des ersuchten Gerichts für dieses aber in der Sache durchaus einen Aufhebungsgrund bzw. ein Anerkennungs- und Vollstreckungshindernis in Form eines *ordre public*-Verstoßes begründen.<sup>510</sup> In diesem Sinne hat etwa der EuGH in der Rechtssache *Eco Swiss* für das Unionskartellrecht ausdrücklich klargestellt, dass dieses zwar der objektiven Schiedsfähigkeit einschlägiger Streitigkeiten nicht entgegensteht, mitgliedstaatliche Gerichte jedoch sehr wohl auch im Rahmen der *ex post*-Überprüfung von Schiedssprüchen bindet.<sup>511</sup>

<sup>506</sup> Vgl. Buchwitz, Schiedsverfahrensrecht (2019), 283 ff.; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl. 2021), Rn. 1525.

<sup>507</sup> Gegen eine Bindung etwa Sandrock, RIW 1992, 785, 789 ff.; Hausmann, in: FS von Hoffmann (2011), 971, 977 ff.; Schmidt-Ahrens/Höttler, SchiedsVZ 2011, 267, 269 f.; Sonnenberger, IPRax 2011, 325, 334; Grimm, SchiedsVZ 2012, 189 ff.; Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1170 f.; Nueber, SchiedsVZ 2014, 186 ff.; Wegen/Asbrand, RIW 2016, 557, 560; Babić, J. Priv. Int'l L. 13 (2017), 71, 77 ff.; Kondring, ZIP 2017, 706 ff.; Martiny, in: MüKo BGB, Band 13 (8. Aufl. 2021), Vor Art. 1 Rom I-VO, Rn. 103; Hesse, Diktierte Parteiautonomie (2022), 275; von Hein, in: Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band 3 (5. Aufl. 2023), Art. 1 Rom I-VO, Rn. 40.

<sup>508</sup> Martiny, in: FS Schütze (1999), 529, 536 f.; Wegen/Asbrand, RIW 2016, 557, 559 f.

<sup>509</sup> Für eine Bindung an die Rom I-VO etwa Mankowski, RIW 2011, 30 ff.; Mankowski, in: FS von Hoffmann (2011), 1012, 1022 ff.; Mankowski, in: FS Schütze (2015), 369 ff., 374 ff.; McGuire, SchiedsVZ 2011, 257, 262 ff.; Gößling, Europäisches Kollisionsrecht und Internationales Schiedsgerichtsbarkeit (2019), 60 ff., 114 f.

<sup>510</sup> Vgl. Renner, Zwingendes transnationales Recht (2010), 85.

<sup>511</sup> EuGH, Urteil 1.6.1999, Rs. C-126/97 – *Eco Swiss*, Rn 31 ff., 37; vgl. auch EuGH, Urteil

*De facto* trägt gerade das Bestreben, eine spätere Aufhebung oder Nichtanerkennung eines Schiedsspruchs von staatlicher Seite zu verhindern, wesentlich dazu bei, dass private Schiedsgerichte in der Praxis trotz ihrer größeren kollisionsrechtlichen Flexibilität bei der Ermittlung des anwendbaren Rechts im Regelfall die potenziell einschlägigen Vorschriften des international zwingenden Rechts und die sich darin widerspiegelnden öffentlichen Interessen der durch den streitauslösenden Sachverhalt berührten Staaten schon von sich aus berücksichtigen<sup>512</sup> – wodurch Schiedsgerichte zugleich in besonderem Maße zur Entstehung zwingenden transnationalen Rechts beitragen.<sup>513</sup> An dieser Entwicklung können sich auch staatliche Gerichte beteiligen, indem sie die für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Gerichtsentscheidungen nach Art. 45 lit. a Brüssel Ia-VO, Art. 34 Nr. 1 LugÜ, Art. 9 lit. e HGÜ und § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO entwickelten Maßgaben einer abgestuften *ordre public*-Kontrolle im transnationalen Ordnungskontext<sup>514</sup> auch für die Aufhebung, Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen heranziehen. Sieht das angerufene Gericht hiernach eine international zwingende Vorschrift oder Grundwertung der heimischen Rechtsordnung durch den Schiedsspruch als verletzt an, so ist diese im Falle ihrer Transnationalität oder Transnationalisierungsfähigkeit konsequent durch Aufhebung bzw. Nichtanerkennung und -vollstreckung des Schiedsspruchs durchzusetzen, soweit das Schiedsgericht nicht funktionsäquivalente Normen aus anderen Rechtsquellen zur Geltung gebracht hat. Fehlt der berührten Ordnungsvorstellung des angerufenen Gerichtsstaates hingegen die transnationale Qualität, sollte dem Schiedsspruch nur bei enger Nähebeziehung des Sachverhalts zum ersuchten Staat sowie bei Überwiegen des staatlichen Ordnungsinteresses als *ultima ratio* die Wirkung versagt werden.

Entgegen einer verbreitenden Tendenz in der Rechtsprechung<sup>515</sup> sollte dabei zumindest in Bezug auf transnationale Vertragsstreitigkeiten grundsätzlich kein Unterschied in der Strenge des Prüfungsmaßstabs zwischen inländischen und ausländischen Schiedssprüchen gemacht werden, da beide in gleicher Weise in transnationale Ordnungszusammenhänge eingebunden sein können und der über

---

vom 27.4.1994, Rs. C-393/92 – Almelo, Rn. 22 ff.; EuGH, Urteil vom 26.10.2006, Rs. C-168/05 – Mostaza Claro, Rn. 35.

<sup>512</sup> Juenger, in: FS Rittner (1991), 233, 248 f.; Fischer-Lescano/Teubner, Regime-Kollisionen (2006), 106; Calliess/Renner, in: Gosewinkel/Schuppert (Hrsg.), Politische Kultur im Wandel von Staatlichkeit (2008), 205, 214; Berger, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria (2. Aufl. 2010), 101; Renner, in: Möslin (Hrsg.), Regelsetzung im Privatrecht (2019), 165, 181; vgl. auch Drobnič, in: FS Kegel (1987), 95, 105 ff.

<sup>513</sup> Ausführlich Renner, Zwingendes transnationales Recht (2010), 91 ff.

<sup>514</sup> Dazu oben § 6 II. 2. a) dd) (1) (S. 388 ff.), § 6 II. 2. e) cc) (1) (S. 397 f.).

<sup>515</sup> BGH NJW-RR 2017, 313, Rn. 56; vgl. auch BGHZ 98, 70, 73 f.; BGH SchiedsVZ 2006, 161, 164, Rn. 28.

den in- oder ausländischen Charakter des Schiedsspruchs entscheidende Sitz des Schiedsgerichts von den Parteien ohnehin frei festgelegt werden kann, ohne dass eine räumliche Nähebeziehung zu diesem erforderlich wäre.<sup>516</sup> Damit wird der *ordre public*-Vorbehalt auch im Aufhebungs- bzw. Anerkennungs- und Vollstreckungsstadium des Schiedsverfahrensrechts zur maßgeblichen Schnittstelle, über die deutsche Gerichte zu einer gelingenden Transnationalisierung des Rechts einschließlich der Herausbildung transnationaler Wirtschaftsverfassungsstrukturen beitragen können.

#### 4. Zwischenergebnis

Auch wenn sich die Parteien eines transnationalen Vertrages für eine Streitbeilegung vor privaten Schiedsgerichten entscheiden, bestehen aus der Perspektive eines mit einer transnationalen Vertragsstreitigkeit konfrontierten deutschen Gerichts Möglichkeiten, über die staatliches Recht und transnationale Ordnung zueinander in Beziehung gesetzt werden können.

Im Erkenntnisverfahren betrifft dies in erster Linie die Frage der verbliebenen eigenen Zuständigkeit, wenn sich eine Streitpartei auf das Bestehen einer Schiedsvereinbarung beruft. Die gerichtliche Entscheidung über die Wirksamkeit und Reichweite der Schiedsvereinbarung wird dann zur Weichenstellung für die Möglichkeit eines inhaltlichen Zugriffs der deutschen Rechtsordnung auf den in einen transnationalen Ordnungszusammenhang eingebundenen streitgegenständlichen Sachverhalt. Obschon hinsichtlich der insoweit anzuwendenden Vorschriften zwischen inländischen und internationalen Schiedsverfahren zu differenzieren ist, können gemeinsame Leitlinien für einen responsiven Umgang mit auf transnationale Verträge bezogenen Schiedsvereinbarungen entwickelt werden. Hinsichtlich der Anforderungen, die an das Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung zu stellen sind, umfassen diese jedenfalls im unternehmerischen Verkehr einen großzügigen Umgang mit Bestimmtheits-, Form- und materiellrechtlichen Vorgaben unter Einbeziehung gesellschaftsbereichsspezifischer Erwartungshaltungen. In Bezug auf Begrenzungen, mittels derer das staatliche Recht eine Rückbindung an die Belange des Schwächeren-, Dritt- und Gemeinwohlsschutzes sicherstellt, ergänzen sich stark erhöhte Formanforderungen bei Verbraucherbeteiligung, Beschränkungen der objektiven und subjektiven Schiedsfähigkeit für bestimmte Rechtsgebiete sowie insbesondere die Möglichkeit der Durchsetzung international zwingenden Rechts gegen die Schiedsvereinbarung in bewussten Umgehungskonstellationen, welche abgestimmt auf die hierzu entwickelten Maßgaben des Kollisions-, materiellen Vertrags- und Internationalen Zivilprozessrechts gehandhabt werden können.

<sup>516</sup> Dazu oben § 6 III. 3. a) (S. 426 f.).

Wurde ein Schiedsverfahren bereits durchgeführt und durch einen Schiedsspruch beendet, kann ein deutsches Gericht auch in der Aufhebungs-, Anerkennungs- oder Vollstreckungssituation nochmals oder erstmalig mit einer transnationalen Vertragsstreitigkeit konfrontiert werden. Wiederum ist zwar hinsichtlich der insoweit anwendbaren Vorschriften zwischen inländischen und ausländischen Schiedssprüchen zu differenzieren, können aber dennoch übergreifende Möglichkeiten einer responsiven Handhabung erschlossen werden – insbesondere im Hinblick auf die Auslegung der in allen Konstellationen weitgehend deckungsgleichen Gründe, deretwegen eine Aufhebung erfolgen bzw. eine Anerkennung oder Vollstreckung des Schiedsspruchs verweigert werden kann. Bei der in diesem Rahmen möglichen Kontrolle der (Un-)Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung können ebenso wie im Rahmen der Überprüfung der Schiedsfähigkeit die für die Einredesituation im Erkenntnisverfahren entwickelten Maßgaben zum Tragen kommen, und auch die für transnationale Vertragsstreitigkeiten besonders relevante *ordre public*-Kontrolle ergangener Schiedssprüche kann in einer Weise gehandhabt werden, die einen Wertungsgleichlauf zur Einredekonstellation im Erkenntnisverfahren erzielt und sich nahtlos in ein für transnationale Ordnungskontexte responsives Gesamtverständnis von Kollisions-, materiellem Vertrags- und Internationalem Zivilverfahrensrecht eingefügt.

# Schluss

Den Ausgangspunkt dieser Arbeit bildeten zweierlei Beobachtungen: *Erstens* die empirisch unstreitige und auf „Schritt und Tritt begegnende“ Tatsache, dass der grenzüberschreitende Wirtschaftsverkehr in zunehmendem Maße durch normative Ordnungsstrukturen geprägt wird, in deren Zentrum nicht mehr der Nationalstaat, sondern private Akteure stehen. *Zweitens* der innerhalb der Rechtswissenschaft um die rechtliche Deutung dieses Befunds entbrannte, auf grundverschiedenen Prämissen zum Begriff des Rechts beruhende „Glaubenskrieg“ zwischen „Traditionalisten“ und „Transnationalisten“, als dessen Folgen nicht nur das weitgehende Ausbleiben eines konstruktiven Dialogs zwischen beiden Meinungslagern, sondern auch die immer stärker hervortretenden Schwierigkeiten der Rechts- und namentlich Gerichtspraxis ausgemacht wurden, mit Ordnungsstrukturen der besagten Art in der täglichen Rechtsanwendung konsistent umzugehen. An diesen Leerstellen hat die Untersuchung angesetzt und die Frage in den Mittelpunkt gestellt, wie sich beispielhaft eine spezifische Erscheinungsform grenzüberschreitender Ordnung im Finanzbereich zunächst theoretisch erfassen und sodann privatrechtsdogmatisch im geltenden deutschen Recht rekonstruieren lässt. Die hierauf gefundenen Antworten können nun zusammengefasst und die Arbeit sodann mit einem Ausblick abgeschlossen werden.

## I. Zusammenfassung

### *Zu § 1: Die Emergenz transnationaler Ordnungsstrukturen im Finanzbereich*

1. Als wesentlicher Grund für die Emergenz privat orchestrierter Ordnungsstrukturen im Wirtschafts- und speziell im Finanzverkehr ist das Spannungsverhältnis zwischen zunehmender weltwirtschaftlicher Verflechtung einerseits und der fortbestehenden territorialen Begrenztheit des staatlichen (Privat-)Rechts andererseits auszumachen, aus welchem in grenzüberschreitenden Fallgestaltungen ein gesteigertes Maß an transaktionskostenerhöhender Rechtsunsicherheit resultiert. Dem abzuhelpen sind die hierfür vorgesehenen staatlichen Ordnungsstrategien des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts sowie der internationalen

Rechtsvereinheitlichung und -harmonisierung für sich genommen nur bedingt in der Lage. Denn während Erstere das Schicksal der territorialen Begrenztheit und Pluralität staatlichen Rechts teilen, kranken Letztere an bisweilen fehlendem politischem Willen sowie der Schwerfälligkeit und Inflexibilität völkerrechtlicher Verträge als primärem Handlungsinstrument. Um ihre Transaktionen normativ abzusichern, bedienen sich die Beteiligten des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs deshalb einer zunehmenden Vielzahl privater Ordnungsstrategien. Zu diesen gehören neben der vertikalen Integration in hierarchisch strukturierte Unternehmensverbindungen und dem Aufbau langfristiger Geschäftsbeziehungen vor allem die Adaption der für das staatliche Recht charakteristischen Techniken der Regelsetzung, -anwendung und -durchsetzung durch private Akteure. Ob und inwieweit es sich bei den letztgenannten Ordnungsstrategien jedoch um eigenständige Erscheinungsformen von Recht handelt und wie sich diese zum staatlichen Recht verhalten, kann gerade nicht pauschal, sondern zunächst nur am konkreten Einzelbeispiel beantwortet werden.

2. Eine mit diesem Erkenntnisinteresse durchgeführte empirische Untersuchung dreier Ordnungsarrangements aus verschiedenen Bereichen des Finanzverkehrs – derjenigen der ICC zu Dokumentenakkreditiven, der LMA zu Konsortialkrediten sowie der ISDA zu Kreditderivaten – offenbart allerdings trotz Unterschieden im Detail durchaus gemeinsame Strukturelemente sowohl der einschlägigen Transaktionsarten als auch der zu deren grenzüberschreitenden normativen Absicherung eingesetzten Strategien. So handelt es sich sämtlich um Transaktionen, die typischerweise in grenzüberschreitenden Konstellationen auftreten und zwischen professionellen Parteien stattfinden, die in der Finanzpraxis entwickelt wurden und der Risikoreduzierung dienen und die schließlich zu meist in mehrpolige und mehrgliedrige Transaktionsbeziehungen eingebunden sind. Für einen einheitlichen Ordnungsrahmen sorgen dabei jeweils auf Initiative von Marktakteuren geschaffene private Organisationen, die sich der Förderung des branchenspezifischen Marktaustauschs verschrieben haben, dessen regelmäßige Teilnehmer in ihrer Mitgliederschaft zusammenführen und die eine komplexe institutionelle Infrastruktur ausgebildet haben. Ihr primäres Handlungsinstrument ist die Herausgabe geschäftsbereichsspezifischer, in kollektiven Verfahren unter Einbeziehung der unmittelbar adressierten Verkehrskreise ausgehandelter Musterdokumente. Unterstützt durch hierauf abgestimmte interne Begleitinstrumente und -mechanismen, etwa Gutachten- und Streitbeilegungsangebote, wirken diese Organisationen auf eine weltweit vereinheitlichte vertragliche Ausgestaltung einschlägiger Transaktionen sowie einen branchenweit geteilten „Verstehenshorizont“ in der Auslegung und Anwendung der einzelvertraglich übernommenen Musterregelungen hin. Als Erfolgsfaktoren erweisen sich hierbei der freiwillige Charakter, die Qualität und Bedarfsgerechtigkeit, die flexiblen



Anpassungsmöglichkeiten, die partizipative Erzeugung und die bereichsspezifische Repräsentativität der Musterdokumente zum einen, die Kosteneffizienz von deren Verwendung und damit einhergehende Netzwerkeffekte sowie verhandlungs- und gruppenpsychologische Elemente zum anderen.

3. Das anhand der Beispiele von ICC, LMA und ISDA analysierte, jedoch auch in anderen Bereichen des Finanz- und Wirtschaftsverkehrs anzutreffende und insoweit verallgemeinerungsfähige Ordnungsphänomen kann rechtstheoretisch am präzisesten unter Rückgriff auf die soziologische Systemtheorie gedeutet werden. Mittels dieser können die sich in der Debatte um die Existenz eines „Rechts jenseits des Staates“ scheinbar unvereinbar gegenüberstehenden Grundprämissen von Rechtsetatismus und Rechtspluralismus sowie verschiedener Spielarten deskriptiver und normativer Rechtstheorien überwunden werden, indem Recht als gesellschaftliches Funktions- und Kommunikationssystem verstanden wird, das unterschiedliche, aber gleichwertige Beobachter- und Teilnehmerperspektiven umfasst. Von diesem Standpunkt aus und unter Zugrundelegung des damit einhergehenden relativen Rechtsbegriffs lassen sich die Ordnungsarrangements von ICC, LMA und ISDA als Teile des Rechtssystems begreifen, welche neben primären Verhaltensnormen auch eigene Sekundärregeln über die Organisation bereichsspezifischer Rechtsgeltung herausgebildet haben und die somit eine über das staatliche Recht hinausgehende rechtliche Ordnungsleistung erbringen – ohne dass damit schon festgelegt wäre, wie sich einzelne staatliche Rechtsordnungen nach ihren je eigenen Sekundärregeln zu diesem Ordnungsanspruch zu verhalten haben. Begrifflich erfassen lässt sich diese spezifische Erscheinungsform rechtlicher Ordnung als *transnationale Vertragsrechtsregime*, deren Funktion darin liegt, ein grenzüberschreitend vereinheitlichtes „Besonderes Vertragsrecht“ für die einschlägigen Vertragstypen – etwa des Dokumentenakkreditivs, des Konsortialkredits und des Kreditderivats – mit bereichsspezifischem Geltungsanspruch zu schaffen und so die normativen Verhaltenserwartungen der Akteure des grenzüberschreitenden Finanzverkehrs maßgeblich zu prägen und abzusichern.

#### *Zu § 2: Die Rolle des staatlichen Rechts in transnationalen Ordnungsstrukturen*

Die Formulierung und Durchsetzung des eigenen rechtlichen Regelungsanspruchs transnationaler Vertragsrechtsregime erfolgt allerdings, wie die untersuchten Beispiele der ICC, LMA und ISDA zeigen, nicht in Isolation vom staatlichen Recht, sondern unter dessen funktionaler Einbindung, etwa im Wege von Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln oder des Aufgreifens staatlicher Regelungsanliegen und der Rechtsprechung staatlicher Gerichte im Rahmen der organisationsinternen Überarbeitung einschlägiger Musterdokumente. Diese Einbin-

dung dient einerseits der Kompensation der Unvollständigkeit und nur eingeschränkten Durchsetzbarkeit des auf transnationaler Ebene erzeugten „Besonderen Vertragsrechts“. Sie trägt andererseits auch zur Legitimation transnationaler Vertragsrechtsregime bei, welche sich insoweit selbst primär auf die individuelle oder kollektive Zustimmung ihrer unmittelbaren Regelungsadressaten stützen können, gegenüber Schwächeren, Dritten und der Allgemeinheit aber zusätzlich auf die Legitimationsressourcen staatlichen Rechts angewiesen sind. Insoweit kommt es potenziell zu einem produktiven Zusammenwirken privater und staatlicher Ordnungselemente auf der transnationalen Regelungsebene. Gerade im Finanzbereich zeichnet sich jedoch ab, dass nicht alle staatlichen Rechtsordnungen in der Ausfüllung dieser Rollen gleichermaßen erfolgreich sind und insbesondere auch die deutsche Rechtsordnung Nachholbedarf aufweist, will sie künftig eine größere Rolle bei der Mitgestaltung der untersuchten Vertragsrechtsregime im Besonderen und der Transnationalisierung des Rechts im Allgemeinen spielen.

### *Zu § 3: Der Begriff des transnationalen Vertrages als Verarbeitungsvorschlag*

Die erforderliche interne (Neu-)Ausrichtung der deutschen Rechtsordnung auf die transnationale Ordnungsrealität des Finanzverkehrs und anderer Gesellschaftsbereiche ist nicht auf tiefgreifende rechtspolitische Reformen – etwa in Form der (kaum zu erwartenden) gesetzgeberischen Anerkennung neuer Rechtsquellen – angewiesen. Vielmehr kann sie schon *de lege lata* mit dem Ansatz der responsiven Rechtsdogmatik bewältigt werden, der es erlaubt, das textlich verstetigte staatliche Privatrecht für dynamische Fortentwicklung normativer Erwartungshaltungen in einzelnen Gesellschaftsbereichen durch geeignete Begriffs- und Kategorienbildung anschlussfähig zu machen sowie in seinen Rück- und Wechselwirkungen zur sozialen Umwelt zu reflektieren. Gewendet auf das Beispiel transnationaler Vertragsrechtsregime kann deren Erfassung und Verarbeitung aus der internen Anwenderperspektive der deutschen Rechtsordnung vom Begriff des *transnationalen Vertrages* ausgehen. Dieser bezieht sich auf alle *privatrechtlichen Verträge, die objektiv keinem gesetzlichen Vertragstyp, aber im Wesentlichen den Vorgaben eines gesellschaftsbereichsspezifisch akzeptierten, in einem konsensualen Verfahren unter Einbeziehung der unmittelbar adressierten Verkehrskreise ausgehandelten und grenzüberschreitend verwendeten Musterdokuments entsprechen und deren Auslegung und Durchführung sich nach dem subjektiven Willen der Vertragsparteien an vertragsübergreifend vereinheitlichten normativen Maßstäben ausrichten sollen*. Auf dieser gemeinsamen begrifflichen Grundlage kann sodann im Einzelnen und für verschiedene Rechtsgebiete ausgearbeitet werden, welche Konsequenzen sich bei der Anwendung des staat-

lichen Rechts auf derartige Verträge ergeben, wenn deren spezifisch transnationaler Ordnungskontext und die in diesem zu erbringenden Ordnungsleistungen des staatlichen Rechts gezielt mitbedacht werden. Dabei ist auch auf ein konsistentes Ineinandergreifen von Kollisionsrecht, materiellem Recht und Internationalem Zivilverfahrensrecht einschließlich des Schiedsverfahrensrechts zu achten.

#### *Zu § 4: Transnationale Verträge im Kollisionsrecht*

Ausgangspunkt für einen responsiven Umgang mit transnationalen Verträgen im *Kollisionsrecht* ist die Loslösung von einem rein territorialen Kollisionsrechtsdenken: Bei der Zuordnung transnationaler Verträge zu einer bestimmten Rechtsordnung geht es um die Abgrenzung und Koordination nicht mehr nur räumlich, sondern zunehmend auch funktional definierter rechtlicher Regelungsansprüche. Wesensprägend für einen transnationalen Vertrag ist eben nicht dessen Lokalisierung, sondern in erster Linie die erstrebte Anschlussfähigkeit an ein transnationales Vertragsrechtsregime und die diesem zugehörigen gleichgelagerten Einzelverträge, unabhängig von deren territorialen Verortung. Dies bedarf einer grundsätzlichen Entkopplung der Frage des anwendbaren Rechts von räumlichen Kriterien, welche im Kollisionsrecht durch das Instrument der Rechtswahlfreiheit ermöglicht wird, von dem – nicht verwunderlich – gerade in transnationalen Verträgen standardmäßig Gebrauch gemacht wird. Ein für transnationale Ordnungskontexte sensibles staatliches Kollisionsrecht zeichnet sich dadurch aus, dass es solche vereinheitlichten Zuordnungen einerseits weitestmöglich akzeptiert, sie andererseits aber auch insoweit – und nur insoweit – begrenzt, als es die funktionale Rolle des staatlichen Rechts im transnationalen Regelungsgefüge erfordert, um eine gesamtgesellschaftliche Rückbindung bereichsspezifischer transnationaler Vertragsrechtsregime sicherzustellen.

1. Die aus kollisionsrechtlicher Sicht denkbare Maximallösung der Zulassung einer echten Rechtswahl zugunsten der in transnationalen Verträgen verwendeten Musterdokumente selbst ist *de lege lata* auf Grundlage der für deutsche Gerichte insoweit maßgeblichen Rom I-VO nicht gegeben, wird von den Parteien der in dieser Arbeit näher untersuchten Finanzverträge jedoch bislang auch gar nicht angestrebt.

2. Stattdessen ist dem delokalisierten bzw. entterritorialisierten, vielmehr durch Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschäfts- und Geschäftsbereich geprägten Charakter transnationaler Verträge dadurch Rechnung zu tragen, dass eine in diesen getroffene und an funktionalen Kriterien ausgerichtete Rechtswahl staatlicher Rechtsordnungen weitestgehend ermöglicht und erleichtert wird.

a) Dies äußert sich zunächst in einem großzügigen Umgang mit den Anwendungsvoraussetzungen des Art. 1 Rom I-VO, welche den Weg zur besonders weitgehenden Rechtswahlfreiheit des Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO erst erschließen. So sind insbesondere an die in Art. 1 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO geforderte „Verbindung zum Recht verschiedener Staaten“ nur minimale Anforderungen anzulegen und genügt für diese neben der Wahl eines fremden Rechts auch schon die Bezugnahme des zu beurteilenden Einzelvertrages auf ein grenzüberschreitend verwendetes Musterdokument. Zudem sind die Bereichsausnahmen des Art. 1 Abs. 2 Rom I-VO restriktiv auszulegen und ist namentlich bei einer von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat verschiedenen Qualifikation einzelner Rechtsverhältnisse – etwa des Innenverhältnisses eines Kreditkonsortiums – im Zweifel von einer schuldvertraglichen Qualifikation auszugehen, um eine grenzüberschreitend vereinheitlichte Anknüpfung gleichgelagerter Einzelverträge zu gewährleisten.

b) Im Anwendungsbereich der Rom I-VO wirken sich die Besonderheiten transnationaler Verträge sodann auf die an eine Rechtswahlvereinbarung zu stellenden Anforderungen aus. Hinsichtlich der Rechtswahlerklärung nach Art. 3 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO etwa ist, sollte es ausnahmsweise an einer ausdrücklichen Rechtswahlklausel im zu beurteilenden transnationalen Einzelvertrag fehlen, von einer konkludenten Rechtswahl jedenfalls dann auszugehen, wenn das verwendete Musterdokument auf ein bestimmtes staatliches Recht zugeschnitten ist, die überragende Zahl gleichgelagerter transnationaler Verträge nach einem bestimmten staatlichen Recht abgewickelt wird oder die Parteien untereinander schon in vorhergehenden Geschäften gleicher Art auf ein bestimmtes staatliches Recht verwiesen haben. Mit Blick auf die Wirksamkeitsprüfung der Rechtswahlvereinbarung ist, soweit diese nach Art. 3 Abs. 5 i. V. m. Art. 10 bis 13 Rom I-VO umfassend deutschem Recht unterliegt oder dieses insoweit gesondert anzuknüpfen ist (etwa nach Art. 6 Rom I-VO oder Art. 46b EGBGB), insbesondere im Rahmen einer möglichen AGB-Kontrolle zu berücksichtigen, dass die Verwendung einer Rechtswahlklausel, die im einschlägigen Musterdokument empfohlen wird oder jedenfalls branchenüblich ist, den Klauselgegner weder im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB überraschen noch im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB unangemessen benachteiligen wird.

3. Hinsichtlich der kollisionsrechtlichen Begrenzungen von Gegenstand und Reichweite der Rechtswahlfreiheit ist dem besonderen Ordnungskontext transnationaler Verträge dadurch Rechnung zu tragen, dass Einschränkungen mit primär territorialem Bezugspunkt restriktiv gehandhabt werden, wohingegen Einschränkungen, die sich auch und vor allem mit Blick auf die funktionale Rolle des staatlichen Rechts in transnationalen Vertragsrechtsregimen begründen lassen, umso konsequenter durchzusetzen sind.

a) Eine räumliche Nähebeziehung des in Rede stehenden Vertrages zum gewählten Recht setzt die Rom I-VO unstreitig nicht voraus und steht einer rein an funktionalen Kriterien ausgerichteten Rechtswahl, wie sie in transnationalen Verträgen typischerweise vorkommt, grundsätzlich nicht im Wege. Vorgesehen sind allerdings Wirkungsbeschränkungen der Rechtswahl für den Fall einer engen räumlichen Beziehung zum abgewählten Recht, namentlich in reinen Inlandssachverhalten nach Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO und in reinen Binnenmarkt-sachverhalten nach Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO. Im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen sind beide Vorschriften als Ausprägungen territorialen Kollisionsrechtsdenkens indes restriktiv auszulegen und genügt es zur hinreichenden „Internationalisierung“ des Sachverhalts bereits, wenn zusätzlich zur Wahl fremden Rechts ein transnationales Musterdokument Verwendung findet und der zu beurteilende Einzelvertrag hierdurch bewusst in den Kontext eines transnationalen Vertragsrechtsregimes sowie in unmittelbare rechtliche und wirtschaftliche Beziehung zu gleichgelagerten grenzüberschreitenden Vertragsverhältnissen gestellt wird.

b) Mit primär funktionalen Erwägungen begründen lassen sich demgegenüber die Rechtswahleinschränkungen zugunsten von Verbrauchern in den Art. 6 Rom I-VO und Art. 46b EGBGB, die Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen nach Art. 9 Rom I-VO sowie die *ordre public*-Kontrolle gemäß Art. 21 Rom I-VO. Mit diesen Techniken kann das staatliche Recht dafür Sorge tragen, dass die in bereichsspezifischen transnationalen Vertragsrechtsregimen selbst möglicherweise nicht hinreichend repräsentierten und berücksichtigten Belange Schwächerer, Dritter und der Allgemeinheit auch im transnationalen Ordnungskontext zum Tragen kommen. Um insoweit ein produktives Zusammenwirken privater und staatlicher Ordnungselemente zu gewährleisten und Ausweichbewegungen zu Lasten der deutschen Rechtsordnung und deutscher Gerichte vorzubeugen, ist jedoch insbesondere mit Blick auf Eingriffsnormen und *ordre public*-Kontrolle eine nochmalige Abstufung erforderlich. So sind bei einem responsiven Ansatz grundsätzlich nur diejenigen staatlichen Ordnungsmaßgaben vorbehaltlos auf transnationale Verträge zur Anwendung zu bringen, die zum Bestand eines transnationalen *ordre public* gehören oder die sich als zumindest transnationalisierungsfähig erweisen, sich also über die eigene Rechtsordnung hinaus verallgemeinern lassen und somit zur Entstehung transnationaler Wirtschaftsverfassungsstrukturen und eines zwingenden transnationalen Rechts beitragen könnten. Demgegenüber sind diejenigen staatlichen Ordnungsmaßgaben, die idiosynkratisch sind und aus dem grenzüberschreitenden Vergleich gänzlich ausschließen, nur zurückhaltend und nur bei enger Nähebeziehung des in Rede stehenden Sachverhalts zum Inland sowie deutlichem Überwiegen der Schwere des Norm- oder Wertungsverstoßes gegenüber den Konsequenzen der Durchbre-

chung des transnationalen Ordnungszusammenhangs als *ultima ratio* auf transnationale Verträge zur Geltung zu bringen.

4. Soweit ein transnationaler Vertrag ausnahmsweise nicht mit einer Rechtswahlvereinbarung verbunden wird, äußert sich eine responsive Handhabung des Kollisionsrechts darin, dass im Rahmen der in diesem Fall vorzunehmenden objektiven Anknüpfung nach Art. 4 Rom I-VO im Zweifel nicht auf die typisierten Anknüpfungen des Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO oder den gewöhnlichen Aufenthalt des Erbringers der vertragscharakteristischen Leistung nach Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO, sondern auf die Kriterien der engeren bzw. engsten Verbindung in Art. 4 Abs. 3 und Abs. 4 Rom I-VO zurückgegriffen wird. Eine engere bzw. engste Verbindung besteht dann regelmäßig zu derjenigen staatlichen Rechtsordnung, auf die das verwendete Musterdokument zugeschnitten ist oder die, soweit kein solcher Zuschnitt ersichtlich ist, der ganz überwiegenden Zahl gleichgelagerter transnationaler Verträge zugrunde liegt.

#### *Zu § 5: Transnationale Verträge im materiellen Vertragsrecht*

Ist nach diesen kollisionsrechtlichen Maßgaben das deutsche *Vertragsrecht* zur Anwendung berufen, bieten sich auch auf der materiellrechtlichen Ebene zahlreiche Ansatzpunkte für einen responsiven Umgang mit transnationalen Verträgen. Im Zentrum der Abstimmung zwischen transnationaler Ordnungsebene und nationalem Recht steht hierbei – in Parallele zur Rechtswahlfreiheit im Kollisionsrecht – die materiellrechtliche Vertragsfreiheit. Ein für transnationale Ordnungskontexte aufgeschlossenes staatliches Vertragsrecht zeichnet sich dadurch aus, dass es den Parteien eines Einzelvertrages im Rahmen der Vertragsfreiheit weitestgehend ermöglicht und erleichtert, diesen den bereichsspezifischen Regelungsvorgaben eines transnationalen Vertragsrechtsregimes zu unterstellen und so grenzüberschreitend anschlussfähig zu gestalten, diesem Bestreben aber zugleich diejenigen – und nur diejenigen – Grenzen zieht, die zum gegenwärtigen Entwicklungsstand vom staatlichen Recht ausgehen müssen, um transnationale Einzelverträge und damit mittelbar auch transnationale Vertragsrechtsregime selbst gesamtgesellschaftlich rückzubinden.

1. Bewähren kann sich ein responsiv verstandenes materielles Vertragsrecht bereits in der Frage der an den Vertragsschluss nach §§ 145 ff. BGB und namentlich dessen Bestimmtheit zu stellenden Anforderungen. Insoweit hat eine konsequente Orientierung an markt- und branchenspezifischen Gepflogenheiten zu erfolgen und ist unter professionellen Parteien etwa auch der Abschluss sog. *rough-and-ready agreements*, die sich auf die wirtschaftlichen Kernpunkte einer Transaktion beschränken und die Festlegung rechtlicher Details zunächst offenlassen, jedenfalls dann als wirksam zu behandeln, wenn sich die Rechte und



Pflichten der Parteien aus einer nachträglichen schriftlichen Bestätigung ergeben oder unter Heranziehung der marktüblichen Musterdokumente ermittelt werden können.

2. Ist ein wirksamer Vertragsschluss nach §§ 145 ff. BGB zu bejahen, wirkt sich ein responsiver Ansatz sodann in mehrerlei Hinsicht auf die Ermittlung des konkreten Vertragsinhalts aus.

a) Die nach §§ 133, 157 BGB und § 346 HGB vorzunehmende Auslegung derjenigen Vertragsbestimmungen, die unverändert aus dem jeweils einschlägigen transnationalen Musterdokument übernommen worden sind, ist im Zweifel nicht an den spezifischen subjektiven Vorstellungen der Vertragsparteien, sondern an objektiven Maßstäben und den im Verkehrskreis des zugehörigen transnationalen Vertragsrechtsregimes vorherrschenden Begriffsverständnissen auszurichten. Neben Wortlaut und Systematik können dabei auch die Entstehungsgeschichte der Musterdokumente sowie der von der einschlägigen Regelsetzungsorganisation intendierte Zweck der auszulegenden Vertragsbestimmungen Berücksichtigung finden, wofür unter anderem Verhandlungsprotokolle, Kommentierungen, Gutachten oder Streitbeilegungsentscheidungen der jeweiligen Organisation herangezogen werden können. Dieses Vorgehen orientiert sich an dem in der deutschen Rechtsprechung vertretenen Ansatz der objektiven Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, ist aber auch dann geboten, wenn die übernommenen Vertragsbestimmungen im Einzelfall nicht als Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB zu qualifizieren sind.

b) Bei der Ausfüllung von Vertragslücken ist vorrangig auf die Methode der ergänzenden Vertragsauslegung zurückzugreifen und kommt ein Rückgriff auf das dispositive Recht allenfalls subsidiär in Betracht. Zum einen entsprechen transnationale Verträge keinem gesetzlich typisierten Leitbild, das zuverlässige Orientierung für eine Lückenfüllung bieten könnte. Zum anderen ist der standardisierte Interessenausgleich, der mit einer Vertragstypisierung auf transnationaler Ebene einhergeht, als möglichst abschließend zu verstehen, jedenfalls soweit es um Fragen des Besonderen Vertragsrechts geht. Deshalb hat sich auch ein mit einer Lückenfüllung verbundenes „Zu-Ende-Denken“ des zu beurteilenden Einzelvertrages primär an den Erwartungshaltungen auszurichten, die im zugehörigen transnationalen Vertragsrechtsregime vorherrschen und sich beispielsweise in nachträglich erfolgten Klarstellungen, Ergänzungen oder Überarbeitungen der einschlägigen Musterdokumente manifestieren können. Zurückhaltung ist demgegenüber bei der Hinzudeutung spezifischer Rechte und Pflichten geboten, die im verwendeten transnationalen Musterdokument selbst nicht angelegt sind und für deren Geltung in der transnationalen Vertragspraxis auch keine Anhaltspunkte bestehen.

c) Soweit im Einzelfall doch ein Rückgriff auf Vorschriften des dispositiven Rechts erforderlich ist, beispielsweise in Fragen des Allgemeinen Vertragsrechts,

sind offene Rechtsbegriffe wie „erforderliche Sorgfalt“ in § 276 Abs. 2 BGB, „Unzumutbarkeit“ in § 275 Abs. 2 BGB oder § 313 Abs. 3 BGB, „Angemessenheit“ in § 314 Abs. 3 BGB oder „Treu und Glauben“ in § 242 BGB gruppen- und verkehrskreisspezifisch auszufüllen und an den normativen Erwartungshaltungen auszurichten, die unter den Teilnehmern des zugehörigen transnationalen Vertragsrechtsregimes allgemein vorherrschen.

3. Schließlich sind auch die vertragsfreiheitsbegrenzenden Vorschriften des staatlichen Rechts auf die Besonderheiten transnationaler Verträge abzustimmen.

a) Dies gilt zuvörderst für die praktisch besonders relevante Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach §§ 305 ff. BGB in Anwendung auf diejenigen Klauseln transnationaler Verträge, die aus den jeweils einschlägigen transnationalen Musterdokumenten unmittelbar übernommen worden oder an diese angelehnt sind.

aa) Hier wirkt sich ein responsiver Ansatz zunächst auf die Frage aus, ob im Einzelfall überhaupt Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegen. Während insoweit die von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB vorausgesetzte Eigenschaft der „Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen“ unproblematisch zu bejahen ist und auch der Ausschlussstatbestand des „Aushandelns im Einzelnen“ nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB kaum je verwirklicht sein dürfte, bedarf das Tatbestandsmerkmal des „Stellens durch einen Verwender“ in § 305 Abs. 1 S. 1 BGB einer kritischen Prüfung. Von der hierfür erforderlichen einseitigen Zurechenbarkeit der Einführung der Musterbedingungen wird man in transnationalen Vertragskonstellationen jedenfalls dann nicht ausgehen können, wenn auf beiden Seiten professionelle Marktakteure stehen, die einvernehmlich auf die Verwendung des von dritter Seite zur Verfügung gestellten Musterdokuments hingewirkt bzw. dessen Heranziehung in ihren Vertragsverhandlungen von vornherein gar nicht in Frage gestellt haben. Darüber hinaus kann für bestimmte transnationale Vertragstypen oder Teile von diesen die Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 S. 1 BGB zu berücksichtigen sein, beispielsweise für das Innenverhältnis von Kreditkonsortien, für welche eine Inhaltskontrolle vorformulierter Bedingungen dann nur noch nach Maßgabe der §§ 138, 242 BGB erfolgen kann.

bb) Ist der Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB im Einzelfall eröffnet, ist im Rahmen der sodann vorzunehmenden Einbeziehungskontrolle – die sich jedenfalls unter professionellen Vertragsparteien aufgrund der Einschränkung des § 310 Abs. 1 BGB im Wesentlichen auf das Verbot überraschender Klauseln nach § 305c Abs. 1 BGB beschränkt – zu beachten, dass sich der maßgebliche Erwartungshorizont an den an der jeweiligen Vertragsart typischerweise beteiligten Verkehrskreisen ausrichtet. Vor diesem Hintergrund sind Vertragsklauseln, die unverändert aus marktgängigen transnationalen Musterdokumenten übernom-

men worden sind, jedenfalls für Marktbeteiligte nicht überraschend, sondern das genaue Gegenteil hiervon. Einen Überraschungseffekt können allenfalls solche Klauseln haben, mit welchen der Verwender von den Vorgaben des einschlägigen Musterdokuments einseitig abweicht.

cc) Zuletzt kann auch die für wirksam in einen transnationalen Vertrag einbezogene Allgemeine Geschäftsbedingungen vorzunehmende Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB responsiv gehandhabt werden, wengleich die Maximallösung einer gänzlichen Freistellung von dieser in Analogie zu dem auf die VOB/B zugeschnittenen § 310 Abs. 1 S. 3 BGB mangels planwidriger Regelungslücke *de lege lata* nicht in Betracht kommt.

(1) Zum Ersten hat sich die Inhaltskontrolle bezüglich solcher Vertragsklauseln, die als Leistungsbeschreibungen oder Preisabreden einzuordnen sind, nach § 307 Abs. 3 BGB auf eine Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB zu beschränken. Darunter werden in Grenzfällen wie Zinssatzklauseln jedenfalls diejenigen Bestimmungen fallen, die zu schon *ex ante* absehbaren und von den Vertragsbeteiligten fest einzukalkulierenden Zahlungsverpflichtungen führen, auch wenn diese der konkreten Höhe nach noch nicht feststehen. Die insoweit vorzunehmende Transparenzkontrolle ist dann unter professionellen Beteiligten wiederum an den verkehrskreispezifischen Kenntnissen und Erwartungen eines typischen Marktteilnehmers auszurichten, sodass selbst überaus komplexe Klauseln nicht als intransparent zu beurteilen sein werden, wenn und soweit sie unverändert aus einem marktgebräuchlichen Musterdokument übernommen worden sind.

(2) Zum Zweiten hat sich die im Übrigen greifende umfassende Inhaltskontrolle transnationaler Vertragsbedingungen mangels passender gesetzlicher Leitbilder am Maßstab der „Natur des Vertrags“ nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB auszurichten, für dessen Ausfüllung primär tatsächliche normative Verhaltenserwartungen heranzuziehen sind, die sich einerseits aus den spezifischen Interaktionsbeziehung der Parteien, andererseits aus der Praxis des einschlägigen Marktsegments ergeben können. Wiederum werden sich hierbei standardisierte Vertragsbedingungen, die auf transnationaler Ebene in kollektiven Verhandlungsprozessen unter Beteiligung aller unmittelbar adressierten Verkehrskreise generiert sowie branchenweit akzeptiert werden, nicht als Ausdruck eines Marktversagens darstellen und deshalb nicht als „unangemessene Benachteiligung“ zu beurteilen sein. Anderes gilt aber im Zweifel für solche Vertragsklauseln, mit welchen der Verwender einseitig zu eigenen Gunsten von der transnationalisierten Standardlösung abweicht, ohne hierfür einen Ausgleich zu schaffen.

b) Die äußerste Grenze der Vertragsfreiheit bilden die Vorschriften des zwingenden Rechts, doch lassen selbst diese Raum für eine kontextsensible Anwendung auf transnationale Verträge.

aa) So kann sich eingedenk der funktionalen Rolle des staatlichen Rechts bei der Herausbildung zwingenden transnationalen Rechts die Handhabe spezialgesetzlicher Ge- und Verbotsvorschriften im Sinne des § 134 BGB an der Abstufung orientieren, die im Kollisionsrecht für den Umgang mit Eingriffsnormen entwickelt worden ist. Konkret bedeutet dies, dass diejenigen zwingenden Ge- und Verbotsvorschriften, die transnational anschlussfähig sind und sich funktional vergleichbar in internationalen oder supranationalen Einheitsrechtsinstrumenten, in anderen nationalen Rechtsordnungen oder auch im Fallrecht ausländischer Gerichte und internationaler Schiedsgerichte wiederfinden, vorbehaltlos auf transnationale Verträge zur Anwendung zu bringen sind. Ge- und Verbotsvorschriften hingegen, die einem grenzüberschreitenden Vergleich nicht standhalten und sich als idiosynkratisch erweisen, können zwar nicht pauschal unangewendet bleiben, wohl aber im Einzelfall daraufhin überprüft werden, ob mit Blick auf den zu beurteilenden Vertrag der Ge- oder Verbotszweck tatsächlich durchschlägt oder eine teleologische Reduktion möglich ist, etwa weil die mit einer Vorschrift verbundene Warn- oder Schutzfunktion (z. B. des Zinseszinsverbots nach § 248 Abs. 1 BGB) bei Verwendung eines den Parteien bekannten und ausgewogenen transnationalen Musterdokuments gar nicht erforderlich ist.

bb) Auch die zivilrechtlichen Generalklauseln der § 138 und § 242 BGB können responsiv auf transnationale Verträge angewandt werden, zumal sie ausdrücklich auf rechtsordnungsexterne soziale Verhaltensmaßstäbe verweisen. So können die Tatbestandsmerkmale der „guten Sitten“ im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB bzw. von „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ im Sinne des § 242 BGB zunächst – in Parallele zum Tatbestandsmerkmal der „Natur des Vertrags“ in § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB – grundsätzlich bereichs- und gruppenspezifisch ausgefüllt werden und sich an denjenigen tatsächlichen Verhaltenserwartungen und Gepflogenheiten orientieren, die unter Teilnehmern des jeweiligen Geschäftsbereichs gelten. Weicht der in Rede stehende Vertrag oder die in Rede stehende Rechtshandlung von diesen Erwartungen fundamental zulasten einer Vertragspartei ab, so begründet dies eine Vermutung dafür, dass dem Vertrag oder der Rechtshandlung (z. B. der kurzfristigen Kündigung eines Vertrages in einer Krisensituation entgegen marktüblichen Rücksichtnahmegepflogenheiten) die Wirkung zu versagen ist. Entspricht der Vertrag oder die Rechtshandlung hingegen den bereichs- und gruppenspezifischen Verhaltenserwartungen, so kommt eine Wirkungsversagung nach § 138 Abs. 1 BGB oder § 242 BGB allenfalls noch im Rahmen einer Residualkontrolle am Maßstab der internen Wertungen der deutschen Rechtsordnung in Betracht, die strukturell dem kollisionsrechtlichen *ordre public*-Vorbehalt entspricht und sich an den zu diesem entwickelten Maßgaben orientieren kann, also insbesondere danach abzustufen ist, ob die in Rede stehende Wertvorstellung transnationalisierungsfähig ist oder sich als idiosynkratisch darstellt.

*Zu § 6: Transnationale Verträge im Internationalen Zivilverfahrensrecht*

Die entwickelte Verhältnisbestimmung zwischen transnationaler Ordnungsebene und staatlichem Recht bedarf schließlich der Absicherung durch ein responsiv gehandhabtes *Internationales Zivilverfahrensrecht*, das einerseits die als kollisions- und vertragsrechtlich möglich erkannten Öffnungen des staatlichen Rechts für den Geltungsanspruch transnationaler Vertragsrechtsregime nicht konterkariert, andererseits einer Umgehung der im Kollisions- und materiellen Vertragsrecht als funktional notwendig erkannten Begrenzungen durch verfahrensrechtliche Gestaltungen vorbeugt. Das hierbei im Mittelpunkt stehende verfahrensrechtliche Äquivalent zur Partei- und Privatautonomie bildet die Freiheit der Verfahrenszuordnung zu staatlichen Gerichten oder privaten Schiedsgerichten, die sich aus Sicht eines deutschen Gerichts einerseits auf die Frage der eigenen Entscheidungszuständigkeit für das Erkenntnisverfahren, andererseits auf die der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Gerichtsentscheidungen und privater Schiedssprüche auswirken kann.

1. Die internationale Zuständigkeit für das Erkenntnisverfahren wird in transnationalen Vertragsstreitigkeiten in der Regel durch Gerichtsstandsvereinbarungen bestimmt, zumeist abgestimmt auf die für den Hauptvertrag getroffene Rechtswahl. Für die Entwicklung responsiver Anwendungsleitlinien ist hierbei nach der anwendbaren Rechtsquelle zu differenzieren.

a) Gerichtsstandsvereinbarungen, welche die internationale Zuständigkeit der Gerichte Deutschlands oder anderer EU-Mitgliedstaaten vorsehen, sind grundsätzlich nach der Brüssel Ia-VO zu beurteilen.

aa) Ein responsiver Ansatz zeigt sich insoweit zunächst in einem großzügigen Umgang mit den sachlichen Anwendungsvoraussetzungen des Art. 1 Abs. 1 Brüssel Ia-VO, die den Weg zur Freiheit der Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 25 Abs. 1 Brüssel Ia-VO erst erschließen. So sind an das zwar in Art. 1 Abs. 1 Brüssel Ia-VO nicht erwähnte, aber aus der primärrechtlichen Kompetenzgrundlage des Art. 81 Abs. 1 S. 1 AEUV abzuleitende Erfordernis eines „grenzüberschreitenden Bezugs“ nur minimale Anforderungen zu stellen und genügt für dieses auch ein gewillkürter Bezug in Form der Verwendung eines transnationalen Musterdokuments und damit verbundener Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln. Außerdem sind die Bereichsausnahmen des Art. 1 Abs. 2 Brüssel Ia-VO restriktiv auszulegen, beispielsweise die Ausnahme für „Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren“ (lit. b) auf Verfahren über solche Ansprüche zu beschränken, die ohne Insolvenzverfahren gar nicht denkbar wären.

bb) Innerhalb des Anwendungsbereichs der Brüssel Ia-VO sind sodann die an Gerichtsstandsvereinbarungen zu stellenden Anforderungen auf die Besonderheiten transnationaler Verträge abzustimmen. In Bezug auf die Bestimmtheits-



erfordernisse des Art. 25 Abs. 1 S. 1 Brüssel Ia-VO etwa genügt es, wenn – wie in transnationalen Mustergerichtsstandsklauseln üblich – alle potenziellen Streitigkeiten aus einem bestehenden oder zeitgleich geschlossenen Hauptvertrag in Bezug genommen und wenn nicht näher präzisiert die Gerichte eines bestimmten Staates oder Ortes benannt werden, weil sich die interne Zuständigkeit dann nach nationalem Zuständigkeitsrecht ermitteln lässt. Mit Blick auf die Formanforderungen nach Art. 25 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 Brüssel Ia-VO erlauben die Flexibilisierungen der Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. b und c Brüssel Ia-VO unter professionellen Parteien die Berücksichtigung sowohl relationaler als auch verkehrskreispezifischer Verhaltenserwartungen, somit die Annahme formgerechter Gerichtsstandsvereinbarungen auch auf der Grundlage, dass bei Verträgen gleichen Typs in den bisherigen Geschäftsbeziehungen der Parteien oder im einschlägigen Marktsegment allgemein entsprechende Vereinbarungen üblich sind. Hinsichtlich der materiellrechtlichen Prüfung der Gerichtsstandsvereinbarungen, welche sich in Bezug auf mögliche Unwirksamkeitsgründe gemäß Art. 25 Abs. 1 S. 1 a. E. Brüssel Ia-VO nach dem Recht des gewählten Gerichtsstands richtet, ist speziell im Rahmen einer möglichen AGB-Inhaltskontrolle davon auszugehen, dass eine aus dem einschlägigen Musterdokument übernommene oder jedenfalls branchenübliche Gerichtsstandsklausel den Klauselgegner nicht im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB unangemessen benachteiligen und erst recht nicht als nach § 138 Abs. 1 BGB als sittenwidrig zu beurteilen sein wird. Dies gilt grundsätzlich selbst für asymmetrische Gerichtsstandsvereinbarungen, soweit die darin vorgesehene Differenzierung sachlich begründbar ist und allen Vertragsparteien zumindest eine effektive Rechtsschutzmöglichkeit offenhält.

cc) Der responsive Umgang mit verfahrensrechtlichen Einschränkungen von Gerichtsstandsvereinbarungen ist wiederum an der Frage auszurichten, ob und inwieweit die jeweilige Begrenzungsvorschrift zur funktionalen Rolle des staatlichen Rechts im transnationalen Ordnungskontext beiträgt, insbesondere eine Entkopplung transnationaler Vertragsrechtsregime von Belangen des Schwächeren-, Dritt- und Gemeinwohlschutzes verhindert. Zu bejahen ist dies etwa für die Einschränkung internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen unter Beteiligung von Verbrauchern in Art. 25 Abs. 4 i. V. m. Art. 19 Brüssel Ia-VO, die sich insoweit sogar gegen solche Gerichtsstandsvereinbarungen durchsetzt, welche die Zuständigkeit drittstaatlicher Gerichte vorsehen und deshalb im Übrigen vom Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO gar nicht erfasst sind. Eine solche Durchgriffswirkung haben grundsätzlich auch die ausschließlichen Gerichtsstände des Art. 24 Brüssel Ia-VO, doch ist von diesen namentlich derjenige für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten nach Art. 24 Nr. 2 Brüssel Ia-VO – in Parallele zu den Wertungen des Kollisionsrecht – restriktiv auszulegen und auf solche Streitigkeiten zu begrenzen, die unzweifelhaft eine Gesellschaft betreffen sowie dezidiert gesell-



schaftsinterne Fragen zum Hauptgegenstand haben und nicht bloß akzessorisch mitbehandeln. Eine *ex ante*-Überprüfung von Gerichtsstandsvereinbarung am Maßstab von Eingriffsnormen und *ordre public*-Wertungen des angerufenen, jedoch durch die Gerichtsstandsvereinbarung derogierten Gerichts kommt hingegen im Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO selbst bei responsiver Auslegung nicht in Betracht, weil sie nicht nur mit der Systematik der Verordnung, insbesondere dem Zusammenspiel von Art. 25 Abs. 1 S. 1 a. E. und Art. 31 Abs. 2 und 3 kaum vereinbar wäre, sondern auch den unionsinternen, auf die gemeinsame Bindung an den *acquis communautaire* (einschließlich etwa der Rom I-VO) gestützten Grundsatz gegenseitigen Vertrauens in die Gleichwertigkeit des Rechtsschutzes vor mitgliedstaatlichen Gerichten zuwiderliefe. Auch für eine ungeschriebene Missbrauchskontrolle besteht im Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO kein Raum.

b) Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten der Gerichte Islands, Norwegens und der Schweiz sind aus der Sicht eines deutschen Gerichts grundsätzlich am LugÜ zu messen, ebenso wie Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten der Gerichte Deutschlands oder anderer EU-Mitgliedstaaten, wenn die beklagte Vertragspartei in einem nicht der EU angehörenden Vertragsstaat des LugÜ ihren (Wohn-)Sitz hat. Auf die Anwendung des LugÜ, welches inhaltlich weitgehend der Brüssel Ia-VO entspricht, sind die für diese entwickelten Leitlinien einer responsiven Handhabe sinngemäß zu übertragen.

c) Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten der Gerichte Mexikos, Montenegros, Singapurs und nunmehr seit dessen EU-Austritt auch des Vereinigten Königreichs sind aus Sicht eines deutschen Gerichts grundsätzlich nach dem HGÜ zu beurteilen, ebenso wie Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten der Gerichte Deutschlands oder anderer EU-Mitgliedstaaten, wenn mindestens eine Vertragspartei beteiligt ist, die ihren Aufenthalt i. S. d. Art. 4 Abs. 2 HGÜ in einem nicht der EU angehörenden Vertragsstaat des HGÜ hat.

aa) Auch im Rahmen des HGÜ gebietet ein responsiver Ansatz zunächst eine großzügige Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs des Abkommens, der sich allerdings von vornherein auf ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarungen im unternehmerischen Verkehr beschränkt. So genügt für die von Art. 1 Abs. 1 HGÜ geforderte „Internationalität“ des Sachverhalts wiederum die mit der Gerichtsstandsvereinbarung verbundene Verwendung eines transnationalen Musterdokuments und damit einhergehende Einbettung des in Rede stehenden Einzelvertrages in ein transnationales Vertragsrechtsregime. Zudem sind die Bereichsausnahmen des Art. 2 HGÜ, insbesondere diejenigen zu insolvenz- (Art. 2 Abs. 2 lit. e HGÜ), kartell- und wettbewerbs- (Art. 2 Abs. 2 lit. h HGÜ) sowie gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten (Art. 2 Abs. 2 lit. m HGÜ) restriktiv auszulegen und auf solche Konstellationen zu begrenzen, in welchen Fragen des jeweiligen Rechtsgebiets den Hauptgegenstand des Verfahrens bilden.

bb) Innerhalb des Anwendungsbereichs des HGÜ äußert sich ein responsiver Ansatz sodann im Umgang mit den Anforderungen an das Zustandekommen von Gerichtsstandsvereinbarungen. Die Bestimmtheitserfordernisse des Art. 3 lit. a HGÜ sind hier ebenso weit auszulegen wie in den Parallelvorschriften Art 25 Abs. 1 S. 1 Brüssel Ia-VO sowie Art. 23 Abs. 1 S. 1 LugÜ. Die Formvorgaben des Art. 3 lit. c HGÜ sehen einerseits keine den Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. b, c Brüssel Ia-VO und Art. 23 Abs. 1 S. 3 lit. b, c LugÜ entsprechenden Flexibilisierungen vor, sind andererseits jedoch nicht in dem Sinne als zwingend zu verstehen, dass eine nicht formgerechte Vereinbarung notwendigerweise unwirksam wäre – sie unterliefe lediglich nicht mehr dem HGÜ, könnte sich gegebenenfalls aber auf nationales Verfahrensrecht stützen. Mit Blick auf die materiellrechtliche Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung schließlich verweist das HGÜ über Art. 5 Abs. 1 und Art. 6 lit. a HGÜ auf das Recht des vereinbarten Gerichtsstaates und sind, soweit hierbei deutsches Recht zur Anwendung berufen wird, die für das materielle Vertragsrecht entwickelten Maßgaben, insbesondere zu einer möglichen AGB-Inhaltskontrolle entsprechend heranzuziehen.

cc) Unter den allgemeinen Begrenzungsvorschriften der Art. 6 lit. a bis e HGÜ, aufgrund derer auch derogierte Gerichte die in Rede stehende Gerichtsstandsvereinbarung schon *ex ante* als unwirksam behandeln dürfen, kann namentlich der *ordre public*-Vorbehalt des Art. 6 lit. c HGÜ responsiv auf transnationale Vertragsstreitigkeiten angewandt werden und sind insoweit die für das Kollisionsrecht entwickelten Maßgaben entsprechend heranzuziehen. Danach hat das angerufene Gericht die Gerichtsstandsvereinbarung umso eher zu durchbrechen, je stärker sie die Anwendung einer Norm oder Ordnungsvorstellung auf den Sachverhalt in Frage stellt, die zum Kernbestand des transnationalen *ordre public* gehört oder zumindest transnationalisierungsfähig ist. In Bezug auf idiosynkratische Eingriffsnormen und Wertvorstellungen ist der Vorbehalt hingegen restriktiv zu handhaben und als *ultima ratio* nur dann zur Geltung zu bringen, wenn eine besondere räumliche Nähebeziehung der Streitigkeit zur deutschen Rechtsordnung besteht und deren Durchsetzungsinteresse angesichts der Schwere des drohenden Verstoßes eine Durchbrechung des transnationalen Ordnungszusammenhangs rechtfertigt.

d) Gerichtsstandsvereinbarungen, für die keine europa- und völkerrechtlichen Vorschriften greifen, sind aus der Sicht eines deutschen Gerichts nach §§ 38, 40 ZPO zu beurteilen.

aa) Eine responsive Handhabe der an das Zustandekommen von Gerichtsstandsvereinbarungen zu stellenden Anforderungen der §§ 38, 40 ZPO beginnt auch hier mit einer großzügigen Auslegung des Bestimmtheitserfordernisses des § 40 Abs. 1 ZPO in Parallele zu Brüssel Ia-VO, LugÜ und HGÜ sowie einer Vermutung der Ausschließlichkeit der Gerichtsstandsvereinbarung. Formvorga-

ben sieht § 38 ZPO ohnehin nur für Gerichtsstandsvereinbarungen mit Beteiligung von Nichtkaufleuten vor, sodass unter professionellen Vertragsparteien auch im Anwendungsbereich der ZPO konkludente Vereinbarungen möglich sind, die unter anderem auf relationale oder verkehrskreispezifische Erwartungen gestützt sein können. Die materiellrechtliche Wirksamkeitsprüfung der Gerichtsstandsvereinbarung schließlich richtet sich auch im Rahmen der ZPO nach vorzugswürdiger Ansicht im Regelfall nach dem Recht des gewählten Gerichts, sodass deutsches Sachrecht nur ausnahmsweise (etwa bei ausdrücklicher Rechtswahl) heranzuziehen und in diesem Fall gemäß der zum Vertragsrecht entwickelten Leitlinien zu handhaben ist, etwa im Rahmen einer etwaigen AGB-Kontrolle.

bb) Auch im Anwendungsbereich der ZPO hat sich ein responsiver Umgang mit verfahrensrechtlichen Einschränkungen der Reichweite von Gerichtsstandsvereinbarungen an der Frage zu orientieren, inwieweit die jeweilige Begrenzungsvorschrift für die funktionale Rolle des staatlichen Rechts im transnationalen Ordnungskontext relevant ist. Für die dem Schwächerenschutz dienenden Einschränkungen der Prorogationsbefugnis in § 38 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO ist dies zwar grundsätzlich der Fall, doch haben diese neben den auch auf Drittstaatskonstellationen durchschlagenden Schutzvorschriften der Art. 25 Abs. 4 i. V. m. Art. 19 Brüssel Ia-VO kaum praktische Bedeutung. Gleiches gilt angesichts des Durchgriffs von Art. 25 Abs. 4 i. V. m. Art. 24 Brüssel Ia-VO auf Drittstaatskonstellationen für die ausschließliche Gerichtsstände betreffende Einschränkung des § 40 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO. Anders als unter der Brüssel Ia-VO und dem LugÜ ist im Anwendungsbereich der ZPO aus der Sicht eines deutschen Gerichts jedoch darüber hinaus eine *ex ante*-Überprüfung von Gerichtsstandsvereinbarungen am Maßstab von Eingriffsnormen und *ordre public*-Wertungen möglich. Diese ist indes responsiv unter Rückgriff auf die zum Kollisionsrecht entwickelten Leitlinien zu handhaben und setzt eine *prima facie*-Prognose darüber voraus, ob das prorogierte Gericht das fremde Eingriffsrecht berücksichtigen oder seinerseits ein Sachrecht anwenden wird, das den berührten Ordnungsinteressen funktional Rechnung trägt. Vorrangig geht es hierbei um die Sicherstellung der Anwendung solcher Eingriffsnormen und *ordre public*-Wertungen, die einem transnationalisierungsfähigen Ordnungsinteresse dienen, wohingegen eine Durchbrechung der Gerichtsstandsvereinbarung aufgrund idiosynkratischer Ordnungsvorstellungen allenfalls bei engem räumlichem Bezug des streitbehafteten Vertragsverhältnisses zur deutschen Rechtsordnung und als *ultima ratio* in Betracht kommt. Für eine allgemeine Missbrauchskontrolle besteht demgegenüber auch im Anwendungsbereich der ZPO kein Bedarf.

2. Angesichts der standardmäßigen Nutzung von meist als ausschließlich ausgestalteten Gerichtsstandsvereinbarungen in transnationalen Verträgen wird es auf objektive Gerichtsstände nur ausnahmsweise ankommen. Hat der Beklagte

in diesem Fall seinen Sitz in einem EU-Mitgliedstaat, ist der objektive Gerichtsstand grundsätzlich nach Art. 4 Abs. 1 Brüssel Ia-VO am Beklagtsitz zu verorten, wobei weitere EU-interne Klagemöglichkeiten unter anderem am Erfüllungsort nach Art. 7 Nr. 1 lit. a Brüssel Ia-VO oder bei Verbraucherbeteiligung am Wohnsitz des Verbrauchers nach Art. 18 Abs. 1 Brüssel Ia-VO bestehen können. Entsprechendes gilt nach den weitgehend identischen objektiven Zuständigkeitsvorschriften des LugÜ, wenn der Beklagte in Island, Norwegen oder der Schweiz ansässig ist. Im Übrigen ist auf die §§ 12 ff. ZPO zurückzugreifen, von welchen im Zusammenhang mit transnationalen Verträgen am ehesten die Gerichtsstände der Vermögensbelegenheit nach § 23 Abs. 1 Alt. 1 ZPO und des Erfüllungsortes nach § 29 ZPO einschlägig sein können.

3. In Situationen paralleler Rechtshängigkeit einer transnationalen Vertragsstreitigkeit gebietet es ein responsiver Ansatz in erster Linie, auf Gerichtsstandsvereinbarungen gestützte Zuständigkeitserwartungen der Vertragsparteien abzusichern. Liegt eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten eines angerufenen deutschen Gerichts vor, so hat dieses die Entscheidung in der Sache an sich zu ziehen. Im Verhältnis zu den Gerichten anderer EU-Mitgliedstaaten folgt dies aus Art. 31 Abs. 2, Abs. 3 Brüssel Ia-VO (vorbehaltlich der Ausnahme für zwingende Schutzgerichtsstände in Art. 31 Abs. 4 Brüssel Ia-VO), im Verhältnis zu drittstaatlichen Gerichten im Umkehrschluss aus Art. 33, 34 Brüssel Ia-VO, die eine Zuständigkeit nach Art. 25 Brüssel Ia-VO gerade nicht erwähnen. Wird hingegen durch die Gerichtsstandsvereinbarung die Zuständigkeit deutscher Gerichte derogiert und handelt es sich hierbei auch nicht um einen zwingenden Schutzgerichtsstand, so ist das Verfahren vor dem deutschen Gericht im Regelfall auszusetzen und dem prorogierten Gericht der Entscheidungsvorrang einzuräumen. Im Verhältnis zu den Gerichten anderer EU-Mitgliedstaaten folgt dies wiederum aus Art. 31 Abs. 2, Abs. 3 Brüssel Ia-VO. Im Verhältnis zu drittstaatlichen Gerichten kann die Aussetzung bei Abbedingung der in Art. 4, 7, 8 oder 9 Brüssel Ia-VO vorgesehenen Zuständigkeiten nach Art. 33, 34 Brüssel Ia-VO und außerhalb des Anwendungsbereichs der Brüssel Ia-VO analog § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO zumindest bei positiver Anerkennungsprognose erfolgen, in deren Rahmen vor allem die für Gerichtsstandsvereinbarungen im Anwendungsbereich der §§ 38, 40 ZPO entwickelten Leitlinien der responsiven Eingriffsnormen- und *ordre public*-Kontrolle heranzuziehen sind.

4. Im Stadium der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Gerichtsentscheidungen vor deutschen Gerichten schließlich zeigt sich ein responsiver Ansatz zuvörderst im Umgang mit denjenigen Gründen, aus welchen die Anerkennung und Vollstreckung zu versagen ist.

a) In Bezug auf Entscheidungen der Gerichte anderer EU-Mitgliedstaaten nach Art. 36 ff. und 39 ff. Brüssel Ia-VO ergeben sich diese Versagungsgründe

aus Art. 45 Brüssel Ia-VO, von welchen mit Blick auf transnationale Vertragsstreitigkeiten namentlich Art. 45 Abs. 1 lit. a Brüssel Ia-VO (Verstoß gegen den *ordre public*) und Art. 45 Abs. 1 lit. e Brüssel Ia-VO (Verstoß des Erstgerichts gegen zwingende Zuständigkeitsvorschriften) relevant sind. Für die responsive Handhabe des Art. 45 Abs. 1 lit. a Brüssel sind wiederum die zum kollisionsrechtlichen *ordre public*-Vorbehalt des Art. 21 Rom I-VO entwickelten Anwendungsleitlinien fruchtbar zu machen und ist danach zu differenzieren, ob die in Rede stehenden und vom Erstgericht nicht beachteten Ordnungsvorstellungen transnationalisierungsfähig sind (dann konsequente Durchsetzung bzw. Versagung der Anerkennung und Vollstreckung) oder sich als idiosynkratisch darstellen (dann Durchsetzung bzw. Versagung der Anerkennung und Vollstreckung nur als *ultima ratio* bei engem räumlichen Bezug des Streitgegenständlichen Sachverhalts zur deutschen Rechtsordnung). Mit Blick auf Art. 45 Abs. 1 lit. e Brüssel Ia-VO sind ebenfalls die bereits für das Erkenntnisverfahren geltenden Maßgaben einer responsiven Anwendung zu übertragen, etwa zur restriktiven Auslegung des Art. 24 Nr. 2 Brüssel Ia-VO.

b) Für die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen der Gerichte Islands, Norwegens und der Schweiz nach Art. 32 ff. und 38 ff. LugÜ i. V. m. §§ 1 Abs. 1 Nr. 2 lit. a, 55 f. AVAG sind mögliche Versagungsgründe Art. 34, 35 LugÜ zu entnehmen, welche weitgehend mit Art. 45 Brüssel Ia-VO übereinstimmen und entsprechend zu handhaben sind.

c) Im Hinblick auf die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen der Gerichte Mexikos, Montenegros, Singapurs und des Vereinigten Königreichs nach Art. 8 ff. HGÜ i. V. m. §§ 1 Abs. 1 Nr. 2 lit. b, 58 AVAG folgen mögliche Versagungsgründe aus Art. 9 HGÜ. Eine responsive Anwendung der für transnationale Vertragsstreitigkeiten primär relevanten Tatbestände des Art. 9 lit. a HGÜ (Unwirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten des Erstgerichts) und des Art. 9 lit. e HGÜ (Verletzung des *ordre public* des Anerkennungs- bzw. Vollstreckungsstaates) hat sich dabei an den Maßgaben zu orientieren, die im Anwendungsbereich des HGÜ schon für das Erkenntnisverfahren (Art. 3 ff. HGÜ) gelten.

d) Soweit keine vorrangigen europa- oder völkerrechtlichen Regelungen greifen und sich die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Gerichtsentscheidungen nach §§ 328, 722, 723 ZPO richtet, sind mögliche Versagungsgründe § 328 ZPO zu entnehmen. Auch zu diesen gehört ein *ordre public*-Tatbestand (§ 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO), für dessen Anwendung die zum Kollisionsrecht entwickelten und unter anderem auf Art. 45 Abs. 1 lit. a Brüssel Ia-VO übertragenen Leitlinien heranzuziehen sind. Daneben ist für transnationale Vertragsstreitigkeiten vor allem der Versagungsgrund der fehlenden internationalen Zuständigkeit des Erstgerichts nach § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO relevant, in dessen Rahmen zu



überprüfen ist, ob die Zuständigkeitsbeanspruchung des Erstgerichts mit den zum Zuständigkeitsrecht (insbesondere zu §§ 38, 40 ZPO) entwickelten Maßgaben einer responsiven Anwendung vereinbar ist.

5. Sollten sich die Parteien eines transnationalen Vertrages grundsätzlich zur Austragung ihrer Streitigkeiten vor einem privaten Schiedsgericht entschieden haben, kann sich der Ansatz der responsiven Anwendung staatlichen Rechts zunächst im Rahmen einer gerichtlichen Zuständigkeitsprüfung in der Einredesituation nach § 1032 Abs. 1 ZPO oder anlässlich eines Feststellungsantrags nach § 1032 Abs. 2 ZPO bewähren.

a) Anknüpfungspunkte für einen kontextsensiblen Umgang mit transnationalen Verträgen bieten hierbei bereits die an das Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung zu stellenden Anforderungen. So sind etwa die Bestimmtheitserfordernisse des § 1029 Abs. 1 ZPO (beruhend auf Art. 7 Abs. 1 UNCITRAL ML und entsprechend Art. II S. 1 UNÜ) großzügig auszulegen und genügt es diesen, wenn wie in marktgängigen Musterschiedsklauseln üblich alle potenziellen Streitigkeiten aus einem bestehenden oder zeitgleich geschlossenen Hauptvertrages in Bezug genommen werden. Hinsichtlich der Formanforderungen lassen bei deutschem Schiedsort die § 1031 Abs. 1 bis 3 ZPO unter professionellen Parteien unter anderem die Berücksichtigung verkehrskreispezifischer Erwartungshaltungen und die vertragliche Bezugnahme auf Schiedsklauseln in Musterdokumenten zu. Über den Meistbegünstigungsgrundsatz des Art. VII UNÜ sind diese Flexibilisierungen auch auf solche Schiedsvereinbarungen zu erstrecken, die einen ausländischen Schiedsort bestimmen und daher eigentlich dem Schriftlichkeitserfordernis des § 1061 Abs. 1 ZPO i. V. m. Art. II Abs. 2 UNÜ unterlägen. Mit Blick auf die materiellrechtliche Wirksamkeitsprüfung nach dem Schiedsvereinbarungsstatut, das sich auch im Erkenntnisverfahren entsprechend § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a ZPO bzw. § 1061 Abs. 1 ZPO i. V. m. Art. V Abs. 1 lit. a UNÜ vorrangig durch Rechtswahl und subsidiär durch den Schiedsort bestimmt, sind bei Anwendbarkeit deutschen Rechts wiederum die zur responsiven Handhabung des Vertragsrechts entwickelten Maßgaben heranzuziehen. Im Rahmen einer etwaigen AGB-Kontrolle der Schiedsvereinbarung etwa wäre danach die Verwendung von in transnationalen Musterdokumenten vorgesehenen oder gezielt auf diese zugeschnittenen Schiedsklauseln zumindest unter professionellen Parteien weder als „überraschend“ im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB noch als „unangemessene Benachteiligung“ im Sinne des § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB anzusehen, wohingegen den Verwender einseitig begünstigende Abweichungen von diesen Musterklauseln besonders kritisch zu prüfen wären.

b) Zum anderen bieten die auf Schiedsvereinbarungen bezogenen Begrenzungsvorschriften Ansatzpunkte für eine responsive Anwendung, die sich insbesondere an der Frage orientieren kann, ob und inwieweit die jeweilige Ein-



schränkung zur funktionalen Rolle des staatlichen Rechts im transnationalen Ordnungskontext mit Blick auf den Schutz Schwächerer, Dritter und der Allgemeinheit beiträgt. Vor diesem Hintergrund wenig überzeugend und als restriktiv zu handhaben erscheinen insoweit, jedenfalls im wirtschaftsrechtlichen Bereich, pauschale Ausschlüsse der objektiven Schiedsfähigkeit ganzer Rechtsgebiete, welche sich aus der *lex fori* des angerufenen Gerichts ergeben können, deren Bedeutung jedoch auch im deutschen Recht schwindet. Gezielt personenbezogene Einschränkungen der Schiedsfähigkeit wie in § 101 WpHG können hingegen durchaus in ein transnationales System des Schwächerenschutzes eingebunden werden, sind dann aber beispielsweise in Bezug auf ihren internationalen Anwendungsbereich auf die Wertungen des Kollisions- und Internationalen Zivilprozessrechts abzustimmen (im Falle des § 101 WpHG etwa durch Anknüpfung an den Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt der unterlegenen Vertragspartei). Zudem ist – ähnlich wie für Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten drittstaatlicher Gerichte – auch für Schiedsvereinbarungen eine *ex ante*-Kontrolle am Maßstab von Eingriffsnormen und *ordre public* der *lex fori* des angerufenen Gerichts möglich, die jedoch im Hinblick auf transnationale Vertragsstreitigkeiten entsprechend den zum Kollisionsrecht entwickelten Maßgaben kontextsensibel zu handhaben und in erster Linie zur Absicherung der Anwendung solcher Elemente des international zwingenden Rechts der deutschen Rechtsordnung einzusetzen ist, die zum Bestand des transnationalen *ordre public* gehören oder jedenfalls transnationalisierungsfähig sind.

6. Liegt bereits ein privater Schiedsspruch in einer transnationalen Vertragsstreitigkeit vor, so hat ein responsives Vorgehen aus Sicht eines deutschen Gerichts schließlich am Umgang mit denjenigen Gründen anzusetzen, deretwegen die Anerkennung oder Vollstreckung des Schiedsspruchs versagt oder dieser aufgehoben werden kann. Für die Aufhebung und Vollstreckungsversagung inländischer Schiedssprüche finden sich diese in § 1059 Abs. 2 ZPO (ggf. i. V. m. § 1060 Abs. 1 S. 2 ZPO), für die Anerkennungs- und Vollstreckungsversagung ausländischer Schiedssprüche weitgehend deckungsgleich in Art. V UNÜ i. V. m. § 1061 ZPO. In Bezug auf transnationale Verträge ist hierbei zunächst der Tatbestand der Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a ZPO und Art. V Abs. 1 lit. a UNÜ relevant, in dessen Rahmen die für die Zuständigkeitsprüfung in der Einredesituation des Erkenntnisverfahrens entwickelten Maßgaben zur subjektiven Schiedsfähigkeit sowie zu Bestimmtheit, Form und materiellrechtlicher Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung entsprechend heranzuziehen sind. Gleiches gilt für den – allerdings konsequenterweise auch im Aufhebungs-, Anerkennungs- oder Vollstreckungsverfahren restriktiv zu handhabenden – Tatbestand der fehlenden objektiven Schiedsfähigkeit nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. a ZPO und Art. V Abs. 2 lit. a UNÜ. Die mit Blick auf die funktionale

Rolle des staatlichen Rechts im transnationalen Ordnungskontext größte Bedeutung kommt dem Tatbestand des *ordre public*-Verstoßes nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ZPO und Art. V Abs. 2 lit. b UNÜ zu, der wiederum entsprechend den zum Kollisionsrecht entwickelten, bereits auf die Kontrolle ausländischer Gerichtsentscheidungen übertragenen Leitlinien zu handhaben und insoweit vorrangig zur Wahrung und Fortentwicklung zwingenden transnationalen Rechts einzusetzen ist, das zur gesamtgesellschaftlichen Rückbindung transnationaler Vertragsrechtsregime beiträgt.

## II. Ausblick

Festzuhalten bleibt: An einem Fortschreiten der Transnationalisierung des Rechts führt nach dem Ende des „goldenen Zeitalters“ des Nationalstaates und in einer immer stärker funktional ausdifferenzierten Gesellschaft kein Weg vorbei. Im Gegenteil steht zu erwarten, dass sich Ordnungsphänomene wie die in dieser Arbeit analysierten transnationalen Vertragsrechtsregime nicht nur im Finanz- und Wirtschaftsverkehr vermehren und weiterentwickeln, sondern in dieser oder ähnlicher Form zunehmend auch in anderen Gesellschaftsbereichen auftreten werden, deren maßgebliche Akteure sich nicht mehr primär über territoriale, sondern über funktionale Zusammenhänge definieren.<sup>1</sup> Angesichts dessen bringt *Ralf Michaels* es mit seiner Diagnose auf den Punkt: „The simple return to the nation state is not the answer, despite the nostalgia that surrounds it. Transnational problems are not solved by national laws in isolation. There is no alternative to transnational law.“<sup>2</sup>

Die von *Hans Großmann-Doerth* prophezeite „Juristendämmerung“ steht nach den Ergebnissen dieser Untersuchung aber dennoch nicht zu befürchten. Das staatliche Recht wird bis auf Weiteres Teil transnationaler Ordnungsstrukturen im Allgemeinen und transnationaler Vertragsrechtsregime im Besonderen bleiben. Und auch die deutsche Rechtsordnung erweist sich als durchaus in der Lage, die transnationale Ordnungsebene schon *de lege lata* komplementär durch ermöglichende wie auch begrenzende Elemente zu ergänzen und so zu einem produktiven Zusammenwirken zwischen privater und staatlicher Ordnung auf transnationaler wie nationaler Ebene beizutragen. Dieses Potenzial zu einer „transnationalen Rekontextualisierung“ der staatlichen Rechtsordnung muss je-

---

<sup>1</sup> Vgl. *Linarelli*, in: P. Berman (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism* (2020), 689, 744 f. Zu Beispielen aus den Bereichen der Bauwirtschaft und des geistigen Eigentums *Wielsch*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013), 71, 83 ff, 93 ff.

<sup>2</sup> *Michaels*, in: Zumbansen (Hrsg.), *The Many Lives of Transnational Law* (2020), 441, 451.

doch erst erschlossen werden, wozu sich der Ansatz der responsiven Rechtsdogmatik anbietet, der es jenseits der herkömmlichen Rechtsquellenkategorien erlaubt, das Privatrecht für gewandelte gesellschaftliche Bedingungen anschluss- und damit auch steuerungsfähig zu halten. Der mit dieser Arbeit eingeführte Begriff des *transnationalen Vertrages* und die zu diesem entwickelten Anwendungsleitlinien für das Kollisions-, materielle Vertrags- und Internationale Zivilverfahrensrecht mögen hierzu bereits einen Beitrag leisten, verstehen sich aber auch als Anstoß zur Fortentwicklung einer umfassenderen *nationalrechtlichen* Dogmatik *transnationalen* Rechts, auf die sich idealiter trotz grundverschiedener Prämissen und rechtswissenschaftlicher Denkansätze selbst „Traditionalisten“ und „Transnationalisten“ verständigen könnten.



## Literaturverzeichnis

- Abbott, Kenneth W.*: The Trading Nation's Dilemma: The Functions of the Law of International Trade, *Harv. Int'l L. J.* 26 (1985), 501–532.
- Abbott, Kenneth W./Snidal, Duncan*: International 'Standards' and International Governance, *J. Eur. Public Policy* 8 (2001), 345–370.
- Abegg, Andreas*: Was ist evolutorische Rechtstheorie? – dargestellt am Beispiel der Evolution der Vertragsfreiheit, *ZSR* 2005, 435–454.
- Abendroth, Matthias*: Asymmetrische Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Kreditgeschäft, *WM* 2017, 1786–1792.
- Affaki, Georges*: Arbitration in Banking and Financial Disputes Deconstructed, in: Benicke, Christoph/Huber, Stephan (Hrsg.), *National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht. Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag*, Bielefeld 2020, 1317–1320.
- Ahdieh, Robert B.*: Dialectical Regulation, *Conn. L. Rev.* 38 (2006), 863–927.  
–: The Strategy of Boilerplate, *Mich. L. Rev.* 104 (2006), 1033–1073.
- Alexy, Robert*: *Theorie der Grundrechte*, 4. Aufl., Frankfurt a. M. 2001.
- Ali, Shahla*: The Application of Non-State-Based Standards in International Arbitration, in: Berman, Paul Schiff (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford/New York 2020, 787–801.  
–: Transnational Commercial Law – Developments and Controversies, in: Zumbansen, Peer (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Transnational Law*, Oxford/New York 2021, 437–468.
- Ampatzi, Styliani*: *Das AGB-Recht in der nationalen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im unternehmerischen Geschäftsverkehr. Eine Untersuchung im deutschen und griechischen Recht*, Baden-Baden 2019.
- Amstutz, Marc*: *Globale Unternehmensgruppen. Geschichte und Zukunft des europäischen Konzernrechts*, Tübingen 2017.
- Antomo, Jennifer*: Das auf internationale Gerichtsstandsvereinbarungen nach § 38 ZPO anwendbare Recht, *ZZP Int.* 17 (2012), 183–205.  
–: Zum Verhältnis zwischen § 89b HGB sowie anderen Eingriffsnormen und internationalen Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen. Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 5.9.2012 – VII ZR 25/12, *IHR* 2013, 225–236.  
–: Schadensersatz wegen der Verletzung einer internationalen Gerichtsstandsvereinbarung? Eine Untersuchung von Schadensersatz- und anderen materiellrechtlichen Erstattungsansprüchen wegen der Missachtung einer internationalen Gerichtsstandsvereinbarung, Tübingen 2017.
- Armour, John/Awrey, Dan/Davies, Paul/Enriques, Luca/Gordon, Jeffrey N./Mayer, Colin/Payne, Jennifer*: *Principles of Financial Regulation*, Oxford 2016.
- Arnold, Stefan*: Gründe und Grenzen der Parteiautonomie im Europäischen Kollisionsrecht, in: Arnold, Stefan (Hrsg.), *Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts*, Tübingen 2016, 23–53.

- Asch, Solomon E.*: Effects of Group Pressure Upon the Modification and Distortion of Judgments, in: Guetzkow, Harold (Hrsg.), *Groups, Leadership and Men: Research in Human Relations*, New York 1951, 177–190.
- Assmann, Heinz-Dieter*: Anleihebedingungen und AGB-Recht, *WM* 2005, 1053–1068.
- Assmann, Heinz-Dieter/Schneider, Uwe H./Mülbert, Peter O.* (Hrsg.): *Wertpapierhandelsrecht*, 7. Aufl., Köln 2019 (zit. *Bearbeiter*; in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), *WpHR*).
- Audit, Bernard*: *Droit International Privé*, 8. Aufl., Issy-les-Moulineaux 2018.
- Auer, Marietta*: *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, Tübingen 2005.
- : *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, Tübingen 2014.
- : *Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie. Philosophische Grundlagen multidisziplinärer Rechtswissenschaft*, Baden-Baden 2018.
- Augsberg, Steffen*: *Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft. Möglichkeiten differenzierter Steuerung des Kapitalmarktes*, Berlin 2003.
- Austin, John*: *The providence of jurisprudence determined*, 1832, neu herausgegeben von Rumble, Wilfrid E., Cambridge 1995.
- Aviram, Amitai*: A Paradox of Spontaneous Formation: The Evolution of Private Legal Systems, *Yale L. & Pol’y Rev.* 22 (2004), 1–68.
- Awrey, Dan*: The Limits of Private Ordering Within Modern Financial Markets, *RBFL* 34 (2014), 183–254.
- : Split Derivatives: Inside the World’s Most Misunderstood Contract, *Yale J. on Reg.* 36 (2019), 495–574.
- Ayres, Ian/Gertner, Robert*: Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, *Yale L. J.* 99 (1989), 87–130.
- Babić, Davor*: Rome I Regulation: binding authority for arbitral tribunals in the European Union?, *J. Priv. Int’l L.* 13 (2017), 71–90.
- Bachmann, Gregor*: *Private Ordnung. Grundlagen ziviler Regelungsetzung*, Tübingen 2006.
- : Optionsmodelle im Privatrecht, *JZ* 2008, 11–20.
- : Legitimation privaten Rechts, in: Bumke, Christian/Röthel, Anne (Hrsg.), *Privates Recht*, Tübingen 2012, 207–227.
- Bachmann, Johannes Friedrich*: *Universalisierung des Europäischen Zivilverfahrensrechts. Die unilaterale Erstreckung des Europäischen Zivilverfahrensrechts auf Drittstaatsachverhalte*, Berlin 2020.
- Baker, Colleen M.*: Regulating the Invisible: The Case of Over-The-Counter Derivatives, *Notre Dame L. Rev.* 85 (2010), 1287–1378.
- Baker, Walter/Dolan, John F.*: *User’s Handbook for Documentary Credits under UCP 600*, Paris 2009.
- Ballo, Emanuel H. F.*: *Die AGB-Kontrolle von Kreditverträgen in der Akquisitionsfinanzierung. Eine Untersuchung am Beispiel des Senior Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement*, Frankfurt a. M./Berlin/Bern/Wien 2011.
- Bälz, Kilian/Stompfe, Philipp*: *Asymmetrische Streitbeilegungsklauseln in internationalen Wirtschaftsverträgen: Zulässigkeit, Grenzen und Gestaltungsmöglichkeiten*, *SchiedsVZ* 2017, 157–164.
- Banerjee, Abhijit V.*: A Simple Model of Herd Behavior, *Q. J. Econ.* 107 (1992), 797–817.
- Basedow, Jürgen*: Die Incoterms und der Container oder wie man kodifizierte Usancen reformiert, *RabelsZ* 43 (1979), 116–146.
- : Handelsbräuche und AGB-Gesetz, *ZHR* 150 (1986), 469–491.



- : Wirtschaftskollisionsrecht – Theoretischer Versuch über die ordnungspolitischen Normen des Forumstaates, *RabelsZ* 52 (1988), 8–40.
  - : Die Verselbstständigung des europäischen ordre public, in: Coester, Michael/Martiny, Dieter/Prinz von Sachsen Gessaphe, Karl August (Hrsg.), *Privatrecht in Europa – Vielfalt, Kollision, Kooperation*. Festschrift für Hans-Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag, München 2004, 291–319.
  - : Lex Mercatoria und Internationales Schuldvertragsrecht – Eine rechtsökonomische Skizze, in: Berger, Klaus Peter/Borges, Georg/Herrmann, Harald/Schlüter, Andreas/Wackerbarth, Ulrich (Hrsg.), *Zivil- und Wirtschaftsrecht im Europäischen und Globalen Kontext. Private and Commercial Law in a European and Global Context*. Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag, Berlin 2006, 229–247.
  - : The State’s Private Law and the Economy – Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making, in: Jansen, Nils/Michaels, Ralf (Hrsg.), *Beyond the State: Rethinking Private Law*, Tübingen 2008, 281–299.
  - : Das fakultative Unionsprivatrecht und das internationale Privatrecht, in: Kronke, Herbert/Thorn, Karsten (Hrsg.), *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren*. Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011, Bielefeld 2011, 50–62.
  - : Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts, *RabelsZ* 75 (2011), 32–59.
  - : Komplexität der Wirtschaft, Allokation des Wissens und privates Privatrecht, in: Callies, Graf-Peter (Hrsg.), *Transnationales Recht. Stand und Perspektiven*, Tübingen 2014, 141–154.
  - : Zuständigkeitsderogation, Eingriffsnormen und ordre public, in: Mankowski, Peter/Wurmnest, Wolfgang (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag*, München 2014, 337–352.
  - : Gegenseitigkeit im Kollisionsrecht, in: Hilbig-Lugani, Katharina/Jakob, Dominique/Mäsch, Gerald/Reuß, Philipp/Schmid, Christoph (Hrsg.), *Zwischenbilanz: Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag am 11. Juli 2015*, Bielefeld 2015, 335–348.
  - : *The Law of Open Societies. Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, Leiden 2015.
  - : Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union. Eine einleitende Orientierung, in: von Hein, Jan/Rühl, Giesela (Hrsg.), *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union*, Tübingen 2016, 3–23.
  - : The Hague Principles on Choice of Law: Their Addressees and Impact, *Unif. L. Rev.* 22 (2017), 304–315.
  - : Rechtsdurchsetzung und Streitbeilegung. Die Vielfalt von Durchsetzungsformen im Lichte von Zielkonflikten, in: Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), *Rechtsdurchsetzung ohne Staat. Vorträge der Plenarsitzung und Eröffnungssitzung der 36. Tagung für Rechtsvergleichung am 14. September 2017 in Basel*, Tübingen 2019, 101–136.
- Beatson, Jack*: *International arbitration, public policy considerations, and conflicts of law: the perspectives of reviewing and enforcing courts*, *Arb. Int’l* 33 (2017), 175–196.
- Beck’scher Online-Großkommentar zum Zivilrecht – Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (Hrsg.), München 2022 (zit. *Bearbeiter*; in: BeckOGK).
- Beck’scher Online-Kommentar BGB – Hau, Wolfgang/ Poseck, Roman (Hrsg.), 65. Ed., München 2023 (zit. *Bearbeiter*; in: BeckOK BGB).
- Beck’scher Online-Kommentar HGB – Häublein, Martin/Hoffmann-Theinert, Roland (Hrsg.), 39. Ed., München 2023 (zit. *Bearbeiter*; in: BeckOK HGB).

- Beck'scher Online-Kommentar InsO – Fridgen, Alexander/Geiwitz, Arndt/Göpfert, Burkard (Hrsg.), 30. Ed., München 2023 (zit. *Bearbeiter*, in: BeckOK InsO).
- Beck'scher Online-Kommentar Wertpapierhandelsrecht – Seibt, Christoph H./Buck-Heeb, Petra/Harnos, Rafael (Hrsg.), 7. Ed., München 2023 (zit. *Bearbeiter*, in: BeckOK WpHR).
- Beck'scher Online-Kommentar ZPO – Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian (Hrsg.), 47. Ed., München 2022 (zit. *Bearbeiter*, in: BeckOK ZPO).
- Behrens, Peter*: Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereinheitlichung, *RabelsZ* 50 (1986), 19–34.
- : Elemente eines Begriffs des Internationalen Wirtschaftsrechts, *RabelsZ* 50 (1986), 483–507.
- : Weltwirtschaftsverfassung, in: Schenk, Karl-Ernst/Schmidtchen, Dieter/Streit, Manfred E./Vanberg, Viktor (Hrsg.), *Globalisierung und Weltwirtschaft*, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 19, Tübingen 2000, 5–27.
- : Die Bedeutung des Kollisionsrechts für die Globalisierung der Wirtschaft, in: Basedow, Jürgen/Drobnig, Ulrich/Ellger, Reinhard/Hopt, Klaus J./Kötz, Hein/Kulms, Rainer/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Tübingen 2001, 381–397.
- Beitzke, Günther*: Grundgesetz und Internationalprivatrecht, Berlin 1961.
- Bell, John S.*: Comparative Administrative Law, in: Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. Aufl., Oxford/New York 2019, 1251–1275.
- Ben-Porath, Yoram*: The F-Connection: Families, Friends, and Firms in the Organization of Exchange, *Popul. Dev. Rev.* 6 (1980), 1–30.
- Ben-Shahar, Omri/Pottow, John A. E.*: On the Stickiness of Default Rules, *Fla. St. U. L. Rev.* 33 (2006), 651–682.
- Ben-Shahar, Omri/Schneider, Carl E.*: More Than You Wanted to Know. The Failure of Mandated Disclosure, Princeton 2014.
- Benjamin, Joanna/Bowden, Paul/Rouch, David*: Law and regulation for global financial markets: markets as rule-makers – enforcement, dispute resolution and risk, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 2 (2008), 321–330.
- Benjamin, Joanna/Rouch, David*: The international financial markets as a source of global law: the privatisation of rule-making?, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 2 (2008), 78–86.
- Benson, Bruce L.*: The Spontaneous Evolution of Commercial Law, *SEJ* 55 (1989), 644–661.
- : The Law Merchant's story: how romantic is it? in: Zumbansen, Peer/Calliess, Graf-Peter (Hrsg.), *Law, Economics and Evolutionary Theory*, Cheltenham/Northampton 2011, 68–87.
- : *The Enterprise of Law: Justice Without the State*, Oakland 2011.
- Berger, Klaus Peter*: Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, *RIW* 1994, 12–18.
- : Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts. Zu den methodischen und praktischen Grundlagen der *lex mercatoria*, Berlin/New York 1996.
- : Das neue deutsche Schiedsverfahrensrecht, *DZWIR* 1998, 45–55.
- : Die Auslegung von Dokumentenakkreditiven durch die deutsche Rechtsprechung, in: Geimer, Reinhold (Hrsg.), *Wege zur Globalisierung des Rechts*. Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag, München 1999, 103–116.
- : Einheitliche Rechtsstrukturen durch außergesetzliche Rechtsvereinheitlichung, *JZ* 1999, 369–377.
- : Vom praktischen Nutzen der Rechtsvergleichung. Die „international brauchbare“ Auslegung nationalen Rechts, in: Berger, Klaus Peter/Ebke, Werner F./Elsing, Siegfried H./Großfeld,

- Bernhard/Kühne, Günther (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, 49–64.
- : The New Law Merchant and the Global Market Place – A 21st Century View of Transnational Commercial Law, in: Berger, Klaus Peter (Hrsg.), *The Practice of Transnational Law*, Den Haag 2001, 1–22.
  - : Schiedsgerichtsbarkeit und Finanztermingeschäfte – Der „Schutz“ der Anleger vor der Schiedsgerichtsbarkeit durch § 37 WpHG, ZBB 2003, 77–93.
  - : Abschied von der Privatautonomie im unternehmerischen Geschäftsverkehr, ZIP 2006, 2149–2156.
  - : Rechtliche Rahmenbedingungen der Globalisierung – vom Wettbewerb der Rechtsordnungen zu „Private Governance“, in: Bierbaum, Detlef (Hrsg.), *So investiert die Welt. Globale Trends in der Vermögensanlage*, Wiesbaden 2008, 33–45.
  - : Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmensverkehr, NJW 2010, 465–470.
  - : The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn 2010.
  - : Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, in: Kronke, Herbert/Thorn, Karsten (Hrsg.), *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011*, Bielefeld 2011, 914–927.
  - : Die neue Lex Mercatoria. Ist transnationales Wirtschaftsrecht kodifizierbar?, in: Bumke, Christian/Röthel, Anne (Hrsg.), *Privates Recht*, Tübingen 2012, 119–134.
  - : The role of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in international commercial practice: The UNIDROIT Model Clauses, *Unif. L. Rev.* 19 (2014), 519–541.
  - : To what extent should arbitrators respect domestic case law? The German experience regarding the Law on Standard Terms, *Arb. Int'l* 32 (2016), 243–259.
- Berger, Klaus Peter/Dubberstein, Holger/Lehmann, Sascha/Petzold, Viktoria*: Anwendung Transnationalen Rechts in der internationalen Vertrags- und Schiedspraxis, *ZVglRWiss* 101 (2002), 12–37.
- Berger, Klaus Peter/Kleine, Lucas*: AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, *BB* 2007, 2137–2141.
- Berman, Harold J.*: *Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition*, Frankfurt a. M. 1991.
- Berman, Harold J./Kaufmann, Colin*: *The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)*, *Harv. Int'l L. J.* 19 (1978), 221–277.
- Berman, Paul Schiff*: *World Law*, *Fordham Int'l L. J.* 18 (1994), 1617–1622.
- : Judges as Cosmopolitan Transnational Actors, *Tulsa J. Comp. & Int'l L.* 12 (2004), 101–112.
  - : Global Legal Pluralism, *S. Cal. L. Rev.* 80 (2007), 1155–1238.
  - : *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge 2012.
  - (Hrsg.): *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford/New York 2020.
- Bermann, George A.*: The Self-Styled „Autonomy“ of International Arbitration, in: Benicke, Christoph/Huber, Stephan (Hrsg.), *National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht. Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag*, Bielefeld 2020, 1343–1353.
- Berner, Felix*: Prorogation drittstaatlicher Gerichte und Anwendungsvorrang der EuGVVO, *RIW* 2017, 792–799.
- Bernstein, Lisa*: Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry, *J. Legal Stud.* 21 (1992), 115–157.
- : Social Norms and Default Rules Analysis, *S. Cal. Interdisc. L. J.* 3 (1993), 59–90.

- : Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institutions, *Mich. L. Rev.* 99 (2001), 1724–1790.
- Beulker, Jette*: Die Eingriffsnormenproblematik in internationalen Schiedsverfahren, Tübingen 2005.
- Bezenberger, Tilman*: Das Verbot des Zinseszinses, *WM* 2002, 1617–1626.
- Biggins, John*: ‘Targeted Touchdown’ and ‘Partial Liftoff’. Post-Crisis Dispute Resolution in the OTC-Derivatives Markets and the Challenge for ISDA, *GLJ* 13 (2012), 1297–1328.
- Biggins, John/Scott, Colin*: Public-Private Relations in a Transnational Private Regulatory Regime: ISDA, the State and OTC Derivatives Market Reform, *EBLR* 13 (2012), 309–346.
- Bikhchandani, Sushil/Hirshleifer, David/Welch, Ivo*: A Theory of Fads, Fashion, Custom, and Cultural Change as Informational Cascades, *J. Political Econ.* 100 (1992), 992–1026.
- Black, Julia/Rouch, David*: The Development of the Global Market as Rule-Makers: Engagement and Legitimacy, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 2 (2008), 218–233.
- Blaurock, Uwe*: Übernationales Recht des Internationalen Handels, *ZEuP* 1993, 247–267.
- : The Law of Transnational Commerce, in: Ferrari, Franco (Hrsg.), *The Unification of International Commercial Law*, Baden-Baden 1998, 9–25.
- : Regelbildung und Grenzen des Rechts – Das Beispiel der Finanzkrise, *JZ* 2012, 226–234.
- Block-Lieb, Susan/Halliday, Terence C.*: Settling and Concordance: Two Cases in Global Commercial Law, in: Halliday, Terence C./Shaffer, Gregory (Hrsg.), *Transnational Legal Orders*, New York 2015, 75–113.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*: Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Buve, Sergius (Hrsg.), *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967, 75–94.
- Böckstiegel, Karl-Heinz*: Die Bestimmung des anwendbaren Rechts in der Praxis internationaler Schiedsgerichtsverfahren, in: Sandrock, Otto (Hrsg.), *Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag am 26. April 1979*, Berlin/New York 1979, 443–458.
- : Commercial and Investment Arbitration: How Different Are They Today? The Lalive Lecture 2012, *Arb. Int’l* 28 (2012), 577–590.
- Bodin, Jean*: *Les six livres de la république*, I, 1576, Nachdruck, Paris 1986.
- Boele-Woelki, Katharina*: Die Anwendung der UNIDROIT-Principles auf internationale Handelsverträge, *IPRax* 1997, 161–171.
- Boggiano, Antonio*: International Standard Contracts. A Comparative Study, *RdC* 170 (1981), 11–101.
- Böhle, Jan*: Die Abwahl zwingenden Rechts vor staatlichen Gerichten in Inlandsfällen, *ZEuP* 2019, 72–98.
- : *Das Recht des internationalen Kreditkonsortiums*, Baden-Baden 2022.
- Böhm, Franz*: Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, *ORDO* 17 (1966), 75–151.
- Bonell, Michael J.*: Das autonome Recht des Welthandels – Rechtsdogmatische und rechtspolitische Aspekte, *RabelsZ* 42 (1978), 485–506.
- : The UNIDROIT Principles and Transnational Law, in: Berger, Klaus Peter (Hrsg.), *The Practice of Transnational Law*, Den Haag 2001, 23–41.
- Bookman, Pamela K.*: The Adjudication Business, *Yale Int’l L.J.* 45 (2020), 227–283.
- Bork, Reinhard*: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 4. Aufl., Tübingen 2016.
- Born, Gary*: *International Commercial Arbitration*, 3. Aufl., Alphen aan den Rijn 2020.
- Borowicz, Maciej K.*: Private Power and International Law: The International Swaps and Derivatives Association, *EJLS* 8 (2015), 46–66.
- : Contracts as regulation: the ISDA Master Agreement, *CMLJ* 16 (2021), 72–94.

- Bradford, Anu*: The Brussels Effect. How the European Union Rules the World, New York 2020.
- Bradford, Anu/Chilton, Adam/Linos, Katerina/Weaver, Alexander*: The Global Dominance of European Competition Law Over American Antitrust Law, *J. Empirical Legal Stud.* 16 (2019), 731–766.
- Bradley, Caroline*: Private International Law-Making for the Financial Markets, *Fordham Int'l L. J.* 29 (2005), 127–180.
- Braithwaite, Joanne P.*: Standards Form Contracts as Transnational Law: Evidence from the Derivatives Market, *Mod. L. Rev.* 75 (2012), 779–805.
- : *The Financial Courts. Adjudicating Disputes in Derivatives Markets*, Cambridge/New York 2020.
- Brandt, Sven/Sonnenhol, Jürgen*: Verträge für Konsortialkredite, *WM* 2001, 2329–2337.
- Braun, Eberhard (Hrsg.): *Insolvenzordnung (InsO)*, 9. Aufl., München 2022 (zit. *Bearbeiter*; in: Braun (Hrsg.), *InsO*).
- Brekoulakis, Stavros*: Transnational public policy in international arbitration, in: Schultz, Thomas/Ortino, Federico (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Arbitration*, Oxford/New York 2020, 120–149.
- Bridge, Michael G.*: *The International Sale of Goods. Law*, 4. Aufl., Oxford/New York 2017.
- Brogli Mendes, Rodrigo Octávio*: A Private Transnational Law to Transnational Legal Regimes?, in: Calliess, Galf-Peter/Fischer-Lescano, Andreas/Wielsch, Dan/Zumbansen, Peer (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag am 30. April 2009*, Berlin 2009, 827–840.
- Brower, Charles N./Sharpe, Jeremy K.*: The Creeping Codification of Transnational Commercial Law: An Arbitrator's Perspective, *Va. J. Int'l L.* 45 (2004), 199–221.
- Brownson, Jonathan/Cantwell, Sarah*: The Leveraged Facilities Agreement, in: Voisey, Nicholas/Slocombe, Amelia (Hrsg.), *20 Years in the Loan Market*, London 2016, 152–156.
- Brüggemann, Niklas*: *Die Anerkennung prorogationswidriger Urteile im Europäischen und US-amerikanischen Zivilprozessrecht*, Tübingen 2019.
- Brummer, Chris*: *Soft Law and the Global Financial System. Rule Making in the 21st Century*, 2. Aufl., Cambridge 2015.
- Brunkhorst, Hauke*: *Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, Frankfurt a. M. 2002.
- : *Legitimationskrisen: Verfassungsprobleme der Weltgesellschaft*, Baden-Baden 2012.
- Bucher, Andreas*: Transnationales Recht im IPR, in: Schwind, Fritz (Hrsg.), *Aktuelle Fragen zum Europarecht aus der Sicht in- und ausländischer Gelehrter*, Wien 1986, 11–59.
- Buchwitz, Wolfram*: *Schiedsverfahrensrecht*, Berlin 2019.
- Buck-Heeb, Petra/Dieckmann, Andreas*: *Selbstregulierung im Privatrecht*, Tübingen 2010.
- Bumke, Christian*: *Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise. Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten Friedrich Carl von Savignys*, Tübingen 2017.
- Burkert, Michael/Cranshaw, Friedrich L.*: „Bail-in“ – Gläubigerbeteiligung in einer Bankenkrise und die Behandlung von Treuhandverhältnissen, *DZWIR* 2015, 443–463.
- Busche, Jan*: *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Tübingen 1999.
- Bussani, Mauro/Mattei, Ugo*: The Common Core Approach to European Private Law, *Colum. J. Eur. L.* 3 (1997), 339–356.
- Büthe, Tim/Mattli, Walter*: *The New Global Rulers. The Privatization of Regulation in the World Economy*, Princeton/Oxford 2011.
- Buxbaum, Hannah L.*: Transnational Legal Ordering and Regulatory Conflict: Lessons From the Regulation of Cross-Border Derivatives, *JITCL* 1 (2017), 91–116.



- : Transnational Antitrust Law, in: Zumbansen, Peer (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Transnational Law*, Oxford/New York 2021, 315–328.
- Calliess, Graf-Peter*: *Prozedurales Recht*, Baden-Baden 1999.
- : Das Tetralemma des Rechts. Zur Möglichkeit der Selbstbeschränkung des Kommunikationssysteme Rechts, *ZfRSoz* 21 (2000), 293–314.
- : Die Zukunft der Privatautonomie. Zur neueren Entwicklung eines gemeineuropäischen Rechtsprinzips, in: Jud, Brigitta/Bachner, Thomas/Bollenberger, Raimund (Hrsg.), *Prinzipien des Privatrechts und Rechtsvereinheitlichung*, Jb. J. ZivRWiss. 2000, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2001, 85–110.
- : Globale Kommunikation, staatenloses Recht, in: Anderheiden, Michael/Huster, Stefan/Kirste, Stephan (Hrsg.), *Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts*. Vorträge der 8. Tagung des Forum Junge Rechtsphilosophie, ARSP-Beiheft 79, Stuttgart 2001, 61–79.
- : Reflexive Transnational Law: The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law, *ZfRSoz* 23 (2002), 185–216.
- : Transnationales Verbrauchervertragsrecht, *RabelsZ* 68 (2004), 244–287.
- : Value-added Norms, Local Litigation, and Global Enforcement: Why the Brussels-Philosophy Failed in The Hague, *GLJ* 5 (2004), 1489–1498.
- : Billigkeit und effektiver Rechtsschutz. Zu Innovation und Evolution des (Zivil-) Rechts in der Globalisierung, *ZfRSoz* 26 (2005), 35–55.
- : Grenzüberschreitende Verbraucherverträge. Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarktplatz, Tübingen 2006.
- : Weitgehende Übereinstimmung und laufendes Programm. Zur Legitimation von Privatrecht im Zeitalter der Globalisierung, in: Riesenhuber, Karl/Takayama, Kanako (Hrsg.), *Rechtsangleichung: Grundlagen, Methoden und Inhalte*, Berlin 2006, 109–120.
- : The Making of Transnational Law, *Ind. J. Global Legal Stud.* 14 (2007), 469–483.
- : Transnational Civil Regimes: Economic Globalization and the Evolution of Commercial Law, in: Gessner, Volkmar (Hrsg.), *Contractual Certainty in International Trade: Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges*, Oxford/Portland 2008, 215–237.
- : Die Steuerungskrise – jetzt auch im Privatrecht?, in: Calliess, Graf-Peter/Fischer-Lescano, Andreas/Wielsch, Dan/Zumbansen, Peer (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag am 30. April 2009*, Berlin 2009, 465–479.
- (Hrsg.): *Transnationales Recht. Stand und Perspektiven*, Tübingen 2014.
- : Zur Rolle der Rechtsvergleichung im Kontext des Wettbewerbs der Rechtsordnungen, in: Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung*, Tübingen 2016, 167–189.
- Calliess, Graf-Peter/Dietz, Thomas/Konradi, Wioletta/Nieswandt, Holger/Renner, Moritz/Sosa, Fabian*: Transformation des Handelsrechts? Neue Formen von Rechtssicherheit in globalen Austauschprozessen, in: Hurrelmann, Achim/Leibfried, Stephan/Martens, Kerstin/Mayer, Peter (Hrsg.), *Zerfasert der Nationalstaat?*, Frankfurt a.M. 2008, 143–175.
- Calliess, Graf-Peter/Hoffmann, Hermann B.*: Effektive Justizdienstleistungen für den globalen Handel, *ZRP* (2009), 1–4.
- : Judicial services for global commerce – Made in Germany?, *GLJ* 10 (2009), 115–123.
- : Justizstandort Deutschland im globalen Wettbewerb, *AnwBl* 2009, 52–53.
- Calliess, Graf-Peter/Jarass, Insa Stephanie*: Global Commercial Law between Unity, Competition, and Pluralism: The Case of the CISG, *Unif. L. Rev.* 21 (2016), 1–22.



- : Private Uniform Law and Global Legal Pluralism, in: Berman, Paul Schiff (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford/New York 2020, 748–767.
- Calliess, Graf-Peter/Maurer, Andreas*: Transnationales Recht – eine Einleitung, in: Calliess, Graf-Peter (Hrsg.), *Transnationales Recht. Stand und Perspektiven*, Tübingen 2014, 1–36.
- Calliess, Graf-Peter/Mertens, Jens*: Privatrecht und Wettbewerbspolitik in der Globalisierung, *RabelsZ* 74 (2010), 463–492.
- Calliess, Graf-Peter/Renner, Moritz*: Rechtssicherheit ohne Staat? Eine empiriegestützte Theorie, in: Gosewinkel, Dieter/Schuppert, Gunnar Folke (Hrsg.), *Politische Kultur im Wandel von Staatlichkeit*, WZB-Jahrbuch 2007, Berlin 2008, 205–222.
- : Between Law and Social Norms: The Evolution of Global Governance, *Ratio Juris* 22 (2009), 260–280.
- : Denationalisierung (Globalisierung), in: Hartmann, Martin/Offe, Claus (Hrsg.), *Politische Theorie und Politische Philosophie. Ein Handbuch*, München 2010, 172–174.
- (Hrsg.): *Rome Regulations. Commentary*, 3. Aufl., Alphen aan den Rijn 2020 (zit. *Bearbeiter*; in: Calliess/Renner (Hrsg.), *Rome Regulations*).
- Calliess, Graf-Peter/Zumbansen, Peer*: *Rough Consensus and Running Code. A Theory of Transnational Private Law*, Oxford/Portland 2010.
- Campbell, Mark*: Investment Grade Documentation, in: Voisey, Nicholas/Slocombe, Amelia (Hrsg.), *20 Years in the Loan Market*, London 2016, 144–151.
- Canaris, Claus-Wilhelm*: *Bankvertragsrecht*, 2. Aufl., Berlin/New York 1981.
- : Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, München 1997.
- : Die Stellung der „UNIDROIT Principles“ und der „Principles of European Contract Law“ im System der Rechtsquellen, in: Basedow, Jürgen (Hrsg.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Tübingen 2000, 5–31.
- : Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, *AcP* 200 (2000), 273–364.
- : *Handelsrecht*, 24. Aufl., München 2006.
- Cary, William L.*: Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware, *Yale L. J.* 83 (1974), 663–705.
- Casini, Lorenzo*: The Making of a *Lex Sportiva* by the Court of Arbitration for Sport, *GLJ* 12 (2011), 1317–1340.
- Casper, Matthias*: Das Zukunftsfinanzierungsgesetz. Zwischen Griff in die historische Mottenkiste und behutsamer Fortentwicklung der Unternehmensfinanzierung, *ZHR* 187 (2023), 5–47.
- Chamorro-Courtland, Christian*: Central Counterparties (CCP) and the new transnational *lex mercatoria*, *Fla. St. U. Bus. L. Rev.* 10 (2011), 57–116.
- Charny, David*: Nonlegal Sanctions in Commercial Relationships, *Harv. L. Rev.* 104 (1990), 373–467.
- Chernov, Mikhail/Gorbenko, Alexander S./Makarov, Igor*: CDS Auctions, *Rev. Financ. Stud.* 26 (2013), 768–805.
- Choi, Stephen J./Gulati, G. Mitu*: Innovation in Boilerplate Contracts: An Analysis of Sovereign Bonds, *Emory L. J.* 53 (2004), 929–996.
- : Contract as Statute, *Mich. L. Rev.* 104 (2006), 1129–1173.
- Choi, Stephen J./Gulati, G. Mitu/Posner, Eric A.*: The Dynamics of Contract Evolution, *N.Y.U. L. Rev.* 88 (2013), 1–50.
- Choi, Stephen J./Guzman, Andrew T.*: National Laws, International Money: Regulation in a Global Capital Market, *Fordham L. Rev.* 65 (1997), 1855–1908.
- Coase, Ronald H.*: The Nature of the Firm, *Economica* 4 (1937), 386–405.

- : The Problem of Social Cost, *J. L. & Econ.* 3 (1960), 1–44.
- Coester-Waltjen, Dagmar: Die Bedeutung des EuGVÜ und des Luganer Abkommens für Drittstaaten, in: Heldrich, Andreas/Uchida, Takeyoshi (Hrsg.), *Festschrift für Hideo Nakamura*, Tokyo 1996, 89–115.
- Colberg, Lukas: *Der Schutz der Schiedsvereinbarung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des Schiedsvertrags*, Baden-Baden 2019.
- Collins, Hugh: *Regulating Contracts*, Oxford/New York 1999.
- : Regulatory Competition in International Trade: Transnational Regulation through Standard Form Contracts, in: Eidenmüller, Horst (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, München/Oxford/Baden-Baden 2013, 121–141.
- : Flipping Wreck: *Lex Mercatoria* on the Shoals of *Ius Cogens*, in: Grundmann, Stefan/Mösllein, Florian/Riesenhuber, Karl (Hrsg.), *Contract Governance. Dimensions in Law and Interdisciplinary Research*, Oxford/New York 2015, 383–406.
- Collyer, Gary/Katz, Ron (Hrsg.): *Collected DOCDEX Decisions 2009–2012*, Paris 2012.
- Collyer, Gary/Meynell, David (Hrsg.): *Collected DOCDEX Decisions 2013–2016*, Paris 2017.
- Cordes, Albrecht: Auf der Suche nach der Rechtswirklichkeit der mittelalterlichen *Lex mercatoria*, *ZRG-GA* 118 (2001), 168–184.
- Cover, Robert: The Supreme Court 1982 Foreword: Norms and Narrative, *Harv. L. Rev.* 97 (1983), 4–68.
- Cranston, Ross: Globalisation: Its Historical Context, in: Worthington, Sarah (Hrsg.), *Commercial Law and Commercial Practice*, Oxford/Portland 2003, 3–23.
- Cuniberti, Gilles: Three Theories of *Lex Mercatoria*, *Colum. J. Transnat'l L.* 52 (2013), 369–434.
- : The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws, *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 34 (2014), 455–517.
- Currie, Brainerd: Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws, *Duke L. J.* 8 (1959), 171–181.
- Cutler, A. Claire: *Private Power and Global Authority. Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, Cambridge 2003.
- Dalhuisen, Jan H.: Legal Orders and Their Manifestation: The Operation of the International Commercial and Financial Legal Order and its *Lex Mercatoria*, *Berkeley J. Int'l L.* 24 (2006), 129–191.
- : The Case for an International Commercial Court, in: Berger, Klaus Peter/Borges, Georg/Herrmann, Harald/Schlüter, Andreas/Wackerbarth, Ulrich (Hrsg.), *Zivil- und Wirtschaftsrecht im Europäischen und Globalen Kontext. Private and Commercial Law in a European and Global Context. Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag*, Berlin 2006, 931–947.
- : Custom and its Revival in Transnational Private Law, *Duke J. Comp. & Int'l L.* 18 (2008), 339–370.
- : The Operation of the International Commercial and Financial Legal Order: The *Lex Mercatoria* and its Application – Moving from the Theories of Legal Positivism and Formalism to the Practicalities of Legal Pluralism and Dynamism, *EBLR* 19 (2008), 985–1049.
- : Arbitration in International Finance – The Emergence of P.R.I.M.E., 2012, abrufbar unter <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2158764](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2158764)>.
- : The Applicable Law in International Financial Disputes and the Status, Powers and Reasoning of International Financial Arbitrators, King's College London Law School Research Paper No. 2014-28, 2014, abrufbar unter <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2393680](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2393680)>.

- : Globalisation and the Transnationalisation of Commercial and Financial Law, *Rutgers Univ. L. Rev.* 67 (2015), 1–41.
- : The Sources of Law and the Hierarchy of Norms in Transnational Commercial and Financial Law. The Issues of Intellectualisation and System Thinking and of the Public Interest, 2017, abrufbar unter <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3056951](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3056951)>.
- : What Does the Transnationalisation of the Commercial Contract Mean? Is There a New Model and Are There Minimum Standards? Is There a Law and Economics Perspective?, in: Heidemann, Maren/Lee, Joseph (Hrsg.), *The Future of the Commercial Contract in Scholarship and Law Reform. European and Comparative Perspectives*, Cham 2018, 27–50.
- Damler, Daniel*: Das gesetzlich privilegierte Muster im Privatrecht, Tübingen 2015.
- Danelzik, Kai Stefan*: Die Gerichtsstandsvereinbarung zwischen ZPO, EuGVVO und HGÜ, Baden-Baden 2019.
- Dasser, Felix*: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und *lex mercatoria*, Zürich 1989.
- Dathe, Uwe*: Abdingbarkeit des Ausgleichsanspruchs eines in der EU tätigen Handelsvertreters nach der Ingmar-Entscheidung des EuGH, *NJOZ* 2010, 2196–2202.
- Dauner-Lieb, Barbara/Axer, Constantin*: Quo vadis AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr?, *ZIP* 2010, 309–314.
- David, René*: The International Unification of Private Law, in: David, René (Hrsg.), *International Encyclopedia of Comparative Law, Volume II: The Legal Systems of the World, Their Comparison and Unification, Chapter 5*, Tübingen 1971.
- Davis, Kevin E.*: The Role of Nonprofits in the Production of Boilerplate, *Mich. L. Rev.* 104 (2006), 1075–1103.
- De Carolis, Daniele*: Some Features of Harmonisation in the Third Millennium, *Unif. L. Rev.* 15 (2010), 37–72.
- de Lima Pinheiro, Luis*: Rome I Regulation: Some Controversial Issues, *Kronke, Herbert/Thorn, Karsten* (Hrsg.), *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011*, Bielefeld 2011, 242–257.
- de Ly, Filip*: Uniform Contract Law and International Self-Regulation, in: Ferrari, Franco (Hrsg.), *The Unification of International Commercial Law*, Baden-Baden 1998, 59–83.
- : Emerging New Perspectives Regarding *Lex Mercatoria* in an Era of Increasing Globalization, in: Berger, Klaus Peter/Ebke, Werner F./Elsing, Siegfried H./Großfeld, Bernhard/Kühne, Günter (Hrsg.), *Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2000, 179–203.
- De Meo, Francesco*: Bankenkonsortien. Eine Untersuchung zum Innen- und Außenrecht von Emissions-, Kredit- und Sanierungskonsortien sowie zu deren Haftung für das Handeln von Konsortialvertretern, München 1994.
- de Sousa Santos, Boaventura*: Law: A Map of Misreading. Towards a Postmodern Conception of Law, *J. Law Soc.* 14 (1987), 279–302.
- de Wet, Erika*: The International Constitutional Order, *Int'l & Comp. L. Q.* 55 (2006), 51–76.
- Dekker, Jan (Hrsg.): *More Case Studies on Documentary Credits*, Paris 1991.
- Del Busto, Charles (Hrsg.): *Case Studies on Documentary Credits under UCP 500*, Paris 1995.
- Di Fabio, Udo*: Luhmann im Recht. Die juristische Rezeption soziologischer Beobachtung, in: Gripp-Hagelstange, Helga (Hrsg.), *Niklas Luhmanns Denken. Interdisziplinäre Einflüsse und Wirkungen*, Konstanz 2000, 139–155.
- Dickinson, Andrew*: Realignment of the Planets – Brexit and European Private Law, *IPRax* 2021, 213–221.
- Dickinson, Andrew/Lein, Eva (Hrsg.): *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: Dickinson/Lein (Hrsg.), *The Brussels I Regulation Recast*).

- Diedrich, Frank*: Rechtswahlfreiheit und Vertragsstatut – eine Zwischenbilanz angesichts der Rom I-Verordnung, RIW 2009, 378–385.
- Diem, Andreas/Jahn, Christian Hendrik*: Akquisitionsfinanzierungen. Kredite für Unternehmenskäufe, 4. Aufl., München 2019.
- Dixit, Avinash K.*: Lawlessness and Economics. Alternative Models of Governance, New Jersey/Woodstock 2004.
- Domej, Tanja*: Die Neufassung der EuGVVO – Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht, RabelsZ 78 (2014), 508–550.
- : Das Verhältnis nach „außen“. Europäische vs. Drittstaatsverhältnisse, in: von Hein, Jan/Rühl, Giesela (Hrsg.), Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union, Tübingen 2016, 90–109.
- Dore, Ronald*: Goodwill and the Spirit of Market Capitalism, Br. J. Sociol. 34 (1983), 459–482.
- Döser, Wulf H.*: Einführung in die Gestaltung internationaler Wirtschaftsverträge, JuS 2000, 246–254, 456–459, 663–666, 773–778, 869–874, 972–982, 1076–1080, 1178–1183, JuS 2001, 40–42.
- Drahozal, Christopher R.*: Regulatory competition and the location of international arbitration proceedings, Int'l Rev. Law and Econ. 24 (2004), 371–384.
- : Contracting Out of National Law: An Empirical Look at the New Law Merchant, Notre Dame L. Rev. 80 (2005), 523–552.
- : Private Ordering and International Commercial Arbitration, Penn St. L. Rev. 113 (2009), 1031–1050.
- Dreher, Meinrad*: Wettbewerb oder Vereinheitlichung der Rechtsordnungen in Europa?, JZ 1999, 105–112.
- Dreier, Ralf*: Der Begriff des Rechts, NJW 1986, 890–896.
- Drobnig, Ulrich*: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und wirtschaftsrechtliche Eingriffsnormen, in: Musielak, Hans-Joachim/Schurig, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag: 26. Juni 1987, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1987, 95–118.
- Durand-Barthez, Pascal*: The „Governing Law“ Clause: Legal and Economic Consequences of the Choice of Law in International Contracts, IBLJ 2012, 505–518.
- Dutta, Anatol*: Kollidierende Rechtswahlklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Ein Beitrag zur Bestimmung des Rechtswahlstatuts, ZVglRWiss 104 (2005), 461–478.
- : Gleichlauf von forum und ius – ein legitimes Ziel des internationalen Privatrechts?, in: Benicke, Christoph/Huber, Stephan (Hrsg.), National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht. Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2020, 51–60.
- Duval, Antoine*: Transnational Sports Law: The Living *Lex Sportiva*, in: Zumbansen, Peer (Hrsg.), The Oxford Handbook of Transnational Law, Oxford/New York 2021, 493–512.
- Duve, Christian/Sattler, Maximilian*: Schiedsvereinbarungen in Verbraucherverträgen, in: Genzow, F. Christian/Grunewald, Barbara/Schulte-Nölke, Hans (Hrsg.), Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz. Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen zum 70. Geburtstag, Köln 2010, 81–108.
- Dworkin, Ronald*: Taking Rights Seriously, revidierte Aufl., Cambridge, MA 1978.
- : Law's Empire, Cambridge, MA 1986.
- Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz (Begr.)/Joost, Detlev/Strohn, Lutz (Hrsg.): Handelsgesetzbuch, Band 2, 4. Aufl., München 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: Ebenroth u. a. (Hrsg.), HGB).
- Edwards, Franklin R./Morrison, Edward R.*: Derivatives and the Bankruptcy Code: Why the Special Treatment?, Yale J. on Reg. 22 (2005), 91–122.

- Eggleston, Karen/Posner, Eric A./Zeckhauser, Richard*: The Design and Interpretation of Contracts: Why Complexity Matters, *Nw. U. L. Rev.* 95 (2000), 91–132.
- Ehrenzweig, Albert A.*: Local and Moral Data in the Conflict of Laws: Terra Incognita, *Buff. L. Rev.* 16 (1966), 55–60.
- : Private International Law. A Comparative Treatise on American International Conflicts Law, Including the Law of Admiralty, General Part, Leiden 1967.
- Ehrlich, Dietmar*: Dokumentäre Zahlungsverkehrsinstrumente, in: Kronke, Herbert/Melis, Werner/Kuhn, Hans (Hrsg.), *Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., Köln/Zürich 2017, 1155–1181.
- Ehrlich, Eugen*: Die Erforschung des lebenden Rechts, *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft des Deutschen Reiches* 35 (1911), 129–147.
- : Das lebende Recht der Völker der Bukowina, *Recht und Wirtschaft* 1 (1912), 273–279, 322–324.
- : Grundlegung der Soziologie des Rechts, München/Leipzig 1913.
- Eichel, Florian*: AGB-Gerichtsstandsklauseln im deutsch-amerikanischen Handelsverkehr. Zugleich ein Beitrag zum Einfluss des Haager Übereinkommens über Gerichtsstandsvereinbarungen vom 30.6.2005, Jena 2007.
- : Inhaltskontrolle von AGB-Schiedsklauseln im internationalen Handelsverkehr, (zu OLG Dresden, 7.12.2007 – 11 Sch 8/07), *IPRax* 2010, 219–224.
- Eidenmüller, Horst*: Recht als Produkt, *JZ* 2009, 641–653.
- : Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution, in: Eidenmüller, Horst (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, München/Oxford/Baden-Baden 2013, 1–10.
- : Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 4. Aufl., Tübingen 2015.
- Einsele, Dorothee*: Kapitalmarktrechtliche Eingriffsnormen – Bedarf die Rom I-Verordnung einer Sonderregel für harmonisiertes europäisches Recht?, *IPRax* 2012, 481–491.
- : Kapitalmarktrecht und IPR, *RebelsZ* 81 (2017), 781–814.
- Eisenberg, Theodore/Miller, Geoffrey P.*: The Flight to New York: An Empirical Study of Choice of Law and Choice of Forum Clauses in Publicly-Held Companies' Contracts, *Cardozo L. Rev.* 30 (2009), 1475–1512.
- Ellenberger, Jürgen/Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.): *Bankrechts-Handbuch*, 6. Aufl., München 2022 (zit. *Bearbeiter*, in: Ellenberger/Bunte (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch*).
- Ellickson, Robert C.*: *Order Without Law. How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge, MA 1991.
- Elster, Jon*: Norms, in: Bearman, Peter/Hedström, Peter S. (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Analytical Sociology*, Oxford/New York 2011, 195–217.
- Emde, Raimond*: Unwirksamkeit von Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarung mit ausländischem Unternehmer schon bei Gefährdung des Handelsvertreterausgleichs (Anmerkung zu OLG München v. 17.5.2006 – 7 U 1781/06), *EWiR* 2006, 621–622.
- Engert, Andreas*: Regelungen als Netzgüter – Eine Theorie der Rechtsvereinheitlichung im Vertragsrecht, *AcP* 213 (2013), 321–365.
- : Private Normsetzungsmacht: Die Standardisierung von Regelungen im Markt als Form der Fremdbestimmung, *Rechtswissenschaft* 2014, 301–340.
- Engler, Carolin Marie*: *Private Regelsetzung*, Berlin 2017.
- Epping, Manja*: *Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr nach der Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts*, München 1999.



- Eriksen, Stein Sundstøl/Sending, Ole Jacob*: There is no global public: the idea of the public and the legitimization of governance, *International Theory* 5 (2013), 213–237.
- Ernst, Wolfgang*: Gelehrtes Recht, in: Engel, Christoph/Schön, Wolfgang (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Tübingen 2007, 3–49.
- Estevan de Quesada, Carmen/Renner, Moritz*: Contractual Business Networks: The Case of Syndicated Loans, *ERCL* 13 (2017), 164–194.
- Estrella Faria, José Angelo*: Future Directions of Legal Harmonization and Law Reform: Stormy Seas or Prosperous Voyage?, *Unif. L. Rev.* 14 (2009), 5–34.
- : Uniform Law and Functional Equivalence: Diverting Paths or Stops along the Same Road? Thoughts on a New International Regime for Transport Documents, *Elon L. Rev.* 2 (2011), 1–37.
- Fallon, Marc/Kinsch, Patrick/Kohler, Christian (Hrsg.): *Le droit international privé européen en construction. Vingt ans de travaux du GEDIP*, Cambridge/Antwerpen/Portland 2011.
- Farrell, Joseph/Saloner, Garth*: Standardization, Compatibility, and Innovation, *RAND J. Econ.* 16 (1985), 70–83.
- Feder, Norman Menachem*: Deconstructing Over-The-Counter Derivatives, *Colum. Bus. L. Rev.* 2002, 677–748.
- Feldman, Eric A.*: The Tuna Court: Law and Norms in the World’s Premier Fish Market, *Cal. L. Rev.* 94 (2006), 313–369.
- Fentiman, Richard*: Commercial Litigation in the UK: A Future Outside the EU, in: Trunk, Alexander/Hatzimihail, Nikitas (Hrsg.), *EU Civil Procedure Law and Third Countries. Which Way Forward?*, Baden-Baden 2021, 157–179.
- Ferid, Murad*: *Internationales Privatrecht: Ein Leitfaden für Praxis und Ausbildung*, 3. Aufl., Frankfurt a. M. 1986.
- Ferrari, Franco*: ‚Forum Shopping‘ Despite International Uniform Contract Law Conventions, *Int’l & Comp. L. Q.* 51 (2002), 689–707.
- : Einheitsrecht, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Band 1, Tübingen 2009, 376–380.
- : PIL and CISG: Friends or Foes?, *IHR* 2012, 89–113.
- : Forum Shopping: A Plea for a Broad and Value-Neutral Definition, in: Mankowski, Peter/Wurmnest, Wolfgang (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag*, München 2014, 385–401.
- (Hrsg.): *Rome I-Regulation: Pocket Commentary*, München 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: Ferrari (Hrsg.), *Rome I-Regulation*).
- : Autonomous Interpretation versus Homeward Trend versus Outward Trend in CISG Case Law, *Unif. L. Rev.* 22 (2017), 244–257.
- Ferrari, Franco/Kieninger, Eva-Maria/Mankowski, Peter/Otte, Karsten/Saenger, Ingo/Schulze, Götz/Staudinger, Ansgar (Hrsg.): *Internationales Vertragsrecht*, 3. Aufl., München 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: Ferrari u. a. (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht*).
- Fetsch, Johannes*: *Eingriffsnormen und EG-Vertrag*, Tübingen 2002.
- Fezer, Karl-Heinz*: Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, *JZ* 1986, 817–832.
- Fiebig, Andre/Gerber, David*: The Causes and Consequences of the Neo-Brandeisian Antitrust Movement in the United States, *ZWeR* 2021, 460–486.
- Fiedler, Patrick*: *Stabilisierungsklauseln und materielle Verweisung im internationalen Vertragsrecht*, Frankfurt a. M./Berlin/Bern/Wien 2001.
- Fischer-Lescano, Andreas/Teubner, Gunther*: *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt a. M. 2006.



- Flanagan, Sean M.*: The Rise of a Trade Association: Group Interactions Within the International Swaps and Derivatives Association, *Harv. Negot. L. Rev.* 6 (2001), 211–264.
- Flessner, Axel*: Fakultatives Kollisionsrecht, *RabelsZ* 34 (1970), 547–584.
- Flood, John*: Rating, Dating, and the Informal Regulation and the Formal Ordering of Financial Transactions: Securitizations and Credit Rating Agencies, in: Likosky, Michael B. (Hrsg.), *Privatising Development. Transnational Law, Infrastructure and Human Rights*, Leiden 2005, 147–171.
- : Lawyers as Sanctifiers: The Role of Elite Law Firms in International Business Transactions, *Ind. J. Global Legal Stud.* 14 (2007), 35–66.
- Flood, John/Sosa, Fabian*: Lawyers, Law Firms, and the Stabilization of Transnational Business, *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 28 (2008), 489–525.
- Flume, Werner*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg 1992.
- Fornasier, Matteo*: Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht. Zugleich ein Beitrag zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin 2013.
- Forsyth, Miranda*: A Typology of Relationships Between State and Non-State Justice Systems, *JLP* 56 (2007), 67–112.
- Fortier, L. Yves*: The New, New Lex Mercatoria, or, Back to the Future, *Arb. Int'l* 17 (2001), 121–128.
- Foster, Ken*: Is There A Global Sports Law?, *ESLJ* 2 (2003), 1–18.
- Franzen, Martin*: Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen in Arbeitsverträgen zwischen EuGVÜ und autonomem internationalem Zivilprozeßrecht, *RIW* 2000, 81–88.
- Freitag, Robert*: Halbseitig ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarungen unter der Brüssel I-VO, in: Mankowski, Peter/Wurmnest, Wolfgang (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag*, München 2014, 419–431.
- Friedman, Lawrence M.*: The Law and Society Movement, *Stan. L. Rev.* 38 (1986), 763–780.
- : Erehwon: The Coming Global Legal Order, *Stan. J. Int'l L.* 37 (2001), 347–364.
- : Coming of Age: Law and Society Enters an Exclusive Club, *Ann. Rev. Law Soc. Sci.* 1 (2005), 1–16.
- Friedman, Lawrence M./Hayden, Grant M.*: *American Law: An Introduction*, 3. Aufl., New York 2017.
- Friedman, Lawrence M./Perez-Perdomo, Rogelio/Gómez, Manuel A.* (Hrsg.): *Law in Many Societies*, Stanford 2011.
- Friedman, Milton*: *Capitalism and Freedom*, Neudruck, Chicago 2009.
- Friedman, Thomas L.*: *The World is Flat: A Brief History of the Twenty-First Century*, 3. Aufl., New York 2007.
- Frohloff, Jan*: *Verletzung von Schiedsvereinbarungen. Eine Untersuchung des deutschen Schiedsverfahrensrechts zu den Pflichten der Schiedsparteien und den Rechtsfolgen ihrer Verletzung*, Tübingen 2017.
- Frowein, Jochen A.*: Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: Dicke, Klaus/Hummer, Waldemar/Girsberger, Daniel/Boele-Woelki, Katharina/Engel, Christoph/Frowein, Jochen A. (Hrsg.), *Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System: Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Beziehungen*, *BDGVR* 39, Heidelberg 2000, 427–447.
- Fuchs, Florian*: *Close-out Netting, Collateral und systemisches Risiko*, Tübingen 2013.
- Fülbier, Andreas*: Zivilrechtliche Einordnung von Zins- und Währungsswaps, *ZIP* 1990, 544–547.
- Fuller, Lon L.*: *The Morality of Law*, revidierte Aufl., New Haven 1969.

- Gaillard, Emmanuel*: Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?, *Arb. Int'l* 17 (2001), 59–71.
- : Legal Theory of International Arbitration, Leiden/Boston 2010.
- : The arbitral legal order: evolution and recognition, in: Schultz, Thomas/Ortino, Federico (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Arbitration*, Oxford/New York 2020, 554–568.
- Gaillard, Emmanuel/Savage, John (Hrsg.): *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Den Haag 1999.
- Galanter, Marc*: Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law, *JLP* 19 (1981), 1–47.
- Galgano, Francesco*: The New Lex Mercatoria, *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.* 2 (1995), 99–110.
- Gamillscheg, Franz*: Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßlicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht, *AcP* 157 (1958), 303–341.
- Garcimartin Alferez, Francisco J.*: The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instruments, *J. Priv. Int'l L.* 5 (2009), 85–104.
- Gebauer, Martin*: Das Prorogationsstatut im Europäischen Zivilprozessrecht, in: Kronke, Herbert/Thorn, Karsten (Hrsg.), *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren*, Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011, Bielefeld 2011, 577–588.
- : Schadensersatz bei Verletzung von Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen, in: Schütze, Rolf A./Klötzel, Thomas R./Gebauer, Martin (Hrsg.), *Usus atque Scientia*. Festschrift für Roderich C. Thümmel zum 65. Geburtstag am 23. Oktober 2020, Berlin/Boston 2020, 197–220.
- Geimer, Reinhold*: Ungeschriebene Anwendungsgrenzen des EuGVÜ: Müssen Berührungspunkte zu mehreren Staaten bestehen? (zu OLG München, 28.9.1989 – 24 U 391/87), *IPRax* 1991, 31–35.
- : Das Schiedsvereinbarungsstatut in der Anerkennungsperspektive (zu BGH, 21.9.2005 – III ZB 18/05), *IPRax* 2006, 233–236.
- : *Internationales Zivilprozessrecht*, 8. Aufl., Köln 2020.
- Geimer, Reinhold/Schütze, Rolf A. (Hrsg.): *Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen*, 65. Aufl., München 2022.
- Giovanoli, Mario*: A New Architecture for the Global Financial Market: Legal Aspects of International Standard Setting, in: Giovanoli, Mario (Hrsg.), *International Monetary Law. Issues for the New Millennium*, Oxford 2000, 3–59.
- Girsberger, Daniel*: Entstaatlichung der friedlichen Konfliktregelung zwischen nichtstaatlichen Wirkungseinheiten: Umfang und Grenzen. Das Beispiel der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, in: Dicke, Klaus/Hummer, Waldemar/Girsberger, Daniel/Boele-Woelki, Katharina/Engel, Christoph/Frowein, Jochen A. (Hrsg.), *Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden System – Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen*, *BDGVR* 39, Heidelberg 2000, 231–265.
- Giuliano, Mario/Lagarde, Paul*: Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, *ABl. Nr. C* 282 vom 31.10.1980.
- Glienke, Tobias/Hohm, Tosca*: Die Schiedsfähigkeits-Rechtsprechung des BGH – Eine (Never) Ending Story?, *SchiedsVZ* 2022, 189–198.
- Golden, Jeffrey B.*: Setting Standards in the Evolution of Swap Documentation, *IFLR* 13 (1994), 18–19.
- : The Future of Financial Regulation: The Role of the Courts, in: MacNeil, Iain/O'Brien, Justin (Hrsg.), *The Future of Financial Regulation*, Oxford 2010, 83–92.

- : Interpreting ISDA terms: when market practice is relevant, as of when is it relevant?, *CMLJ* 9 (2014), 299–307.
- Goldman, Berthold*: Les conflits des lois dans l'arbitrage international de droit privé, *RdC* 109 (1963), 347–483.
- : Frontières du droit et «lex mercatoria», *Archives phil. dr.* 9 (1964), 177–192.
- : La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives, *JDI* 106 (1979), 475–505.
- Goldschmidt, Levin*: Ueber die wissenschaftliche Behandlung des deutschen Handelsrechts und die Zwecke dieser Zeitschrift, *ZHR* 1 (1858), 1–24.
- : Handbuch des Handelsrechts, Erster Band: Universalgeschichte des Handelsrechts, 2. Aufl., Stuttgart 1875.
- : Handbuch des Handelsrechts, Erster Band: Universalgeschichte des Handelsrechts, 3. Aufl., Stuttgart 1891.
- Goldštajn, Aleksandar*: The New Law Merchant, *J. Bus. L.* 12 (1961), 12–17.
- Gomtsian, Suren/Balvert, Annemarie/Hock, Branislav/Kirman, Oguz*: Between the Green Pitch and the Red Tape: The Private Legal Order of FIFA, *Yale J. Int'l L.* 43 (2018), 85–142.
- Goode, Roy*: Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law, *Int'l & Comp. L. Q.* 46 (1997), 1–36.
- : Rule, Practice and Pragmatism in Transnational Commercial Law, *Int'l & Comp. L. Q.* 54 (2005), 539–562.
- Goode, Roy/Kronke, Herbert/McKendrick, Ewan*: Transnational Commercial Law. Texts, Cases and Materials, 2. Aufl., Oxford 2015.
- Gößling, Sebastian*: Europäisches Kollisionsrecht und Internationale Schiedsgerichtsbarkeit. Die Bedeutung der Rom I-Verordnung bei der Bestimmung des anwendbaren materiellen Rechts durch internationale Handelsschiedsgerichte mit Sitz in der EU, Tübingen 2019.
- Gottschalk, Eckart*: Das Transparenzgebot und allgemeine Geschäftsbedingungen, *AcP* 206 (2006), 555–597.
- Gottschalk, Eckart/Breßler, Steffen*: Missbrauchskontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen im europäischen Zivilprozessrecht, *ZEuP* 2007, 56–80.
- Gottwald, Peter*: Grenzen internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen, in: Henrich, Dieter/von Hoffmann, Bernd (Hrsg.), *Festschrift für Karl Firsching zum 70. Geburtstag*, München 1985, 89–110.
- : Grundfragen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivilsachen, *ZZP* 103 (1990), 257–293.
- : Sanktionen bei Verstoß gegen eine Gerichtsstandsvereinbarung, in: Althammer, Christoph/Schärtl, Christoph (Hrsg.), *Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre. Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2021, 699–713.
- Graf von Westphalen, Friedrich*: Fallstricke bei Verträgen mit Auslandsberührung, *NJW* 1994, 2113–2120.
- Granovetter, Mark*: Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness, *Am. J. Sociol.* 91 (1985), 481–510.
- : *Society and Economy*, Cambridge, MA 2017.
- Grechenig, Kristoffel/Gelter, Martin*: Divergente Evolution des Rechtsdenkens – Von amerikanischer Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik, *RabelsZ* 72 (2008), 513–561.
- Greenwood, Royston/Suddaby, Roy/Hinings, C.R.*: Theorizing Change: The Role of Professional Associations in the Transformation of Institutionalized Fields, *Acad. Manag. J.* 45 (2002), 58–80.
- Griffiths, John*: What is Legal Pluralism?, *JLP* 24 (1986), 1–55.

- Grimm, Alexander*: Applicability of the Rome I and II Regulations to International Arbitration, *SchiedsVZ* 2012, 189–200.
- Großmann-Doerth, Hans*: Der Jurist und das autonome Recht des Welthandels, *JW* 58 (1929), 3447–3451.
- : Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, Freiburg i. Br. 1933.
- Grossmann, Sanford J./Hart, Oliver D.*: The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration, *J. Political Econ.* 94 (1986), 691–719.
- Grünberger, Michael*: Transnationales Recht als responsiver Rechtspluralismus?, *Der Staat* 55 (2016), 117–133.
- : Verträge über digitale Güter, *AcP* 218 (2018), 213–296.
- : Responsive Rechtsdogmatik – Eine Skizze. Erwiderung auf Karl Riesenhuber, *AcP* 219 (2019), 892 ff., *AcP* 219 (2019), 924–942.
- Grundmann, Stefan*: Lex Mercatoria und Rechtsquellenlehre, in: Jickeli, Joachim (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht, Unternehmensrecht, Informationspflichten im Zivilrecht*, Stuttgart 1992, 43–70.
- : Law merchant as lex lata Communitatis – insbesondere die Unidroit-Principles, in: *Die-derichsen, Uwe/Fischer, Gerfried/Medicus, Dieter/Pirung, Jörg/Wagenitz, Thomas* (Hrsg.), *Festschrift für Walter Rolland zum 70. Geburtstag*, Köln 1999, 145–158.
- : Privatautonomie im Binnenmarkt, *JZ* 2000, 1133–1143.
- : On the Unity of Private Law from a Formal to a Substance-Based Concept of Private Law, *ERPL* 6 (2010), 1055–1078.
- : Zukunft des Vertragsrechts, in: *Grundmann, Stefan/Kloepfer, Michael/Paulus, Christoph G./Schröder, Rainer/Werle, Gerhard* (Hrsg.), *Festschrift zum 200-jährigen Bestehen der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität*, Berlin 2010, 1015–1049.
- (Hrsg.): *Bankvertragsrecht*, Band 1: Grundlagen und Commercial Banking, Berlin/Boston 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: *Grundmann* (Hrsg.), *Bankvertragsrecht*).
- Grundmann, Stefan/Grochowski, Mateusz*: The Creation of Norms. An Evolutionary View on European Contract Law, in: *Grundmann, Stefan/Grochowski, Mateusz* (Hrsg.), *European Contract Law and the Creation of Norms*, Cambridge 2021, 3–43.
- Grüneberg, Christian* (Hrsg.): *Bürgerliches Gesetzbuch*, 82. Aufl., München 2023 (zit. *Bearbeiter*, in: *Grüneberg* (Hrsg.), *BGB*).
- Gsell, Beate*: Deutsche Erfahrungen mit der begrenzten Erstreckung der Klauselkontrolle auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr, in: *Kindl, Johann/Perales Viscasillas, Maria Pilar/Arroyo Vendrell, Tatiana* (Hrsg.), *Standardisierte Verträge – zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, Baden-Baden 2017, 237–258.
- Guedj, Thomas G.*: The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law – A Comparative Analysis with Modern American Theories, *Am. J. Comp. L.* 39 (1991), 661–697.
- Gutzwiller, Max*: Das Internationalprivatrecht der durch die Friedensverträge eingesetzten Gemischten Schiedsgerichtshöfe, in: *Nussbaum, Arthur* (Hrsg.), *Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen in Zivil- und Handelssachen* 3, Berlin 1931, 123–152.
- Guzman, Andrew T.*: Choice of Law: New Foundations, *Geo. L. J.* 90 (2002), 883–940.
- Häberle, Siegfried G.*: Zahlung und Zahlungssicherung mit Dokumentenakkreditiven (Documentary Credits), in: *Häberle, Siegfried G.* (Hrsg.), *Handbuch für Kaufrecht, Rechtsdurchsetzung und Zahlungssicherung im Außenhandel*, 2. Aufl., München/Wien 2010, 755–829.
- Habermas, Jürgen*: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a. M. 1992.

- Habermas, Jürgen/von Bogdandy, Armin*: Diskurstheorie und Völkerrecht: Ein Interview mit Jürgen Habermas, *ZaöRV* 73 (2013), 295–303.
- Hadfield, Gillian K.*: Privatizing Commercial Law, *Regulation* 24 (2001), 40–45.
- : The Many Legal Institutions that Support Contractual Commitments, in: Ménard, Claude/Shirley, Mary M. (Hrsg.), *Handbook of New Institutional Economics*, Dordrecht 2008, 175–203.
- : *Rules for a Flat World: Why Humans Invented Law and How to Reinvent It for a Complex Global Economy*, New York 2017.
- Hafner, Gerhard*: Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law, *Mich. J. Int'l L.* 25 (2004), 849–863.
- Halliday, Terence C./Shaffer, Gregory*: Transnational Legal Orders, in: Halliday, Terence C./Shaffer, Gregory (Hrsg.), *Transnational Legal Orders*, New York 2015, 3–72.
- Hanefeld, Inka/Wittinghofer, Mathias A.*: Schiedsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, *SchiedsVZ* 2005, 217–229.
- Hanschmann, Felix/Wihl, Tim*: Theorien transnationaler Rechtsprozesse, in: Buckel, Sonja/Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 3. Aufl., Tübingen 2020, 323–340.
- Harbarth, Stephan*: Empirieprägung von Verfassungsrecht, *JZ* 2022, 157–162.
- Harding, Paul C.*: *Mastering the ISDA Master Agreements (1992 and 2002). A practical guide for negotiation*, 3. Aufl., Harlow 2010.
- Harms, Charlotte*: *Neuaufgabe der Datumtheorie im Internationalen Privatrecht*, Tübingen 2019.
- Hart, Herbert L. A.*: *The Concept of Law*, 2. Aufl., Oxford 1994.
- Hart Oliver D.*: Incomplete Contracts and the Theory of the Firm, *J. L. Econ. & Org.* 4 (1988), 119–140.
- Hart, Oliver D./Moore, John*: Incomplete Contracts and Renegotiation, *Econometrica* 56 (1988), 755–785.
- Hartenfels, Holger*: Die Verordnung (EU) Nr. 648/2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister, *ZHR* 178 (2014), 173–212.
- Hartley, Trevor C.*: Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach, *RdC* 266 (1997), 340–425.
- Hartley, Trevor C./Dogauchi, Masato*: *Convention of June 2005 on Choice of Court Agreements*, Explanatory Report, Den Haag 2005.
- Hastorf, Albert A./Cantril, Hadley*: They Saw a Game: A Case Study, *J. Abnorm. Psychol.* 49 (1954), 129–134.
- Hausmann, Rainer*: Einheitliche Anknüpfung internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen, in: Pfister, Bernhard/Will, Michael R. (Hrsg.), *Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen 1991, 359–378.
- : Anwendbares Recht vor deutschen und italienischen Schiedsgerichten – Bindung an die Rom I-Verordnung oder Sonderkollisionsrecht?, in: Kronke, Herbert/Thorn, Karsten (Hrsg.), *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren*, *Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011*, Bielefeld 2011, 971–986.
- Hay, Peter/Rößler, Hannes*: *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht*, 5. Aufl., München 2016.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*: *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1820, in: Moldenhauer, Eva/Michel, Karl Markus (Hrsg.), *G. W. F. Hegel, Werke in zwanzig Bänden, Band 7*, Frankfurt a. M. 1970.



- Heldrich, Andreas*: Die Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht, AcP 186 (1986), 74–114.
- Hellgardt, Alexander*: Regulierung und Privatrecht. Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung, Tübingen 2016.
- : Das Verbot der kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts und das Unionsgrundrecht der Privatautonomie, *RabelsZ* 82 (2018), 654–696.
- Hellwege, Phillip*: Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, Tübingen 2010.
- Hemler, Adrian*: Die Methodik der „Eingriffsnorm“ im modernen Kollisionsrecht. Zugleich ein Beitrag zum Internationalen Öffentlichen Recht und zur Natur des *ordre public*, Tübingen 2019.
- Herdegen, Matthias*: Völkerrecht, 21. Aufl., München 2022.
- Herrmann, Hans Joachim/Basedow, Jürgen (Hrsg.): Supranationale und internationale Gerichte, Tübingen 1982 (zit. *Bearbeiter*, in: Herrmann/Basedow (Hrsg.), Supranationale und internationale Gerichte).
- Hess, Burkhard*: Binnenverhältnisse im Europäischen Zivilprozessrecht. Grenzüberschreitende vs. nationale Sachverhalte, in: von Hein, Jan/Rühl, Giesela (Hrsg.), Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union, Tübingen 2016, 67–89.
- : The Private-Public Divide in International Dispute Resolution, Leiden 2018.
- : Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Berlin/Boston 2020.
- Hesse, Mascha*: Diktierte Parteiautonomie. Zur AGB-Kontrolle von internationalen Rechtswahl-, Gerichtsstands- und Schiedsklauseln im europäischen Rechtsraum, Tübingen 2022.
- Hill, Claire A./King, Christopher*: How Do German Contracts Do As Much With Fewer Words?, *Chi.-Kent L. Rev.* 79 (2004), 889–926.
- Hinsch, L. Christian/Horn, Norbert*: Das Vertragsrecht der internationalen Konsortialkredite und Projektfinanzierungen, Berlin/New York 1985 (zit. *Bearbeiter*, in: Hinsch/Horn, Das Vertragsrecht der internationalen Konsortialkredite und Projektfinanzierungen).
- Hirsch, Günter*: Schiedsgerichte – ein Offenbarungseid für die staatlichen Gerichte?, *Schieds-VZ* 2003, 49–52.
- Hobbes, Thomas*: *Leviathan or the Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiastical and Civil*, London 1651.
- Höffe, Otfried*: Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, München 1999.
- : „Königliche Völker“. Zu Kants kosmopolitischer Rechts- und Friedenstheorie, Frankfurt a.M. 2001.
- Hoffmann, Hermann/Maurer, Andreas*: Entstaatlichung der Justiz. Empirische Belege zum Bedeutungsverlust staatlicher Gerichte für internationale Wirtschaftsstreitigkeiten, *ZfRSoz* 31 (2010), 279–302.
- Hoffmann, Hermann/Stegemann, Lars*: Die Parteiautonomie im internationalen Schuldvertragsrecht. Grundlagen der Rechtswahlfreiheit vor staatlichen und privaten Gerichten, *JuS* 2013, 207–210.
- Hofmann, Hasso*: Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht, *Der Staat* 57 (2018), 5–33.
- Hohl, Patrick*: Private Standardsetzung im Gesellschafts- und Bilanzrecht. Verfassungsrechtliche Grenzen kooperativer Standardsetzung im europäischen Mehrebenensystem an den Beispielen des Deutschen Corporate Governance Kodexes und der International Financial Reporting Standards, Berlin 2007.



- Hölters, Wolfgang (Hrsg.): Handbuch Unternehmenskauf, 10. Aufl., Köln 2022 (zit. *Bearbeiter*, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf).
- Holzwarth, Winfried J. G.: Einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive, IHR 2007, 136–150.
- Hopt, Klaus J.: Internationale Handelskammer, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Band 1, Tübingen 2009, 896–899.
- (Hrsg.): Handelsgesetzbuch, 42. Aufl., München 2023 (zit. *Bearbeiter*, in: Hopt (Hrsg.), HGB).
- Hopt, Klaus J./Seibt, Christoph H. (Hrsg.): Schuldverschreibungsrecht, Köln 2017 (zit. *Bearbeiter*, in: Hopt/Seibt (Hrsg.), Schuldverschreibungsrecht).
- Horn, Norbert: Das Recht der internationalen Anleihen, Frankfurt a. M. 1972.
- : Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts – Die privatrechtstheoretische Verwertbarkeit der „Economic Analysis of Law“, AcP 176 (1976), 307–333.
- : Die Entwicklung des internationalen Wirtschaftsrechts durch Verhaltensrichtlinien. Elemente eines internationalen Ordre public, RabelsZ 44 (1980), 423–454.
- : Außergerichtliche Streitbeilegung bei internationalen Finanzgeschäften. Eine Bestandsaufnahme, in: Berger, Klaus Peter/Ebke, Werner F./Elsing, Siegfried/Großfeld, Bernhard/Kühne, Gunther (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, 385–406.
- : The Use of Transnational Law in the Contract Law of International Trade and Finance, in: Berger, Klaus Peter (Hrsg.), The Practice of Transnational Law, Den Haag 2001, 67–80.
- : Zwingendes Recht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2008, 209–222.
- : Transnationales Handelsrecht: Zur Normqualität der Lex Mercatoria, in: Bitter, Georg/Lutter, Marcus/Priester, Hans-Joachim/Schön, Wolfgang/Ulmer, Peter (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, 705–724.
- Horst, Johan: Lex Financiarum. Das transnationale Finanzmarktrecht der International Swaps and Derivatives Association (ISDA), AVR 53 (2015), 461–500.
- : Transnationale Rechtserzeugung. Elemente einer normativen Theorie der Lex Financiarum, Tübingen 2019.
- Hößel, Claudia: Vertragsauslegung bei Auseinanderfallen von Vertragssprache und Sprache des anwendbaren Rechts. Am Beispiel englischsprachiger Verträge unter deutschem Vertragsstatut, Dissertation Würzburg 2017.
- Huber, Peter: Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen, IPRax 2016, 197–207.
- ICC (Hrsg.): Commentary on UCP 600. Article-by-Article Analysis by the UCP 600 Drafting Group, Paris 2007.
- : International Standard Banking Practice for the Examination of Documents under UCP 600, Paris 2013.
- International Law Commission: Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, 13. April 2006, UN Doc A/CN.4/L.682.
- Ipsen, Nils Christian: Private Normenordnungen als Transnationales Recht?, Berlin 2009.
- Isensee, Josef: § 15 Staat und Verfassung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Verfassungsstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2004, 3–106.
- Jacobs, Holger: Das Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen vom 2. Juli 2019. Eine systematische und rechtsvergleichende Untersuchung, Tübingen 2021.

- Jahn, Uwe*: Finanzmanagement (Derivate), in: Kronke, Herbert/Melis, Werner/Kuhn, Hans (Hrsg.), Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Köln/Zürich 2017, 1004–1045.
- Jakobs, Arnold*: Vorprozessuale Vereinbarungen über die deutsche internationale Zuständigkeit, Dissertation Mannheim 1974.
- Jansen, Nils/Michaels, Ralf* (Hrsg.): Beyond the State: Rethinking Private Law, Tübingen 2008.
- Jansen, Nils/Michaels, Ralf*: Private Law and the State. Comparative Perceptions and Historical Observations, in: Jansen, Nils/Michaels, Ralf (Hrsg.), Beyond the State: Rethinking Private Law, Tübingen 2008, 15–67.
- : Private Law and the State? Europeanization, Globalization, Privatization, in: Jansen, Nils/Michaels, Ralf (Hrsg.), Beyond the State: Rethinking Private Law (2008), 69–118.
- Jarass, Insa Stephanie*: Privates Einheitsrecht, Tübingen 2019.
- Jauernig, Othmar* (Begr./Stürner, Rolf (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, 18. Aufl. München 2021 (zit.: *Bearbeiter*; in: Jauernig, BGB).
- Jauernig, Othmar/Hess, Burkhard*: Zivilprozessrecht, 30. Aufl., München 2011.
- Jayme, Erik*: Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen – Betrachtungen zu Ehrenzweigs Datum-Theorie, in: Jayme, Erik/Kegel, Gerhard (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Albert A. Ehrenzweig, Karlsruhe/Heidelberg 1976, 35–49.
- : Allgemeine Geschäftsbedingungen und Internationales Privatrecht, ZHR 142 (1978), 105–123.
- : Die Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht auf dem Prüfstand – 65. Sitzung des Institut de Droit International in Basel, IPRax 1991, 429–432.
- : L'autonomie de la volonté de parties dans les contrats internationaux entre personnes privées, Annuaire de l'Institute de Droit International, Session de Bâle, Volume 64 (I), Paris 1991, 13–79.
- : Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, RdC 251 (1995), 9–267.
- Jessup, Philip C.*: Transnational Law, New Haven 1956.
- Jiménez, Guillermo*: The International Chamber of Commerce: Supplier of Standards and Instruments for International Trade, Unif. L. Rev. 2 (1996), 284–299.
- Joerges, Christian*: Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts. Die „Governmental Interest Analysis“ und die „Krise des Internationalen Privatrechts“, Tübingen 1971.
- : Das Rechtssystem der transnationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, ZHR 138 (1974), 549–568.
- Johnson, David R./Post, David*: Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace, Stan. L. Rev. 48 (1996), 1367–1402.
- Johnson, Kristin N.*: Things Fall Apart: Regulating the Credit Default Swaps Commons, U. Colo. L. Rev. 82 (2011), 167–257.
- Jordans, Roman*: Zur Europarechtswidrigkeit von § 37h WpHG, EuZW 2007, 655–659.
- Jud, Brigitta*: Neue Dimensionen privatautonomer Rechtswahl in der Rom I-Verordnung, JBl 2006, 695–704.
- Juenger, Friedrich K.*: Lex mercatoria und Eingriffsnormen, in: Löwisch, Manfred/Schmidt-Leithoff, Christian/Schmiedel, Burkhard (Hrsg.), Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Fritz Rittner, München 1991, 233–249.
- : The lex mercatoria and private international law, Unif. L. Rev. 5 (2000), 171–186.
- Junker, Abbo*: Die freie Rechtswahl und ihre Grenzen – Zur veränderten Rolle der Parteiautonomie im Schuldvertragsrecht, IPRax 1993, 1–10.
- : Internationales Zivilprozessrecht, 5. Aufl., München 2020.

- : Internationales Privatrecht, 5. Aufl., München 2022.
- Kadens, Emily*: Order Within Law, Variety Within Custom: The Character of the Medieval Law Merchant, *Chi. J. Int'l L.* 5 (2004), 39–65.
- : The Myth of the Customary Law Merchant, *Tex. L. Rev.* 90 (2012), 1153–1206.
- : The Medieval Law Merchant: Tyranny of a Construct, *J. Legal Anal.* 7 (2015), 251–289.
- Kafka, Franz*: Vor dem Gesetz, 1915, abgedruckt in: Hermes, Roger (Hrsg.), Franz Kafka. Die Erzählungen, 10. Aufl. Frankfurt a. M. 2008, 162–163.
- Kahan, Marcell/Kamar, Ehud*: The Myth of State Competition in Corporate Law, *Stan. L. Rev.* 55 (2002), 679–749.
- Kahan, Marcell/Klausner, Michael*: Path Dependence in Corporate Contracting: Increasing Returns, Herd Behavior and Cognitive Biases, *Wash. U. L. Rev.* 74 (1996), 347–366.
- : Standardization and Innovation in Corporate Contracting (or “The Economics of Boilerplate”), *Va. L. Rev.* 83 (1997), 713–770.
- Kähler, Lorenz*: Abschied vom rechtsphilosophischen Etatismus. Besteht ein notwendiger Zusammenhang zwischen Staat und Recht?, in: Calliess, Galf-Peter/Mahlmann, Matthias (Hrsg.), Der Staat der Zukunft. Vorträge der 9. Tagung des Jungen Forum Rechtsphilosophie, 27.–29. April 2001 an der Freien Universität Berlin, ARSP-Beiheft 83, Stuttgart 2002, 69–83.
- Kainer, Friedemann*: Die AGB-Kontrolle von Preis(neben-)bestimmungen im Lichte wirtschaftsrechtlicher Grundwertungen, in: Paal, Boris/Poelzig, Dörte/Fehrenbacher, Oliver (Hrsg.), Deutsches, europäisches und vergleichendes Wirtschaftsrecht. Festschrift für Werner F. Ebke zum 70. Geburtstag, München 2021, 485–495.
- Kansaku, Hiroyuki*: Lex mercatoria als soft law, in: Murakami, Junichi/Marutschke, Hans-Peter/Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Globalisierung und Recht. Beiträge Japans und Deutschlands zu einer internationalen Rechtsordnung im 21. Jahrhundert, Berlin/Boston 2007, 141–151.
- Kappus, Andreas*: „Lex mercatoria“ als Geschäftsstatut vor staatlichen Gerichten im deutschen internationalen Schuldrecht, *IPRax* 1993, 137–142.
- Katz, Avery*: Taking Private Ordering Seriously, 144 *U. Pa. L. Rev.* 144 (1996), 1745–1763.
- Katz, Michael L./Shapiro, Carl*: Technology Adoption in the Presence of Network Externalities, *J. Political Econ.* 94 (1986), 822–841.
- Kau, Marcel*: Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte, in: Vitzthum, Wolfgang/Proelß, Alexander (Hrsg.), Völkerrecht, 8. Aufl., Berlin/Boston 2019, 159–317.
- Kaye, Peter*: The New Private International Law of Contract of the European Community. Implementation of the EEC’s Contractual Obligations Convention in England and Wales Under the Contracts (Applicable Law) Act 1990, Aldershot/Brookfield/Hong Kong/Singapore/Sydney 1993.
- Kegel, Gerhard*: Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, in: Gerwig, Max/Simonius, August/Spiro, Karl/Süss, Theodor/Wolff, Ernst (Hrsg.), Festschrift Hans Lewald, Basel 1953, 259–288.
- : Vaterhaus und Traumhaus: Herkömmliches internationales Privatrecht und die Hauptthesen der amerikanischen Reformer, in: Sandrock, Otto (Hrsg.), Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag am 26. April 1979, Berlin/New York 1979, 551–573.
- Kegel, Gerhard/Schurig, Klaus*: Internationales Privatrecht, 9. Aufl., München 2004.
- Kelly, Dominic*: The International Chamber of Commerce, *New Political Econ.* 10 (2005), 259–271.
- Kelsen, Hans*: Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, *ArchSozWiss* 39 (1914/1915), 839–876.

- : Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 1. Aufl. 1934, neu herausgegeben von Jestaedt, Matthias, Tübingen 2008.
- Kerber, Wolfgang*: Zum Problem einer Wettbewerbsordnung für den Systemwettbewerb, in: Schenk, Karl-Ernst/Schmidtchen, Dieter/Streit, Manfred/Vanberg, Viktor (Hrsg.), Globalisierung, Systemwettbewerb und nationalstaatliche Politik, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 17, Tübingen 1998, 199–230.
- : Rechtseinheitlichkeit und Rechtsvielfalt aus ökonomischer Sicht, in: Grundmann, Stefan (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts: Gesellschafts-, Arbeits- und Schuldvertragsrecht, Tübingen 2000, 67–97.
- : Transnational Commercial Law, Multi-level Legal Systems, and Evolutionary Economics, in: Zumbansen, Peer/Calliess, Graf-Peter (Hrsg.), Law, Economics and Evolutionary Theory, Cheltenham/Northampton 2011, 297–321.
- Kerber, Wolfgang/Vanberg, Viktor*: Constitutional Aspects of Party Autonomy and Its Limits – The Perspective of Constitutional Economics, in: Grundmann, Stefan/Kerber, Wolfgang/Weatherill, Stephen (Hrsg.), Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market, Berlin 2001, 49–79.
- Kern, Christoph*: Anerkennungsrechtliches Spiegelbildprinzip und europäische Zuständigkeit, ZZP 120 (2007), 31–71.
- : Die Doing-Business-Reports der Weltbank – fragwürdige Quantifizierung rechtlicher Qualität?, JZ 2009, 498–504.
- Kieninger, Eva-Maria*: Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt. Studien zur Privatrechtskoordinierung auf den Gebieten des Gesellschafts- und Vertragsrechts, Tübingen 2002.
- Kim, Yong Ling*: Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen, Frankfurt a. M. 1995.
- Kindler, Peter*: Gerichtsstandsvereinbarung und Rechtshängigkeitssperre: Zum Schutz von Torpedo-Klagen nach der Brüssel Ia-Verordnung, in: Hilbig-Lugani, Katharina/Jakob, Dominique/Mäsch, Gerald/Reuß, Philipp/Schmid, Christoph (Hrsg.), Zwischenbilanz: Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag am 11. Juli 2015, Bielefeld 2015, 485–499.
- Kingsbury, Benedict*: The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law, EJIL 20 (2009), 23–57.
- Kingsbury, Benedict/Krisch, Nico/Stewart, Richard B.*: The Emergence of Global Administrative Law, Law & Contemp. Probs. 68 (2005), 15–61.
- Kirchhof, Ferdinand*: Private Rechtsetzung, Berlin 1987.
- Kirchhof, Paul*: Die Staatenvielfalt – ein Wesensgehalt Europas, in: Hengstschläger, Johannes/Köck, Heribert Franz/Korinek, Karl/Stern, Klaus/Truyol y Serra, Antonio (Hrsg.), Für Staat und Recht. Festschrift für Herbert Schambeck, Berlin 1994, 947–958.
- : Gesetzgebung und private Regelsetzung als Geltungsgrund für Rechnungslegungspflichten?, ZGR 2000, 681–692.
- : Freiheitlicher Wettbewerb und staatliche Autonomie – Solidarität, ORDO 56 (2005), 39–45.
- : Der europäische Staatenverbund, in: von Bogdandy, Armin/Bast, Jürgen (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, Berlin/Heidelberg 2009, 1009–1043.
- Kleinheisterkamp, Jan*: Eingriffsnormen und Schiedsgerichtsbarkeit – Ein praktischer Versuch, RabelsZ 73 (2009), 818–841.
- Klumb, Jan*: Teilrechtswahl in standardisierten Kreditverträgen, ZBB 2012, 449–461.
- Koch, Harald*: Kollisionsrecht und Auslandsbezug: Wie international ist das IPR?, in: Manowski, Peter/Wurmnest, Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag, München 2014, 475–482.

- Kodek, Georg*: Praktische und theoretische Anforderungen an die Rechtswahl, in: Verschraegen, Bea (Hrsg.), *Rechtswahl. Grenzen und Chancen*, Wien 2010, 85–109.
- Köhler, Andreas*: Eingriffsnormen – Der „unfertige“ Teil des europäischen IPR, Tübingen 2013.
- Kokott, Juliane/Rosch, Wolfgang*: Eingriffsnormen und ordre public im Lichte der Rom I-VO, der Rom II-VO, der EuGVVO und der EU-InsVO, in: Benicke, Christoph/Huber, Stephan (Hrsg.), *National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht. Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag*, Bielefeld 2020, 265–274.
- Kölner Kommentar zum WpHG – Hirte, Heribert/Möllers, Thomas M. J.* (Hrsg.), 2. Aufl., Köln 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: *Kölner Kommentar WpHG*).
- Koloseus, Konrad*: Begrenzungen der Rechtswahl insbesondere durch den ordre public, in: Verschraegen, Bea (Hrsg.), *Rechtswahl. Grenzen und Chancen*, Wien 2010, 33–49.
- Köndgen, Johannes*: Privatisierung des Rechts – Private Governance zwischen Deregulierung und Rekonstitutionalisierung, *AcP* 206 (2006), 477–525.
- : Transnationale Regel- und Standardbildung auf Finanzmärkten – vor und nach der Krise, in: Calliess, Galf-Peter (Hrsg.), *Transnationales Recht. Stand und Perspektiven*, Tübingen 2014, 277–306.
- Kondring, Jörg*: § 1051 Abs. 1 ZPO und die Abwahl einfach zwingenden Rechts bei Binnensachverhalten. Über die Normenhierarchie von Kollisionsrecht und materiellrechtlichem Umgehungsverbot, *ZIP* 2017, 706–710.
- König, Ute*: Zur Bestimmung des Schiedsvertragsstatuts bei fehlender Gesetzesgrundlage nach Inkrafttreten der Rom I-VO, *SchiedsVZ* 2012, 129–133.
- Korobkin, Russell*: The Status Quo Bias and Contract Default Rules, *Cornell L. Rev.* 83 (1998), 608–687.
- Koskeniemi, Martti/Leino, Päivi*: Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties, *LJIL* 15 (2002), 553–579.
- Kötz, Hein*: Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, *RabelsZ* 50 (1986), 1–18.
- : Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung, *RabelsZ* 56 (1991), 215–218.
- : Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung, *JuS* 2013, 289–296.
- Krause, Detlef*: *Luhmann-Lexikon. Eine Einführung in das Gesamtwerk von Niklas Luhmann*, 4. Aufl., Stuttgart 2005.
- Krebs, Peter/Becker, Maximilian*: Entstehung und Abänderbarkeit von Gewohnheitsrecht, *JuS* 2013, 97–103.
- Kriele, Martin*: *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen 1979.
- Kröll, Stefan*: 50 Jahre UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche – Standortbestimmung und Zukunftsperspektive, *SchiedsVZ* 2009, 40–53.
- Kroll-Ludwigs, Kathrin*: Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht, Tübingen 2013.
- Kronke, Herbert*: Internationale Schiedsverfahren nach der Reform, *RIW* 1998, 257–265.
- : Ziele – Methoden, Kosten – Nutzen: Perspektiven der Privatrechtsharmonisierung nach 75 Jahren UNIDROIT, *JZ* 2001, 1149–1157.
- : Zur Komplementarität von IPR und Einheitsrecht bei der Modernisierung des Wirtschaftsrechts – Eine Fallstudie, in: Basedow, Jürgen/Drobnig, Ulrich/Ellger, Reinhard/Hopt, Klaus J./Kötz, Hein/Kulms, Rainer/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Tübingen 2001, 757–770.



- : Transnational Commercial Law: General Doctrines, Thirty Years On, in: Baetge, Dietmar/von Hein, Jan/von Hinden, Michael (Hrsg.), Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, Tübingen 2008, 39–57.
- Kronke, Herbert/Nacimento, Patricia/Otto, Dirk/Port, Nicola Christine (Hrsg.): Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Den Haag 2010 (zit. *Bearbeiter*; in: Kronke u. a. (Hrsg.), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards).
- Kronman, Anthony T.: Contract Law and the State of Nature, *J. L. Econ. & Org.* 1 (1985), 5–32.
- Kropholler, Jan: Internationales Einheitsrecht. Allgemeine Lehren, Tübingen 1975.
- : Das Unbehagen am Forum Shopping, in: Henrich, Dieter/von Hoffmann, Bernd (Hrsg.), Festschrift für Karl Firsching zum 70. Geburtstag, München 1985, 165–173.
- : Internationales Privatrecht einschließlich der Grundbegriffe des internationalen Zivilverfahrensrechts, 6. Aufl., Tübingen 2006.
- Kropholler, Jan/von Hein, Jan: Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVO, Lugano Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO, 9. Aufl., Frankfurt a. M. 2011.
- Kruger, Thalia: Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States, Oxford/New York 2008.
- Kuntz, Thilo: Auf der Suche nach einem Proprium der Rechtswissenschaft. Sinn und Unsinn des Bemühens um disziplinäre Identität, *AcP* 219 (2019), 254–299.
- Kuo, Ming-Sung: Between Fragmentation and Unity: The Uneasy Relationship between Global Administrative Law and Global Constitutionalism, *San Diego Int'l L. J.* 10 (2009), 439–467.
- Kuschel, Linda: Privatautonomie und ihre Grenzen im Recht der internationalen Gerichtsstandsvereinbarung, in: Bordiga, Francesco/Wais, Hannes (Hrsg.), Inhalt und Grenzen der Privatautonomie in Deutschland und Italien, Turin 2021, 313–329.
- La Porta, Rafael/Lopez-de-Silanes, Florencio/Shleifer, Andrei/Vishny, Robert W.: Law and Finance, *J. Political Econ.* 106 (1998), 1113–1155.
- : The Quality of Government, *J. L. Econ. & Org.* 15 (1999), 222–279.
- Ladeur, Karl-Heinz: Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels. Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung der ökonomischen Analyse des Rechts, *RabelsZ* 64 (2000), 60–103.
- : Ein Recht der Netzwerke für die Weltgesellschaft oder Konstitutionalisierung der Völkergemeinschaft?, *AVR* 49 (2011), 246–275.
- Lalive, Pierre: Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, in: Sanders, Pieter (Hrsg.), Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, Deventer 1987, 258–316.
- Lando, Ole/Beale, Hugh (Hrsg.): Principles of European Contract Law, Parts I and II, Den Haag/London/Boston 2000.
- Lando, Ole/Clive, Eric/Prüm, André/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.): Principles of European Contract Law, Part III, Den Haag/London/Boston 2003.
- Lando, Ole/Nielsen, Peter Arnt: The Rome I Proposal, *J. Priv. Int'l L.* 3 (2007), 29–52.
- Langen, Eugen: Vom Internationalen Privatrecht zum Transnationalen Handelsrecht, *NJW* 1969, 358–360.
- : Transnationales Handelsrecht, *NJW* 1969, 2229–2233.
- Langenbucher, Katja/Bliesener, Dirk H./Spindler, Gerald (Hrsg.): Bankrechts-Kommentar, 3. Aufl., München 2020 (zit. *Bearbeiter*; in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar).
- Legrand, Pierre: European Legal Systems Are Not Converging, *Int'l & Comp. L. Q.* 45 (1996), 52–81.



- Lehmann, Matthias*: Die Schiedsfähigkeit wirtschaftsrechtlicher Streitigkeiten als transnationales Rechtsprinzip, Baden-Baden 2003.
- : Wertpapierhandel als schiedsfreie Zone? – Zur Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen nach § 37h WpHG, *SchiedsVZ* 2003, 219–226.
  - : Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws, *Vand. J. Transnat'l L.* 41 (2008), 381–434.
  - : Primat der Wirtschaft oder Primat des Rechts?, in: Zetsche, Dirk (Hrsg.), *Recht und Wirtschaft. Jb. J. ZivRWiss.* 2007, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2008, 25–48.
  - : Finanzinstrumente. Vom Wertpapier- und Sachenrecht zum Recht der unkörperlichen Vermögensgegenstände, Tübingen 2009.
  - : Reform der Derivatmärkte – transatlantischer Kampf um Wettbewerbsfähigkeit, *Recht der Finanzinstrumente* 2011, 300–309.
  - : Kommunale Swap-Verträge: Wirksamkeit und Beratungspflicht nach neuer BGH-Rechtsprechung (zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 28.4.2015 – XI ZR 378/13), *ZBB* 2015, 282–294.
  - : Vom internationalen Kapitalmarktrecht zum globalen Finanzmarktrecht, in: Benicke, Christoph/Huber, Stephan (Hrsg.), *National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht. Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag*, Bielefeld 2020, 1061–1072.
- Lehmann, Matthias/Eichmüller, Paul*: Internationale Zuständigkeit bei kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten, *BKR* 2023, 1–12.
- Lehmann, Matthias/Flöther, Lucas/Gurlit, Elke*: Die Wirksamkeit von Close-out-netting Klauseln in Finanzderivaten nach § 104 InsO n. F., *WM* 2017, 597–605.
- Leible, Stefan*: Außenhandel und Rechtssicherheit, *ZVglRWiss* 97 (1998), 286–319.
- : Gerichtsstandsklauseln und EG-Klauselrichtlinie, *RIW* 2001, 422–431.
  - : Parteiautonomie im IPR – Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?, in: Mansel, Heinz-Peter/Pfeiffer, Thomas/Kronke, Herbert/Kohler, Christian/Hausmann, Rainer (Hrsg.), *Festschrift für Erik Jayme*, Band 1, München 2004, 485–503.
  - : Kollisionsrecht und vertikaler Regulierungswettbewerb, *RabelsZ* 76 (2012), 374–400.
- Leible, Stefan/Domröse, Ronny*: Die primärrechtskonforme Auslegung, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre. Grundfragen der Methoden des Europäischen Privatrechts*, 4. Aufl., Berlin/Boston 2021, 209–242.
- Leible, Stefan/Lehmann, Matthias*: Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“), *RIW* 2008, 528–544.
- Leible, Stefan/Terhechte, Jörg Philipp* (Hrsg.): *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden 2021 (zit. *Bearbeiter*; *Leible/Terhechte* (Hrsg.), *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht*).
- Leible, Stefan/Wilke, Felix M.*: Funktionale Überlegungen zur kollisionsrechtlichen Wahl nicht-staatlicher Regelwerke, in: Benicke, Christoph/Huber, Stephan (Hrsg.), *National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht. Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag*, Bielefeld 2020, 297–309.
- Lenz, Carl Otto/Borchardt, Klaus-Dieter* (Hrsg.): *EU-Verträge Kommentar: EUV – AEUV – GRCh*, 6. Aufl., Köln 2013 (zit. *Bearbeiter*; in: *Lenz/Borchardt* (Hrsg.), *EU-Verträge Kommentar*).
- Lepsius, Oliver*: Kontextualisierung als Aufgabe von Rechtswissenschaft, *JZ* 2019, 793–802.
- Lerch, Kent D.*: Vom Kerbholz zur Konzernbilanz? Wege und Holzwege einem autonomen Recht der *global economy*, *Rg* 5 (2004), 107–127.
- Lessig, Lawrence*: *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York 1999.

- Leuschner, Lars*: Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle, AcP 207 (2007), 491–529.
- : AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr – Zu den Grundlagen einer Reformdebatte –, JZ 2010, 875–884.
- : Reformvorschläge für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr, ZIP 2015, 1045–1052.
- (Hrsg.): AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: Leuschner (Hrsg.), AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr).
- Levit, Janet Koven*: A Bottom-Up Approach to International Lawmaking: The Tale of Three Trade Finance Instruments, Yale J. Int'l L. 30 (2005), 125–209.
- : Bottom-Up Lawmaking: The Private Origins of Transnational Law, Ind. J. Global Legal Stud. 15 (2008), 49–73.
- : Bottom-Up Lawmaking Through a Pluralist Lens: The ICC Banking Commission and the Transnational Regulation of Letters of Credit, Emory L. J. 57 (2008), 1147–1225.
- Lew, Julian*: Achieving the Dream: Autonomous Arbitration, Arb. Int'l 22 (2006) 179–203.
- Leyens, Patrick C./Schäfer, Hans-Bernd*: Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen. Rechtsökonomische Überlegungen zu einer einheitlichen Konzeption von BGB und DCFR, AcP 210 (2010), 771–803.
- Lieb, Manfred*: Das Leitbild des Finanzierungs-Leasings im Spannungsfeld von Vertragsfreiheit und Inhaltskontrolle, DB 1988, 946–954.
- Liebscher, Thomas*: „Schiedsfähigkeit“ personengesellschaftsrechtlicher Beschlussmängelstreitigkeiten, in: Schütze, Rolf A./Klötzel, Thomas R./Gebauer, Martin (Hrsg.), Usus atque Scientia. Festschrift für Roderich C. Thümmel zum 65. Geburtstag am 23. Oktober 2020, Berlin/Boston 2020, 487–500.
- Lieder, Jan*: Legal Origins und empirische Rechtsvergleichung. Zur Bedeutung des Rechts für die Entwicklung von Kapitalmärkten und Corporate-Governance-Strukturen, ZVglRWiss 109 (2010), 216–264.
- Linarelli, John*: Global Legal Pluralism and Commercial Law, in: Berman, Paul Schiff (Hrsg.), The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism, Oxford/New York 2020, 689–745.
- Linhart, Karin*: Internationales Einheitsrecht und einheitliche Auslegung, Tübingen 2005.
- Linke, Hartmut/Hau, Wolfgang*: Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl., Köln 2021.
- Lionnet, Klaus/Lionnet, Annette*: Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl., Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2005.
- Lischek, Jan/Mahnken, Volker*: Vertragsverhandlungen zwischen Unternehmen und AGB – Anmerkungen aus der Sicht der Praxis, ZIP 2007, 158–163.
- Litten, Rüdiger/Bell, Matthias*: Kreditderivate – Neue Dokumentations-Standards als Reaktion auf die globale Finanzmarktkrise, WM 2011, 1109–1117.
- Llewellyn, Karl N.*: A Realistic Jurisprudence – The Next Step, Colum. L. Rev. 30 (1930), 431–465.
- : Book Review: The Standardization of Commercial Contracts in English and Continental Law, Harv. L. Rev. 52 (1939), 700–705.
- : The Common Law Tradition. Deciding Appeals, Boston/Toronto 1960.
- LMA*: Users Guide to the German Law Version of Form of Facility Agreement for Real Estate Finance Multiproperty Investment Transactions, London 2016.
- : Supplemental Users Guide to the German law version of the LMA recommended form for Primary Documents, London 2020.
- Lobinger, Thomas*: Perspektiven der Privatrechtsdogmatik am Beispiel des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts, AcP 216 (2016), 28–106.
- Locke, John*: Two Treatises of Government, London 1690.

- Lorenz, Egon*: Die Reform des deutschen IPR: Bemerkungen zu ihren Grundlagen, ZRP 1982, 148–156.
- : Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht, RIW 1987, 569–584.
- Lorenz, Werner*: Rechtsvergleichung als Methode zur Konkretisierung der allgemeinen Grundsätze des Rechts, JZ 1962, 269–275.
- Lowenfeld, Andreas F.*: Lex Mercatoria: An Arbitrator's View, Arb. Int'l 6 (1990), 133–150.
- : International Litigation and the Quest for Reasonableness, RdC 245 (1994), 9–319.
- Luhmann, Niklas*: Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart 1974.
- : Die Codierung des Rechtssystems, Rechtstheorie 17 (1986), 171–203.
- : Rechtssoziologie, 3. Aufl., Opladen 1987.
- : Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie, Frankfurt a. M. 1987.
- : Die Wirtschaft der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1988.
- : Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1993.
- : Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1997.
- Lurger, Brigitta*: Der Pluralismus der „lex mercatoria“, RJ 16 (1997), 705–725.
- Macaulay, Stewart*: Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study, Am. Soc. R. 28 (1963), 55–67.
- MacNeil, Ian R.*: Contracts – Adjustments of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law, Nw. U. L. Rev. 72 (1978), 854–905.
- : Relational Contracts: What We Do and What We Do Not Know, Wis. L. Rev. 1985, 483–525.
- Magnus, Robert*: Der grenzüberschreitende Bezug als Anwendungsvoraussetzung im europäischen Zuständigkeits- und Kollisionsrecht, ZEuP 2018, 507–540.
- Magnus, Ulrich*: Gerichtsstandsvereinbarungen im Vorschlag zur Reform der EuGVO, in: Kronke, Herbert/Thorn, Karsten (Hrsg.), Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011, Bielefeld 2011, 664–682.
- : Gerichtsstandsvereinbarungen unter der reformierten Brüssel I-VO, in: Witzleb, Normann/Ellger, Reinhard/Mankowski, Peter/Merkt, Hanno/Remien, Oliver (Hrsg.), Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag, Tübingen 2014, 785–802.
- : Sonderkollisionsnorm für das Statut von Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarung, IPRax 2016, 521–531.
- Maier-Reimer, Georg*: Englische Vertragssprache bei Geltung deutschen Rechts. Probleme in der Kautelarpraxis und mögliche Therapien mit Risiken und Nebenwirkungen, AnwBl 2010, 13–20.
- : AGB-Recht im unternehmerischen Geschäftsverkehr, NJW 2017, 1–6.
- Malinowski, Bronislaw*: Crime and Custom in Savage Society, London 1932.
- Mallmann, Roman A.*: Die Bedeutung der Schiedsvereinbarung im Verfahren zur Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche, SchiedsVZ 2004, 152–159.
- Mankowski, Peter*: Europäisches Internationales Privat- und Prozessrecht im Lichte der ökonomischen Analyse, in: Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen, Tübingen 2002, 118–151.
- : Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschaftsrechts, RIW 2003, 2–15.
- : Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR der Schuldverträge, IHR 2008, 133–152.
- : Rechtswahlklauseln und Gerichtsstandsvereinbarungen im Lichte der Spieltheorie, in: Eger, Thomas/Bigus, Jochen/Ott, Claus/von Wangenheim, Georg (Hrsg.), Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse. Internationalization of the Law and its Econo-

- mic Analysis. Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag, Wiesbaden 2008, 369–383.
- : Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 I Rom I-VO, RIW 2009, 98–118.
  - : Rom I-VO und Schiedsverfahren, RIW 2011, 30–44.
  - : Schiedsgerichte und die Verordnungen des europäischen Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, in: Kronke, Herbert/Thorn, Karsten (Hrsg.), Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011, Bielefeld 2011, 1012–1028.
  - : § 1051 ZPO und die europäischen IPR-Verordnungen, in: Geimer, Reinhold/Kaissis, Athanassios/Thümmel, Roderich C. (Hrsg.), *Ars aequi et boni in mundo*. Festschrift für Rolf A. Schütze zum 80. Geburtstag, München 2015, 369–385.
  - : Der Schutz von Gerichtsstandsvereinbarungen vor abredewidrigen Klagen durch Art. 31 Abs. 2 EuGVVO n. F., RIW 2015, 17–24.
  - : Brexit und das Internationale Privat- und Verfahrensrecht, *EuZW-Sonderausgabe* 1/2020, 3–13.
- Mann, Frederick A.*: *Lex Facit Arbitrum*, in: Sanders, Pieter (Hrsg.), *International Arbitration: liber amicorum* für Martin Domke, Den Haag 1967, 157–183.
- : Internationale Schiedsgerichte und nationale Rechtsordnung, *ZHR* 130 (1968), 97–129.
  - : Eingriffsgesetze und Internationales Privatrecht, in: Müller, Hermann/Soell, Klaus (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Gesetzgebung*. Festschrift für Eduard Wahl, Heidelberg 1973, 139–160.
- Mansel, Heinz-Peter*: *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität*. International-privat und -verfahrenrechtliche Untersuchung zu Mehrstaatern, einer Ausweichklausel für die Staatsangehörigkeitsanknüpfung und zum innerdeutschen Kollisionsrecht, München 1988.
- : Party Autonomy, Legal Doctrine on Choice of Law, and the General Section of the European Conflict of Laws, in: Leible, Stefan (Hrsg.), *General Principles of European Private International Law*, Alphen aan den Rijn 2016, 131–169.
- Martinek, Michael*: *Moderne Vertragstypen*. Band I: Leasing und Factoring, München 1991.
- Martiny, Dieter*: *Der deutsche Vorbehalt gegen Art. 7 Abs. 1 des EG-Schuldvertragsübereinkommens vom 19.6.1980 – seine Folgen für die Anwendung ausländischen zwingenden Rechts*, *IPRax* 1987, 277–280.
- : Die Bestimmung des anwendbaren Sachrechts durch das Schiedsgericht, in: Geimer, Reinhold (Hrsg.), *Wege zur Globalisierung des Rechts*. Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag, München 1999, 529–542.
- Mäsch, Gerald*: *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz*. Eine Untersuchung zu den Art. 29 I, 27 III und 34 EGBGB, Berlin 1993.
- Maultzsch, Felix*: *Parteiautonomie bei reinen Inlandsfällen im Internationalen Privat-, Prozess- und Schiedsverfahrensrecht*, in: Kronke, Herbert/Thorn, Karsten (Hrsg.), *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren*, Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011, Bielefeld 2011, 304–318.
- : Rechtswahl und *ius cogens* im Internationalen Schuldvertragsrecht, *RabelsZ* 75 (2011), 60–101.
  - : *Parteiautonomie im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht*, in: von Hein, Jan/Rühl, Giesela (Hrsg.), *Kohärenz im Europäischen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Tübingen 2016, 153–181.
  - : *Konkurrenz der Privatrechtsordnungen*, in: Kadelbach, Stefan (Hrsg.), *Wettbewerb der Systeme – System des Wettbewerbs in der EU*, Baden-Baden 2017, 47–78.

- : Forumsfremde Eingriffsnormen im Schuldvertragsrecht zwischen Macht- und Wertedenken, in: Benicke, Christoph/Huber, Stephan (Hrsg.), National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht. Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2020, 363–377.
- Maurer, Andreas*: Justizstandort Deutschland im globalen Wettbewerb, ZRP 2009, 88–90.
- : Die Inhaltskontrolle transnationalen Rechts. Zur Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im grenzüberschreitenden (See)handel und deren Folgen, TranState Working Papers, No. 122, 2010, abrufbar unter <<https://www.sfb597.uni-bremen.de/pages/download.php%3FID=163&SPRACHE=de&TABLE=AP&TYPE=PDF>>.
- : Lex Maritima. Grundzüge eines transnationalen Seehandelsrechts, Tübingen 2012.
- : The Creation of Transnational Law – Participatory Legitimacy of Privately Created Norms, ZenTra Working Papers in Transnational Studies No. 03/2012, 2012, abrufbar unter <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2179584](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2179584)>.
- : Transnationales Recht, in: Viellechner, Lars (Hrsg.), Verfassung ohne Staat. Gunther Teubners Verständnis von Recht und Gesellschaft, Baden-Baden 2019, 187–210.
- Maurer, Andreas/Renner, Moritz*: Kollisionsrechtliches Denken in der Rechtstheorie, in: Schramm, Edward/Frey, Wibke/Kähler, Lorenz/Müller-Mall, Sabine/Wapler, Friederike (Hrsg.), Konflikte im Recht – Recht der Konflikte. Tagungen des Jungen Forum Rechtsphilosophie, ARSP-Beiheft 125, Stuttgart 2010, 207–223.
- Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*: Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), RabelsZ 71 (2007), 225–344.
- McColgan, Peter*: Abschied vom Informationsmodell im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen, Tübingen 2020.
- McGuire, Mary-Rose*: Grenzen der Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahrensrecht? Über das Verhältnis zwischen der Rom-I-VO und § 1051 ZPO, SchiedsVZ 2011, 257–267.
- Meder, Stephan*: Die Krise des Nationalstaats und ihre Folgen für das Kodifikationsprinzip, JZ 2006, 477–484.
- : *Ius non scriptum* – Traditionen privater Rechtsetzung, 2. Aufl., Tübingen 2009.
- : Ungeschriebenes „Recht“ im transnationalen Raum am Beispiel der Corporate Governance Verhaltenscodices, in: Calliess, Gralf-Peter (Hrsg.), Transnationales Recht. Stand und Perspektiven, Tübingen 2014, 257–276.
- Medwig, Michael T.*: The New Law Merchant: Legal Rhetoric and Commercial Reality, Law & Pol’y Int’l Bus. 24 (1993), 589–516.
- Meessen, Karl M.*: Zu den Grundlagen des internationalen Wirtschaftsrechts, AöR 110 (1985), 398–418.
- Meincke, Eberhard/Hingst, Kai-Michael*: Der Kreditbegriff im deutschen Recht – de lege lata und de lege ferenda, WM 2011, 633–640.
- Melcher, Martina*: Zur Drittwirkung von Gerichtsstandsvereinbarungen nach der EuGVVO nF, GPR 2017, 246–255.
- Menger, Anton*: Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 5. Aufl., Tübingen 1927.
- Merkt, Hanno*: Investitionsschutz durch Stabilisierungsklauseln, Heidelberg 1990.
- : Angloamerikanisierung und Privatisierung der Vertragspraxis versus Europäisches Vertragsrecht, ZHR 171 (2007), 490–518.
- Merry, Sally Engle*: Legal Pluralism, Law & Soc’y Rev. 22 (1988), 869–896.
- Merryman, John H./Pérez-Perdomo, Rogelio*: The Civil Law Tradition, 4. Aufl., Stanford 2019.



- Mertens, Hans-Joachim*: Leges praeter legem. Helmut Coing zum 70. Geburtstag, AG 1982, 29–41.
- : Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff, *RabelsZ* 56 (1992), 219–241.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*: Der Kampf ums Recht in der offenen Gesellschaft, *Rechtstheorie* 20 (1989), 273–288.
- : Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts, *RJ* 10 (1991), 177–192.
- Metzger, Axel*: Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsprinzipien im Europäischen Privatrecht, Tübingen 2009.
- Michaels, Ralf*: Privatautonomie und Privatrechtskodifikation. Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien, *RabelsZ* 62 (1998), 580–626.
- : Three Paradigms of Legal Unification: National, International, Transnational, *ASIL Proceedings* 96 (2002), 333–336.
- : The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism, *Wayne L. Rev.* 51 (2005), 1209–1259.
- : Welche Globalisierung für das Recht? Welches Recht für die Globalisierung?, *RabelsZ* 69 (2005), 525–544.
- : The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State, *Ind. J. Global Legal Stud.* 14 (2007), 447–468.
- : Global Legal Pluralism, *Ann. Rev. Law Soc. Sci.* 5 (2009), 243–262.
- : Umdenken für die UNIDROIT-Prinzipien. Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil des transnationalen Vertragsrechts, *RabelsZ* 73 (2009), 866–888.
- : Die Struktur der kollisionsrechtlichen Durchsetzung einfach zwingender Normen, in: *Michaels, Ralf/Solomon, Dennis* (Hrsg.), *Liber Amicorum Klaus Schurig zum 70. Geburtstag*, München 2012, 191–210.
- : Global Problems in Domestic Courts, in: *Muller, Sam/Zouridis, Stavros/Frushman, Morly/Kistemaker, Laura* (Hrsg.), *The Law of the Future and the Future of Law*, Den Haag 2012, 165–175.
- : Party Autonomy – A New Paradigm without a Solid Foundation?, Vortrag vor der Japanese Association of Private International Law am 2. Juni 2013, abrufbar unter <[http://www.pilaj.jp/data/2013\\_0602\\_Party\\_Autonomy.pdf](http://www.pilaj.jp/data/2013_0602_Party_Autonomy.pdf)>.
- : The UNIDROIT Principles as a Global Background Law, *Unif. L. Rev.* 19 (2014), 643–668.
- : Was ist nichtstaatliches Recht? Eine Einführung, in: *Calliess, Galf-Peter* (Hrsg.), *Transnationales Recht. Stand und Perspektiven*, Tübingen 2014, 39–56.
- : Law and Recognition – Towards a Relational Concept of Law, in: *Roughan, Nicole/Halpin, Andrew* (Hrsg.), *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence*, Cambridge 2017, 90–115.
- : State Law as a Transnational Legal Order, *JITCL* 1 (2017), 141–160.
- : After the Backlash. A New PRIDE for Transnational Law, in: *Zumbansen, Peer* (Hrsg.), *The Many Lives of Transnational Law*, Cambridge 2020, 441–458.
- : Global Legal Pluralism and Conflict of Laws, in: *Berman, Paul Schiff* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford/New York 2020, 629–648.
- Milgrom, Paul R./North, Douglass C./Weingast, Barry R.*: The Role of Institutions in the Revival of Law: The Law Merchant, Private Judges, and the Champagne Fairs, *Economics & Politics* 2 (1990), 1–23.
- Mills, Alex*: *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge 2018.
- Mnookin, Robert H./Kornheuser, Lewis*: Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, *Yale L. J.* 88 (1979), 950–997.



- Möll, Lisa B.*: Kollidierende Rechtswahlklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Internationalen Vertragsrecht, Frankfurt a. M./Berlin/Bern/Wien 2012.
- Möller, Kolja*: Progressiver Konstitutionalismus oder marktliberale Rechtsstaatlichkeit? Zur Unbestimmtheit der Globalverfassung, *KJ* 2009, 239–252.
- Möllers, Christoph*: Globalisierte Jurisprudenz – Einflüsse relativierter Nationalstaatlichkeit auf das Konzept des Rechts und die Funktion seiner Theorie, in: Anderheiden, Michael/Huster, Stefan/Kirste, Stephan (Hrsg.), *Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts. Vorträge der 8. Tagung des Forum Junge Rechtsphilosophie, ARSP-Beiheft 79*, Stuttgart 2001, 41–60.
- : *Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich*, Tübingen 2005.
- : *Transnationale Behördenkooperation. Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung*, *ZaöRV* 65 (2005), 351–389.
- : *Staat als Argument*, 2. Aufl., Tübingen 2011.
- Möllers, Thomas M.J.*: Sekundäre Rechtsquellen. Eine Skizze zur Vermutungswirkung und zum Vertrauensschutz bei Urteilen, Verwaltungsvorschriften und privater Normsetzung, in: Bauer, Jobst-Hubertus/Kort, Michael/Möllers, Thomas M.J./Sandmann, Bernd (Hrsg.), *Festschrift für Herbert Buchner zum 70. Geburtstag*, München 2009, 649–665.
- Morgan, Glenn*: Market Formation and Governance in International Financial Markets: The Case of OTC Derivatives, *Hum. Relat.* 61 (2008), 637–660.
- Möslein, Florian*: *Dispositives Recht. Zwecke, Strukturen und Methoden*, Tübingen 2011.
- : *Regulatory Competition between Public and Private Rules*, in: Eidenmüller, Horst (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, München/Oxford/Baden-Baden 2013, 147–154.
- Mugasha, Agasha*: *The Law of Multi-Bank Financing: Syndications and Participations*, Montreal & Kingston/London/Buffalo 1997.
- : *International Financial Law: Is the Law Really „International“ and Is It „Law“ Anyway?*, *BFLR* 26 (2011), 381–450.
- Muir Watt, Horatia*: „Party Autonomy“ in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance, *ERCL* 6 (2010), 250–283.
- Müller, Werner/Griebeler, Carsten/Veil, Julia*: Für eine maßvolle AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, *BB* 2009, 2658–2665.
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV* – Gummert, Hans/Weipert, Lutz (Hrsg.), 5. Aufl., München 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 1).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina* (Hrsg.), 8., zum Teil 9. Aufl., München 2019 ff. (zit. *Bearbeiter*, in: *MüKo BGB*).
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch* – Drescher, Ingo/Fleischer, Holger/Schmidt, Karsten (Hrsg.), 4., zum Teil 5. Aufl., München 2019 ff. (zit. *Bearbeiter*, in: *MüKo HGB*).
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* – Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas (Hrsg.), 6. Aufl., München 2020 ff. (zit. *Bearbeiter*, in: *MüKo ZPO*).
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang* (Hrsg.): *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar*, 19. Aufl., München 2022 (zit. *Bearbeiter*, in: *Musielak/Voit* (Hrsg.), *ZPO*).
- Mustill, Michael J.*: *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years*, *Arb. Int'l* 4 (1988), 86–119.

- Nafziger, James A. R.*: Oregon's Conflicts Law Applicable to Contracts, *Willamette L. Rev.* 38 (2002), 397–426.
- Nagel, Heinrich/Gottwald, Peter*: Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl., Köln 2020.
- Neuhaus, Paul Heinrich*: Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, Berlin 1962.
- : Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1976.
- Neuhaus, Paul Heinrich/Kropholler, Jan*: Rechtsvereinheitlichung – Rechtsverbesserung?, *RabelsZ* 45 (1981), 73–90.
- Newman, Abraham L./Posner, Elliott*: Voluntary Disruptions. *International Soft Law, Finance, and Power*, Oxford 2018.
- Nickerson, Raymond S.*: Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises, *Rev. Gen. Psychol.* 2 (1998), 175–220.
- Nielsen, Peter Arnt*: A Global Framework for International Commercial Litigation, in: Benicke, Christoph/Huber, Stephan (Hrsg.), *National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht. Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag*, Bielefeld 2020, 415–432.
- Nishitani, Yuko*: Party Autonomy in Contemporary Private International Law. The Hague Principles on Choice of Law and East Asia, *JYIL* 59 (2016) 300–344.
- Nobel, Peter*: Globalization and International Standards with an emphasis on Finance Law, in: Nobel, Peter (Hrsg.), *International Standards and the Law*, Bern 2005, 43–66.
- Nolte, Martin*: Vereinbartes Recht am Beispiel der *lex sportiva*. Wechselwirkungen zwischen „*lex sportiva*“ und „*lex extra sportiva*“, in: Bumke, Christian/Röthel, Anne (Hrsg.), *Privates Recht*, Tübingen 2012, 107–118.
- North, Douglass C.*: *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge 1990.
- Northcraft, Gregory B./Neale, Margaret A.*: Experts, Amateurs, and Real Estate: An Anchoring-and-Adjustment Perspective on Property Pricing Decisions, *Org. Behav. Hum. Decis. Process.* 39 (1987), 84–97.
- Nueber, Michael*: Nochmals: Schiedsgerichtsbarkeit ist vom Anwendungsbereich der Rom I-VO nicht erfasst, *SchiedsVZ* 2014, 186–190.
- Nussbaum, Arthur*: *Deutsches Internationales Privatrecht – unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Rechts*, Tübingen 1932.
- Oetker, Hartmut (Hrsg.): *Handelsgesetzbuch. Kommentar*, 7. Aufl., München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: Oetker (Hrsg.), HGB).
- O'Hara, Erin*: Opting out of Regulation: A Public Choice Analysis of Contractual Choice of Law, *Vand. L. Rev.* 53 (2000), 1551–1604.
- O'Hara, Erin A./Ribstein, Larry E.*: From Politics to Efficiency in Choice of Law, *U. Chi. L. Rev.* 67 (2000), 1151–1232.
- : *The Law Market*, Oxford/New York 2009.
- Ostendorf, Patrick*: Anforderungen an einen genuinen Auslandsbezug bei der Rechtswahl im Europäischen Kollisionsrecht (zu Court of Appeal, 15.6.2017 – *Dexia Crediop S.P.A. v. Comune di Prato* [2017] EWCA Civ 428), *IPrax* 2018, 630–633.
- Paech, Philipp*: Close-out Netting, *Insolvency Law and Conflict-of-Laws*, in: *J.C.L.S.* 14 (2014), 419–452.
- Parella, Kishanthi*: Compliance as an Exchange of Legitimacy for Influence, in: Berman, Paul Schiff (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford/New York 2020, 769–785.
- Pargendler, Mariana*: The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide, *Yale J. Int'l L.* 43 (2018), 143–189.

- Patterson, Mark R.*: Standardization of Standard-Form Contracts: Competition and Contract Implications, *Wm. & Mary L. Rev.* 52 (2010), 327–414.
- Paulus, Christoph G.*: Multinationale Unternehmen und nationale Insolvenzrechte, *ZIP* 2014, 2374–2383.
- Paulus, David*: AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr – AGB, B2B, oh jemine? –, in: Bordiga, Francesco/Wais, Hannes (Hrsg.), *Inhalt und Grenzen der Privatautonomie in Deutschland und Italien*, Turin 2021, 89–107.
- Peiffer, Evgenia*: Schutz gegen Klagen im *forum derogatum*. Gültigkeit und Durchsetzung von Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Rechtsverkehr. Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung ökonomischer Aspekte, Tübingen 2013.
- Peiffer, Evgenia/Weiler, Marcus*: Vertraglicher Schadensersatzanspruch wegen Verletzung von Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen, *RIW* 2020, 321–331, 641–651.
- Perillo, Joseph M.*: Neutral Standardization of Contract Law, *Pace L. Rev.* 28 (2008), 179–194.
- Pertegas, Marta/Marshall, Brooke Adele*: Party Autonomy and its Limits: Convergence through the New Hague Principles on Choice of Law in Commercial Contracts, *Brook. J. Int'l L.* 39 (2014), 975–1003.
- Peters, Anne*: Wettbewerb von Rechtsordnungen, *VVDStRL* 69 (2009), 7–56.
- Pfeiffer, Thomas*: Gerichtsstandsklauseln und EG-Klauselrichtlinie, in: Geimer, Reinhold (Hrsg.), *Wege zur Globalisierung des Rechts. Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag*, München 1999, 671–683.
- : Aushandlung und Verhandlung von Vertragsklauseln im Unternehmensverkehr: Die Korrekturbedürftigkeit des deutschen AGB-Begriffs, *ZGS* 2004, 401.
- : Die Abwahl des deutschen AGB-Rechts in Inlandsfällen bei Vereinbarung eines Schiedsverfahrens, *NJW* 2012, 1169–1174.
- : Die Fortentwicklung des Europäischen Prozessrechts durch die neue EuGVO, *ZZP* 127 (2014), 409–430.
- : Die Haager Prinzipien des internationalen Vertragsrechts – Ausgewählte Aspekte aus der Sicht der Rom I-VO, in: Mankowski, Peter/Wurmnest, Wolfgang (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag*, München 2014, 501–513.
- : AGB-Kontrolle von Rechtswahlvereinbarungen und Fehlverständnisse beim Günstigkeitsvergleich (zu LG Hamburg, 2.9.2014 – 327 O 187/14), *IPRax* 2015, 320–323.
- : Funktion, Bedarf und Legitimität einer nicht-staatlichen Schiedsgerichtsbarkeit, in: *Gesellschaft für Rechtspolitik/Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier/Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law* (Hrsg.), *Bitburger Gespräche: Jahrbuch 2016*, München 2017, 13–29.
- Pistor, Katharina*: *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, New Jersey/Woodstock 2019.
- Pörnbacher, Karl/Zahn, Bastian*: Die Wahl deutschen Rechts unter Ausschluss der AGB-Kontrolle: Lösungsansätze für die Praxis aus der schiedsrechtlichen Perspektive, in: Schütze, Rolf A./Klötzel, Thomas R./Gebauer, Martin (Hrsg.), *Usus atque Scientia. Festschrift für Roderich C. Thümmel zum 65. Geburtstag am 23. Oktober 2020*, Berlin/Boston 2020, 617–632.
- Pound, Roscoe*: *Law in Books and Law in Action*, *Am. L. Rev.* 44 (1910), 12–36.
- Priest, George L.*: *The Rise of Law and Economics. An Intellectual History*, Abingdon/New York 2020.
- Prütting, Hanns*: Schadensersatz bei prorogationswidriger Klage, in: Althammer, Christoph/Schärtl, Christoph (Hrsg.), *Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre. Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2021, 497–500.

- Quack, Sigrid*: Governance durch Praktiker: Vom privatrechtlichen Vertrag zur transnationalen Rechtsnorm, in: Botzem, Sebastian/Hofmann, Jeanette/Quack, Sigrid/Schuppert, Gunnar Folke/Straßheim, Holger (Hrsg.), Governance als Prozess – Koordinationsformen im Wandel, Baden-Baden 2009, 575–605.
- Quinke, David*: Schiedsvereinbarungen und Eingriffsnormen – Zugleich Anmerkung zu OLG München, Urt. v. 17. Mai 2006, Az. 7 U 1781/06, SchiedsVZ 2007, 246–254.
- Rabel, Ernst*: Das Problem der Qualifikation, *RabelsZ* 5 (1931), 241–288.  
–: Das Recht des Warenkaufs, Band 1, Berlin 1936.
- Radbruch, Gustav*: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, *Süddeutsche JZ* 1946, 105–108.  
–: Einführung in die Rechtswissenschaft, 12. Aufl., Stuttgart 1969.  
–: Rechtsphilosophie, 8. Aufl., neu herausgegeben von Wolf, Erik, Stuttgart 1973.
- Raiser, Ludwig*: Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935.  
–: Vertragsfreiheit heute, *JZ* 1958, 1–8.  
–: Die Zukunft des Privatrechts, Berlin/New York 1971.  
–: Der Gegenstand des Wirtschaftsrechts, *ZHR* 143 (1979), 338–345.
- Randelzhofer, Albrecht*: § 17 Staatsgewalt und Souveränität, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Verfassungsstaat, Heidelberg 2004, 143–162.
- Rapp, Julian*: Asymmetrische Streitbeilegungsklauseln im internationalen Rechtsverkehr, *ZZP Int.* 24 (2019), 199–247.
- Rauch, Carsten/Kaufmann, Tobias*: Das Kreditkonsortium bei internationalen Konsortialverträgen – Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts?, *WM* 2018, 652–657.
- Rauch, Stephan*: Close-out Netting für Finanzunternehmen. Eine kritische Analyse unter besonderer Beachtung der Wechselwirkungen zwischen Insolvenz- und Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2017.
- Rauscher, Thomas*: Gerichtsstandsbeeinflussende AGB im Geltungsbereich des EuGVÜ, *ZZP* 104 (1991), 271–320.  
– (Hrsg.): Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Aufl., Köln 2021 ff. (zit. *Bearbeiter*, in: Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht).
- Rawls, John*: A Theory of Justice, überarbeitete Auflage, Cambridge, MA 1999.
- Reese, Willis L. M.*: Power of Parties to Choose Law Governing Their Contract, *ASIL Proceedings* 54 (1960), 49–56.
- Rehberg, Markus*: Spezifika des Systemwettbewerbs, in: Towfigh, Emanuel V./Schmolke, Klaus Ulrich/Petersen, Niels/Lutz-Bachmann, Sebastian/Lange, Anne-Kathrin/Grefrath, Holger (Hrsg.), Recht und Markt. Wechselbeziehungen zweier Ordnungen. Dokumentation der 49. Assistententagung Öffentliches Recht, Baden-Baden 2009, 29–51.
- Rehbinder, Eckard*: Zur Politisierung des Internationalen Privatrechts, *JZ* 1973, 151–158.
- Reifner, Udo*: Das Zinseszinsverbot im Verbrauchercredit, *NJW* 1992, 337–343.
- Reimann, Mathias*: Was ist wählbares Recht?, in: Verschraegen, Bea (Hrsg.), Rechtswahl. Grenzen und Chancen, Wien 2010, 1–31.
- Reinicke, Michael*: Der Satz von der „falsa demonstratio“ im Vertragsrecht, *JA* 1980, 455–463.
- Reithmann, Christoph/Martiny, Dieter (Hrsg.): Internationales Vertragsrecht. Das Internationale Privatrecht der Schuldverträge, 9. Aufl., Köln 2022 (zit. *Bearbeiter*, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht).
- Remien, Oliver*: Variationen zum Thema Eingriffsnormen nach Art. 9 Rom I-VO und Art. 16 Rom II-VO unter Berücksichtigung neuerer Rechtsprechung zu Art. 7 Römer Übereinkommen, in: Kronke, Herbert/Thorn, Karsten (Hrsg.), Grenzen überwinden – Prinzipien bewah-

- ren, Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011, Bielefeld 2011, 334–347.
- Renner, Moritz*: Towards a Hierarchy of Norms in Transnational Law?, *J. Int'l Arb.* 26 (2009), 533–555.
- : Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft? Öffentliche Interessen in privaten Rechtsregimes, *KJ* 2010, 62–69.
- : Zwingendes transnationales Recht. Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates, Baden-Baden 2010.
- : Die „Natur des Vertrags“ nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Soziologische Maßstabsbildung bei der AGB-Inhaltskontrolle, *AcP* 213 (2013), 677–717.
- : Kollisionsrecht und Konzernwirklichkeit in der transnationalen Unternehmensgruppe, *ZGR* 2014, 452–486.
- : Private Justice, Public Policy: The Constitutionalization of International Commercial Arbitration, in: Mattli, Walther/Dietz, Thomas (Hrsg.), *International Arbitration & Global Governance. Contending Theories and Evidence*, Oxford 2014, 117–139.
- : Transnationale Wirtschaftsverfassung, *RabelsZ* 78 (2014), 750–783.
- : Transnationalisierung in Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, in: Calliess, Graf-Peter (Hrsg.), *Transnationales Recht. Stand und Perspektiven*, Tübingen 2014, 225–237.
- : Transnationales Recht, in: Grundmann, Stefan/Micklitz, Hans-Wolfgang/Renner, Moritz (Hrsg.), *Privatrechtstheorie*, Tübingen 2015, 1871–1882.
- : Ordre Public und Eingriffsnormen: Konvergenzen und Divergenzen zwischen IPR und IZVR, in: von Hein, Jan/Rühl, Giesela (Hrsg.), *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union*, Tübingen 2016, 359–378.
- : Rezension zu Daniel Damler: Das gesetzlich privilegierte Muster im Privatrecht, *JZ* 2016, 955.
- : Treupflichten beim grenzüberschreitenden Konsortialkredit, *ZBB* 2018, 278–288.
- : Bankkonzernrecht, Tübingen 2019.
- : Zwingendes Recht als Teil einer Regelsetzungslehre des Privatrechts, in: Möslein, Florian (Hrsg.), *Regelsetzung im Privatrecht*, Tübingen 2019, 165–184.
- : Die rechtsmissbräuchliche Kündigung im Kredit- und Anleiherecht, in: Grundmann, Stefan/Merkt, Hanno/Mülbert, Peter O./Baum, Harald/Fleckner, Andreas M./von Hein, Jan/von Hippel, Thomas/Kumpan, Christoph/Leyens, Patrick C./Pistor, Katharina/Roth, Markus/Schweitzer, Heike/Steffek, Felix/Wellenhofer, Marina (Hrsg.), *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 80. Geburtstag am 24. August 2020*, Berlin/Boston 2020, 993–1007.
- : Vom Naturstudium zur Systemtheorie: Soziologische Ansätze im Wirtschaftsrecht, *Ancilla Iuris* 2020, 42–56.
- : Anleiherecht zwischen Vertrag und Markt, *ZHR* 185 (2021), 840–880.
- Renner, Moritz/Leidinger, Andreas*: Zur AGB-Kontrolle standardisierter Unternehmenskreditverträge, *BKR* 2015, 499–505.
- Rensmann, Thilo*: Anationale Schiedssprüche. Eine Untersuchung zu den Wirkungen anationaler Schiedssprüche im nationalen Recht, Berlin 1997.
- Rentsch, Bettina*: Krisenbewältigung durch konstitutionalisiertes Kollisionsrecht, oder: Eingriffsrecht als integraler Bestandteil des europäischen IPR, in: Bauerschmidt, Jonathan/Fassbender, Bardo/Müller, Michael Wolfgang/Siehr, Angelika/Unsel, Christopher (Hrsg.), *Konstitutionalisierung in Zeiten globaler Krisen*, Baden-Baden 2015, 255–300.
- Repgen, Tilman*: Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts, Tübingen 2001.



- Reuter, Dieter*: Das selbstgeschaffene Recht des internationalen Sports im Konflikt mit dem Geltungsanspruch des nationalen Rechts, DZWIR 1996, 1–9.
- Ribstein, Larry E.*: Choosing Law by Contract, J. Corp. L. 18 (1993), 245–300.
- Richter, Rudolf/Furubotn, Eirik G.*: Neue Institutionenökonomik. Eine Einführung und kritische Würdigung, 4. Aufl., Tübingen 2010.
- Rieländer, Frederick*: Schadensersatz wegen Klage vor einem aufgrund Gerichtsstandsvereinbarung unzuständigen Gericht, RabelsZ 84 (2020), 548–592.
- Ries, Felix*: Die Auslegung des Luganer Parallelübereinkommens nach der EuGVVO-Novelle. Eine Untersuchung am Beispiel der Regelungen zu Gerichtsstandsvereinbarungen, RIW 2019, 31–36.
- Riesenhuber, Karl*: Neue Methode und Dogmatik eines Rechts der Digitalisierung? Zu Grünbergers „responsiver Rechtsdogmatik“, AcP 219 (2019), 892–923.
- Riles, Annelise*: The Anti-Network. Private Global Governance, Legal Knowledge, and the Legitimacy of the State, in: Jansen, Niels/Michaels, Ralf (Hrsg.), Beyond the State: Rethinking Private Law (2008), 183–207.
- Ritchie, Tim*: The Founding Fathers: Origins of the LMA, in: Voisey, Nicholas/Slocombe, Amelia (Hrsg.), 20 Years in the Loan Market, London 2016, 16–18.
- Rohlfs, Jeffrey*: A Theory for Interdependent Demand for a Communication Service, Bell J. Econ. 5 (1974), 16–37.
- Romano, Roberta*: Law as a Product. Some Pieces of the Incorporation Puzzle, J. L. Econ. & Org. 1 (1985), 225–283.
- Rosenberg, Leo (Begr.)/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter*: Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018.
- Ross, Jonathan*: The case for P.R.I.M.E. Finance: P.R.I.M.E. Finance cases, CMLJ 7 (2012), 221–270.
- Roth, Wulf-Henning*: Verbraucherschutz über die Grenze. Anmerkungen zu BGH, 26.10.1993 – XI ZR 42/93, RIW 1994, 275–278.
- : Zur Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts, in: Mansel, Heinz-Peter/Pfeiffer, Thomas/Kronke, Herbert/Kohler, Christian/Hausmann, Rainer (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme, Band 1, München 2004, 757–772.
- : Rechtswahlklauseln in Verbraucherverträgen – eine schwierige Sache? (zu BGH, 19.7.2012 – I ZR 40/11), IPRax 2013, 515–524.
- Röthel, Anne*: Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica – Private Rechtsetzung jenseits des Nationalstaates?, JZ 2007, 755–763.
- Rousseau, Jean-Jacques*: Du contrat social ou Principes du droit politique, Amsterdam 1762.
- Ruffert, Matthias*: Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2004.
- Rühl, Giesela*: Das Haager Übereinkommen über die Vereinbarung gerichtlicher Zuständigkeiten: Rückschritt oder Fortschritt?, IPRax 2005, 410–415.
- : Die Kosten der Rechtswahlfreiheit: Zur Anwendung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte, RabelsZ 71 (2007) 559–596.
- : Die Wirksamkeit von Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im Lichte der Ingmar-Entscheidung des EuGH (zu OLG München, 17.05.2006 – 7 U 1781/06), IPRax 2007, 294–302.
- : Methods and Approaches in Choice of Law: An Economic Perspective, Berkeley J. Int'l L. 24 (2007), 801–841.
- : Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency, in: Gottschalk, Eckart/Michaels, Ralf/Rühl, Giesela/von Hein, Jan (Hrsg.), Conflict of Laws in a Globalized World, Cambridge 2007, 153–183.



- : Rechtswahlfreiheit im Europäischen Kollisionsrecht, in: Baetge, Dietmar/von Hein, Jan/von Hinden, Michael (Hrsg.), Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, Tübingen 2008, 187–209.
- : Effizienzprobleme bei grenzüberschreitenden Rechtsstreitigkeiten, in: Bork, Reinhard/Eger, Thomas/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts, Tübingen 2009, 335–376.
- : The Problems of International Transactions: Conflict of Laws Revisited, *J. Priv. Int'l L.* 6 (2010), 59–91.
- : Consumer Protection in Choice of Law, *Cornell Int'l L. J.* 44 (2011), 569–601.
- : Der Schutz des „Schwächeren“ im europäischen Kollisionsrecht, in: Kronke, Herbert/Thorn, Karsten (Hrsg.), Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011, Bielefeld 2011, 364–377.
- : Statut und Effizienz. Ökonomische Grundlagen des Internationalen Privatrechts, Tübingen 2011.
- : Regulatory Competition in Contract Law: Empirical Evidence and Normative Implications, *ERCL* 9 (2013), 61–89.
- : The Choice of Law Framework for Efficient Regulatory Competition in Contract Law, in: Eidenmüller, Horst (Hrsg.), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution, Baden-Baden/München/Oxford 2013, 287–303.
- : The Protection of Weaker Parties in the Private International Law of the European Union: A Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy, *J. Priv. Int'l L.* 10 (2014), 335–358.
- : Building Competence in Commercial Law in the Member States, Study for the JURI Committee of the European Parliament, 2018, abrufbar unter <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604980/IPOL\\_STU\(2018\)604980\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604980/IPOL_STU(2018)604980_EN.pdf)>.
- Rupp, Hans Heinrich*: § 31 Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Verfassungsstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2004, 879–927.
- Saenger Ingo (Hrsg.): Zivilprozessordnung. Handkommentar, 9. Aufl., Baden-Baden 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: Saenger (Hrsg.), HK-ZPO).
- Samtleben, Jürgen*: Das Börsentermingeschäft ist tot – es lebe das Finanztermingeschäft?, *ZBB* 2003, 69–77.
- : Der Art. 23 EuGVO als einheitlicher Maßstab für internationale Gerichtsstandsvereinbarungen, in: Arkan, Sabih/Yongalik, Aynur (Hrsg.), Festschrift für Tugrul Ansay zum 75. Geburtstag, Alphen aan den Rijn 2006, 343–362.
- : „Sandwich und Salat“ – Zur Inhaltskontrolle von Schiedsklauseln in Formularverträgen, in: Kronke, Herbert/Thorn, Karsten (Hrsg.), Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011, Bielefeld 2011, 1066–1076.
- : Schiedsgerichtsbarkeit und Finanztermingeschäfte – Der Schutz der Anleger vor der Schiedsgerichtsbarkeit durch § 37h WpHG (zu BGH, 8.6.2010 – XI ZR 349/08), *IPRax* 2011, 469–479.
- Samuelson, William/Zeckhauser, Richard*: Status Quo Bias in Decision Making, *J. Risk Uncertain.* 1 (1988), 7–59.
- Sandrock, Otto*: „Versteinerungsklauseln“ in Rechtswahlvereinbarungen für internationale Handelsverträge, in: Jayme, Erik/Kegel, Gerhard/Lutter, Marcus (Hrsg.), *Ius inter nationes*: Festschrift für Stefan Riesenfeld aus Anlaß seines 75. Geburtstages, Heidelberg 1983, 211–236.

- : Welches Kollisionsrecht hat ein Internationales Schiedsgericht anzuwenden?, RIW 1992, 785–795.
- Scelle, Georges*: Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel, in: Schätzel, Walter (Hrsg.), Rechtsfragen der internationalen Organisation: Festschrift für Hans Wehberg zu seinem 70. Geburtstag, Frankfurt a. M. 1956, 324–342.
- Schacherreiter, Judith*: Eingriffsnormen in der Rom I-VO zwischen Parteiautonomie und gesellschaftlichen Steuerungsinteressen, in: Verschraegen, Bea (Hrsg.), Rechtswahl. Grenzen und Chancen, Wien 2010, 69–84.
- Schack, Haimo*: „Anerkennung“ ausländischer Entscheidungen, in: Meller-Hannich, Caroline/Haertlein, Lutz/Gaul, Hans Friedhelm/Becker-Eberhard, Ekkehard (Hrsg.), Rechtslage – Rechtserkenntnis – Rechtsdurchsetzung. Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag, München 2015, 445–456.
- : Anerkennungs- und Vollstreckungsversagungsgründe im Europäischen Zivilprozessrecht, ZVgIRWiss 119 (2020), 237–253.
- : Internationales Zivilverfahrensrecht mit internationalem Insolvenzrecht und Schiedsverfahrensrecht, 8. Aufl., München 2021.
- Schäfer, Friederike*: Die Wahl nichtstaatlichen Rechts nach Art. 3 Abs. 2 des Entwurfs einer Rom I-VO – Auswirkungen auf das optionale Instrument des europäischen Vertragsrechts, GPR 2006, 54–59.
- Schäfer, Wolf*: Die Globalisierung ist eine Herausforderung, in: Hopt, Klaus J./Kantzenbach, Erhard/Straubhaar, Thomas (Hrsg.), Herausforderungen der Globalisierung, Göttingen 2003, 35–46.
- Schanze, Erich*: International Standards: Functions and Links to Law, in: Nobel, Peter (Hrsg.), International Standards and the Law, Bern 2005, 83–103.
- : Linking extra-legal codes to law: the role of international standards and other off-the-rack regimes, in: Zumbansen, Peer/Calliess, Graf-Peter (Hrsg.), Law, Economics and Evolutionary Theory, Cheltenham/Northampton 2011, 335–352.
- Schaper, Martin/Eberlein, Carl-Philipp*: Die Behandlung von Drittstaaten-Gerichtsstandsvereinbarungen vor europäischen Gerichten – de lege lata und de lege ferenda, RIW 2012, 43–49.
- Schelling, Thomas C.*: The Strategy of Conflict, überarbeitete Aufl., Cambridge, MA 1980.
- Schemmer, Franz*: Der ordre public-Vorbehalt unter der Geltung des Grundgesetzes, Frankfurt a. M./Berlin/Bern/Wien 1995.
- Scherer, Gabriele*: Das internationale Privatrecht als globales System, Dissertation Berlin 2005.
- Schill, Stephan W.*: The Multilateralization of International Investment Law, Cambridge 2009.
- Schinkels, Boris*: Die (Un-)Zulässigkeit einer kollisionsrechtlichen Wahl der UNIDROIT Principles nach Rom I: Wirklich nur eine Frage der Rechtspolitik?, GPR 2007, 106–111.
- Schlesinger, Rudolf B.*: The Past and Future of Comparative Law, Am. J. Comp. L. 43 (1995), 477–481.
- Schlosser, Peter*: Common Law Undertakings aus deutscher Sicht, RIW 2001, 81–93.
- Schlosser, Peter/Hess, Burkhard*: EU-Zivilprozessrecht. Kommentar, 5. Aufl., München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: Schlosser/Hess, EU-Zivilprozessrecht).
- Schmidt, Karsten*: Das Zinseszinsverbot, JZ 1982, 829–835.
- : Lex Mercatoria: Allheilmittel? Rätsel? Chimäre?, in: Murakami, Junichi/Marutschke, Hans-Peter/Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Globalisierung und Recht. Beiträge Japans und Deutschlands zu einer internationalen Rechtsordnung im 21. Jahrhundert, Berlin/Boston 2007, 153–176.
- : Schiedsklauseln in Personengesellschaftsverträgen, NZG 2018, 121–127.

- Schmidt-Ahrens, Nils/Höttler, Philipp*: Anwendbares Recht bei Schiedsverfahren mit Sitz in Deutschland, *SchiedsVZ* 2011, 267–276.
- Schmidt-Trenz, Hans-Jörg*: Außenhandel und Territorialität des Rechts. Grundlegung einer Neuen Institutionenökonomik des Außenhandels, Baden-Baden 1990.
- Schmidtchen, Dieter*: Territorialität des Rechts, Internationales Privatrecht und die privatautonome Regelung internationaler Sachverhalte. Grundlagen eines interdisziplinären Forschungsprogramms, *RabelsZ* 59 (1995), 56–112.
- : Lex Mercatoria und die Evolution des Rechts, in: Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen, Tübingen 2002, 1–31.
- Schmidtchen, Dieter/Schmidt-Trenz, Hans-Jörg*: Neue Institutionenökonomik Internationaler Transaktionen, *WiSt* 2003, 215–225.
- Schmitthoff, Clive M.*: International Business Law: A New Lew Merchant, in: MacDonald, Ronald St. John (Hrsg.), *Current Law and Social Problems*, II, Toronto 1961, 129–153.
- : Das neue Recht des Welthandels, *RabelsZ* 28 (1964), 47–77.
- : Die künftigen Aufgaben der Rechtsvergleichung, *JZ* 1978, 495–499.
- Scholze, Herbert*: Das Konsortialgeschäft der deutschen Banken, Band 1, Berlin 1973.
- Schroeder, Hans-Patrick*: Die lex mercatoria – Rechtsordnungsqualität und demokratische Legitimation, in: Witt, Carl-Heinz/Casper, Matthias/Bednarz, Liane/Gebauer, Martin/Gernoth, Jan/Grahn, Markus/Haubold, Jens/Huber, Stefan/Schulze, Götz/Teichmann, Christoph/Witteborg, Nika (Hrsg.), *Die Privatisierung des Privatrechts – rechtliche Gestaltung ohne staatlichen Zwang*, *Jb. J. ZivRWiss.* 2002, Stuttgart/München 2003, 257–279.
- : Die lex mercatoria arbitralis. Strukturelle Transnationalität und transnationale Rechtsstrukturen im Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, München 2007.
- Schultz, Thomas*: Secondary Rules of Recognition and Relative Legality in Transnational Regimes, *Am. J. Juris.* 56 (2011), 59–88.
- Schulze, Götz*: Der anationale Geltungsgrund der UNIDROIT-Principles, in: Kronke, Herbert/Thorn, Karsten (Hrsg.), *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren*, Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011, Bielefeld 2011, 856–864.
- Schulze, Reiner (Hrsg.): *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, 11. Aufl., Baden-Baden 2021 (zit. *Bearbeiter*; in: R. Schulze (Hrsg.), *HK-BGB*).
- Schurig, Klaus*: Zwingendes Recht, „Eingriffsnormen“ und neues IPR, *RabelsZ* 54 (1990), 217–248.
- Schütze, Rolf A.*: Die Bedeutung des effektiven Schiedsorts im internationalen Schiedsverfahren, in: Kronke, Herbert/Thorn, Karsten (Hrsg.), *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren*, Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011, Bielefeld 2011, 1077–1086.
- : Kollisionsrechtliche Probleme der Schiedsvereinbarung, insbesondere der Erstreckung ihrer Bindungswirkung auf Dritte, *SchiedsVZ* 2014, 274–278.
- : Probleme der Verbürgung der Gegenseitigkeit bei der Anerkennung ausländischer Zivilurteile, in: Witzleb, Normann/Ellger, Reinhard/Mankowski, Peter/Merkt, Hanno/Remien, Oliver (Hrsg.), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2014, 825–836.
- Schütze, Rolf A./Thümmel, Roderich*: *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 7. Aufl., München 2021.
- Schütze, Rolf A./Tscherning, Dieter/Wais, Walter*: *Handbuch des Schiedsverfahrens*, 2. Aufl., Berlin/New York 1990.
- Schütze, Rolf A./Vorpeil, Klaus*: *Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr*, 7. Aufl., Frankfurt a. M. 2016.

- Schwab, Karl Heinz/Walter, Gerhard*: Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., Basel/Genf/München 2005.
- Schwarcz, Steven L.*: Private Ordering, *Nw. U. L. Rev.* 97 (2002), 319–349.
- Schwark, Eberhard/Zimmer, Daniel* (Hrsg.): Kapitalmarktrechts-Kommentar, 5. Aufl., München 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar).
- Schwartz, Richard D.*: Social Factors in the Development of Legal Control: A Case Study of Two Israeli Settlements, *Yale L. J.* 63 (1954), 471–491.
- Sebastianutti, Paul*: What is this thing called international financial law? Part 1, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 3 (2009), 64–71.
- : What is this thing called international financial law? Part 2, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 3 (2009), 155–167.
- : What is this thing called international financial law? Part 4, *Law & Fin. Mkt. Rev.* 3 (2009), 348–367.
- Seinecke, Ralf*: Das Recht des Rechtspluralismus, Tübingen 2015.
- : Vertragsnetzwerke, in: Viellechner, Lars (Hrsg.), *Verfassung ohne Staat. Gunther Teubners Verständnis von Recht und Gesellschaft*, Baden-Baden 2019, 131–158.
- Shaffer, Gregory*: How Business Shapes Law: A Socio-Legal Framework, *Conn. L. Rev.* 42 (2009), 147–183.
- : Theorizing Transnational Legal Ordering, *Ann. Rev. Law Soc. Sci.* 12 (2016), 231–253.
- Shaffer, Gregory/Halliday, Terence*: With, Within, and Beyond the State: The Promise and Limits of Transnational Legal Ordering, in: Zumbansen, Peer (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Transnational Law*, Oxford/New York 2021, 987–1004.
- Siehr, Kurt*: Sachrecht im IPR, transnationales Recht und *lex mercatoria*, in: Holl, Wolfgang/Klinke, Ulrich (Hrsg.), *Internationales Privatrecht, Internationales Wirtschaftsrecht. Referate eines Symposiums der Alexander-von-Humboldt-Stiftung*, Köln/Berlin/Bonn/München 1985, 103–126.
- : Ausländische Eingriffsnormen im inländischen Wirtschaftskollisionsrecht, *RabelsZ* 52 (1988), 41–103.
- : Vom universellen zum globalen IPR – Zur jüngsten Geschichte und Entwicklung des Internationalen Privatrechts, in: Mansel, Heinz-Peter/Pfeiffer, Thomas/Kronke, Herbert/Kohler, Christian/Hausmann, Rainer (Hrsg.), *Festschrift für Erik Jayme*, Band 1, München 2004, 873–886.
- : Der *ordre public* im Zeichen der Europäischen Integration: Die Vorbehaltsklausel und die EU-Binnenbeziehung, in: Kronke, Herbert/Thorn, Karsten (Hrsg.), *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren*, Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011, Bielefeld 2011, 424–436.
- Siekman, Robert C.R./Soek, Janwillem* (Hrsg.): *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, Den Haag 2012.
- Siems, Mathias M.*: Statistische Rechtsvergleichung, *RabelsZ* 72 (2008), 354–390.
- Simotta, Daphne-Ariane*: Zur materiellen Nichtigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen (Art. 25 Abs. 1 S. 1 EuGVVO), in: Geimer, Reinhold/Kaissis, Athanassios/Thümmel, Roderich C. (Hrsg.), *Ars aequi et boni in mundo. Festschrift für Rolf A. Schütze zum 80. Geburtstag*, München 2015, 541–551.
- Slobodian, Quinn*: *Globalists. The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Cambridge, MA/London 2018.
- Smith, Adam*: *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Neudruck, Chicago 1976.
- Snyder, David V.*: Private Lawmaking, *Ohio St. L. J.* 64 (2003), 371–447.

- Solomon, Dennis*: Das Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen von 2019 und die internationale Anerkennungszuständigkeit, in: Schütze, Rolf A./Klötzel, Thomas R./Gebauer, Martin (Hrsg.), *Usus atque Scientia*. Festschrift für Roderich C. Thümmel zum 65. Geburtstag am 23. Oktober 2020, Berlin/Boston 2020, 873–892.
- Sommerfeld, Antonia*: AGB-Reform und Rechtsflucht. Bedeutung der Rechtsflucht für die AGB-Reformdebatte im unternehmerischen Rechtsverkehr, Tübingen 2021.
- Sonnenberger, Hans-Jürgen*: Eingriffsrecht – das trojanische Pferd im IPR oder notwendige Ergänzung?, *IPRax* 2003, 104–116.
- : Grenzen der Verweisung durch europäisches internationales Privatrecht, *IPRax* 2011, 325–335.
- Sonnentag, Michael*: Anerkennungs- und Vollstreckbarkeitshindernisse im autonomen deutschen Recht, *ZVglRWiss* 113 (2014), 83–95.
- Spickhoff, Andreas*: Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten, *RabelsZ* 56 (1992), 116–140.
- Spindler, Gerald/Hupka, Jan*: Bindungswirkung von Standards im Kapitalmarktrecht, in: Möllers, Thomas M. J. (Hrsg.), *Geltung und Faktizität von Standards*, Baden-Baden 2009, 117–141.
- Stark, Johanna*: *Law for Sale. A Philosophical Critique of Regulatory Competition*, Oxford/New York 2019.
- Stauder, Clemens*: Die Billigkeitsentscheidung in der Handelsschiedsgerichtsbarkeit – Rechtliche und tatsächliche Probleme des § 1051 Abs. 3 ZPO, *SchiedsVZ* 2014, 287–293.
- Staudinger, Ansgar/Steinrötter, Björn*: Das neue Zuständigkeitsregime bei zivilrechtlichen Auslandssachverhalten, *JuS* 2015, 1–8.
- Staudinger, Julius von (Begr.): *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen*, Neubearbeitungen, München 2015 ff. (zit. *Bearbeiter*, in: Staudinger).
- Steil, Benn/Hinds, Manuel*: *Money, Markets, and Sovereignty*, New Haven 2009.
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin (Begr.)/Bork, Reinhard/Roth, Herbert (Hrsg.): *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 23. Aufl., Tübingen 2014 ff. (zit. *Bearbeiter*, in: Stein/Jonas, ZPO).
- Stein, Torsten/von Buttlar, Christian/Kotzur, Markus*: *Völkerrecht*, 14. Aufl., München 2017.
- Stein, Ursula*: *Lex mercatoria. Realität und Theorie*, Frankfurt a. M. 1995.
- Steinbrück, Ben/Lieberknecht, Markus*: Grenzüberschreitende Zivilverfahren nach dem Brexit, *EuZW* 2021, 517–524.
- Stoffels, Markus*: Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge. Rechtsfindung und Inhaltskontrolle, Tübingen 2001.
- : Schranken der Inhaltskontrolle, *JZ* 2001, 843–849.
- Stoll, Hans*: Rechtliche Inhaltskontrolle bei internationalen Handelsgeschäften, in: Musielak, Hans-Joachim/Schurig, Klaus (Hrsg.), *Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag*: 26. Juni 1987, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1987, 623–662.
- Stolleis, Michael*: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Zweiter Band: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914, München 1992.
- Stone Sweet, Alec*: The New Lex Mercatoria and Transnational Governance, *J. Eur. Public Policy* 13 (2006), 627–646.
- Storck, Christian/Zerey, Jean-Claude*: § 8 Credit Default Swaps/Vertragsgestaltung, in: Zerey, Jean-Claude (Hrsg.), *Finanzderivate. Rechtshandbuch*, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, 206–261.
- Story, Joseph*: *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic*, Boston 1834.



- Stoufflet, Jean*: L'oeuvre normative de la Chambre commerce internationale dans le domaine bancaire, in: Fouchard, Philippe/Kahn, Philippe/Lyon-Caen, Antoine (Hrsg.), *Le droit des relations économiques internationaux: études offertes à Berthold Goldman*, Paris 1982, 361–371.
- Streinz, Rudolf (Hrsg.): *EUV/AEU*, 3. Aufl., München 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: Streinz (Hrsg.), *EUV/AEU*).
- Streit, Manfred E.*: Systemwettbewerb im europäischen Integrationsprozess, in: Immenga, Ulrich (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden 1996 521–535.
- Streit, Manfred E./Mangels, Antje*: Privatautonomes Recht und grenzüberschreitende Transaktionen, *ORDO* 47 (1996), 73–100.
- Sturm, Fritz*: Fakultatives Kollisionsrecht: Notwendigkeit und Grenzen, in: Bernstein, Herbert/Drobnig, Ulrich/Kötz, Hein (Hrsg.), *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1981, 329–351.
- Stürner, Michael*: Europäisierung des (Kollisions-)Rechts und nationaler ordre public, in: Kronke, Herbert/Thorn, Karsten (Hrsg.), *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren*, *Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011*, Bielefeld 2011, 463–482.
- : Politische Interessen und Internationales Privatrecht, in: Benicke, Christoph/Huber, Stephan (Hrsg.), *National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht*. *Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag*, Bielefeld 2020, 557–568.
- Stürner, Rolf*: Markt und Wettbewerb über alles? Gesellschaft und Recht im Fokus neoliberaler Marktideologie, München 2007.
- : Privatautonomie und Wettbewerb unter der Hegemonie der angloamerikanischen Rechtskultur?, *AcP* 210 (2010), 105–155.
- Symeonides, Symeon C.*: Contracts Subject to Non-State Norms, *Am. J. Comp. L.* 54 (2006), 209–231.
- Tamanaha, Brian Z.*: The Folly of the ‘Social Scientific’ Concept of Legal Pluralism, *J. Law Soc.* 20 (1993), 192–217.
- : The Internal/External Distinction and the Notion of a “Practice” in Legal Theory and Socio-legal Studies, *Law & Soc’y Rev.* 30 (1996), 163–204.
- Teece, David J.*: Transactions Cost Economics and the Multinational Enterprise: An Assessment, *J. Econ. Behav. Organ.* 7 (1986), 21–45.
- Tercier, Pierre*: Rechtsdurchsetzung ohne Staat. Schiedsgerichtsbarkeit als Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit, in: Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), *Rechtsdurchsetzung ohne Staat*. *Vorträge der Plenarsitzung und Eröffnungssitzung der 36. Tagung für Rechtsvergleichung am 14. September 2017 in Basel*, Tübingen 2019, 45–63.
- Teubner, Gunther*: Standards und Direktiven in Generalklauseln. Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht, Frankfurt a. M. 1971.
- : Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, *ARSP* 68 (1982), 13–59.
- : Episodenverknüpfung: Zur Steigerung von Selbstreferenz im Recht, in: Baecker, Dirk/Markowitz, Jürgen/Stichweg, Rudolf/Tyrell, Hartmann/Willke, Helmut (Hrsg.), *Theorie als Passion*. *Niklas Luhmann zum 60. Geburtstag*, Frankfurt a. M. 1987, 423–446.
- : Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, *RJ* 15 (1996), 255–290.



- : *Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems*, Am. J. Comp. L. 45 (1997), 149–169.
- : *Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft?*, in: Simon, Dieter/Weiss, Manfred (Hrsg.), *Zur Autonomie des Individuums: Liber Amicorum Spiros Simitis*, Baden-Baden 2000, 437–453.
- : *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, ZaöRV 63 (2003), 1–28.
- : *Selbst-Konstitutionalisierung transnationaler Unternehmen? Zur Verknüpfung „privater“ und „staatlicher“ Corporate Codes of Conduct*, in: Grundmann, Stefan/Haar, Brigitte/Merkt, Hanno/Mülbert, Peter O./Wellenhofer, Marina/Baum, Harald/von Hein, Jan/von Hippel, Thomas/Pistor, Katharina/Roth, Markus/Schweitzer, Heike (Hrsg.), *Unternehmen, Markt und Verantwortung. Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010*, Berlin/Boston 2010, 1449–1469.
- : *Rechtswissenschaft und -praxis im Kontext der Sozialtheorie*, in: Grundmann, Stefan/Thiesen, Jan (Hrsg.), *Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich. Interdisziplinäres Denken in Rechtswissenschaft und -praxis*, Tübingen 2015, 145–168.
- The World Bank (Hrsg.): *Doing Business Report 2020*, Washington, D.C. 2020, abrufbar unter <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>>.
- Thiede, Thomas: *Die Rechtswahl in den Römischen Verordnungen*, in: Verschraegen, Bea (Hrsg.), *Rechtswahl. Grenzen und Chancen*, Wien 2010, 51–67.
- Thole, Christoph: *Missbrauchskontrolle im Europäischen Zivilverfahrensrecht*, ZZP 122 (2009), 423–447.
- : *Grenzen vorinsolvenzlicher Lösungsklauseln*, ZHR 181 (2017), 548–580.
- Thoma, Ioanna: *Die Europäisierung und Vergemeinschaftung des nationalen ordre public*, Tübingen 2007.
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans (Begr.): *Zivilprozessordnung*, 43. Aufl., München 2022 (zit. *Bearbeiter*, in: Thomas/Putzo, ZPO).
- Thon, Marian: *AGB-Kontrolle und Drittwirkung von Gerichtsstandsvereinbarungen im Anwendungsbereich der EuGVVO – Rolle rückwärts in puncto Rechtssicherheit? (zu EuGH, 18.11.2020 – Rs. C-519/19 – Ryanair DAC ./ Delayfix)*, IPRax 2022, 236–243.
- Thorn, Karsten/Nickel, Moritz: *Der Schutz der strukturell unterlegenen Partei vor Schiedsverfahren (zu OGH, 1.3.2017 – 5 Ob 72/16y)*, IPRax 2018, 541–549.
- Thorn, Karsten/Thon, Marian: *Der Auslandsbezug im IPR*, in: Benicke, Christoph/Huber, Stephan (Hrsg.), *National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht. Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag*, Bielefeld 2020, 569–583.
- Thume, Karl-Heinz: *Anmerkung zu OLG München, Urteil vom 17.05.2006 – 7 U 1781/06, IHR 2006*, 166–170.
- Tiebout, Charles M.: *A Pure Theory of Local Expenditure*, J. Political Econ. 64 (1956), 416–424.
- Tomuschat, Christian: *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course of Public International Law*, RdC 281 (1999), 11–438.
- Triebel, Volker: *Der Kampf ums anwendbare Recht*, AnwBl 2008, 305–308.
- Triebel, Volker/Vogener, Stefan: *Englisch als Vertragssprache – Fallstricke und Fehlerquellen* –, München 2018.
- Triepel, Heinrich: *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, Nachdruck, Aalen 1958.
- Trinkner, Reinhold: *Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17.5.1972 – VIII ZR 76/71, BB 1972*, 764–768.

- Trunk, Alexander*: Direct Jurisdiction – What Rules (if any) for Relations with Third Countries?, in: Trunk, Alexander/Hatzimihail, Nikitas (Hrsg.), EU Civil Procedure Law and Third Countries. Which Way Forward?, Baden-Baden 2021, 37–51.
- Ulmer, Peter/Brandner, Hans E./Hensen, Horst-Diether (Hrsg.): AGB-Recht. Kommentar, 13. Aufl., Köln 2022 (zit. *Bearbeiter*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), AGB-Recht).
- Vagts, Detlef F./Dodge, William S./Koh, Harold Hongju/Buxbaum, Hanna L.*: Transnational Business Problems, 6. Aufl., St. Paul 2019.
- van Aaken, Anne*: Transnationales Kooperationsrecht nationaler Aufsichtsbehörden als Antwort auf die Herausforderung globalisierter Finanzmärkte, in: Möllers, Christoph/Voßkuhle, Andreas/Walter, Christian (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, Tübingen 2007, 219–257.
- Várady, Tibor/Barceló III., John J./Kröll, Stefan/von Mehren, Arthur T.*: International Commercial Arbitration. A Transnational Perspective, 7. Aufl., St. Paul 2019.
- Veneziano, Anna*: The Soft Law Approach to Unification of International Commercial Contract Law: Future Perspectives in Light of UNIDROIT's Experience, Vill. L. Rev. 58 (2013), 521–528.
- Vesco, Stephan*: Die Erfindung der ökonomischen Rechtswissenschaft. Eine kritische Rekonstruktion von Jhering zu Posner, Weilerswist 2021.
- Vesting, Thomas*: Kein Anfang und kein Ende. Die Systemtheorie des Rechts als Herausforderung für Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik, JURA 2001, 299–305.
- : Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, VVDStRL 63 (2004), 41–70.
- Viellechner, Lars*: Responsiver Rechtspluralismus, Der Staat 51 (2012), 559–580.
- : Transnationalisierung des Rechts, Weilerswist 2013.
- : Verfassung ohne Staat, in: Viellechner, Lars (Hrsg.), Verfassung ohne Staat. Gunther Teubners Verständnis von Recht und Gesellschaft, Baden-Baden 2019, 11–35.
- Vischer, Frank*: The Relevance of the UNIDROIT Principles for Judges and Arbitrators in Disputes Arising out of International Contracts, EJLR 1 (1999), 203–216.
- Vogenauer, Stefan*: Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence, ERPL 21 (2013), 13–78.
- (Hrsg.): Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2. Aufl., Oxford 2015.
- Vogenauer, Stefan/Hodges, Christopher*: Civil Justice Systems in Europe: Implications for Choice of Forum and Choice of Contract Law – A Business Survey, 2008, verfügbar unter <[https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2013/12/oxford\\_civil\\_justice\\_survey\\_-\\_summary\\_of\\_results\\_final.pdf](https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2013/12/oxford_civil_justice_survey_-_summary_of_results_final.pdf)>.
- Vogenauer, Stefan/Weatherill, Stephen*: The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law—an Empirical Contribution to the Debate, in: Vogenauer, Stefan/Weatherill, Stephen (Hrsg.), Harmonisation of European Contract Law: Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice, Oxford/Portland 2006, 105–144.
- Vogl, Thorsten*: Zur Beurteilung der Formgültigkeit einer Schiedsvereinbarung mit einem Verbraucher bei einer auf sie bezogenen Rechtswahl (Anmerkung zu BGH v. 22.3.2011 – XI ZR 197/08, BGH v. 22.3.2011 – XI ZR 592/07), EWiR 2011, 791–792.
- Voigt, Stefan*: Are International Merchants Stupid? Their Choice of Law Sheds Doubt on the Legal Origin Theory, J. Empirical Legal Stud. 5 (2008), 1–20.
- Voltz, Markus*: Menschenrechte und ordre public im internationalen Privatrecht, Frankfurt a. M./Berlin/Bern/Wien 2002.

- von Bar, Christian: Kollisionsrechtliche Aspekte der Vereinbarung und Inanspruchnahme von Dokumentenakkreditiven, ZHR 152 (1988), 38–56.
- von Bar, Christian/Mankowski, Peter: Internationales Privatrecht, Band I: Allgemeine Lehren, 2. Aufl., München 2003.
- : Internationales Privatrecht, Band II: Besonderer Teil, 2. Aufl., München 2019.
- von Benda-Beckmann, Franz: Who's Afraid of Legal Pluralism?, JLP 47 (2002), 37–82.
- von Bogdandy, Armin: Gubernative Rechtsetzung. Eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik, Tübingen 2000.
- : Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft, Frankfurt a. M. 2022.
- von Bogdandy, Armin/Dellavalle, Sergio: The Lex Mercatoria of Systems Theory: Localisation, Reconstruction and Criticism from a Public Law Perspective, Transnat'l Legal Theory 4 (2012), 59–82.
- von Bogdandy, Armin/Goldmann, Matthias/Venzke, Ingo: From Public International Law to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority, EJIL 28 (2017), 115–145.
- von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin (Hrsg.): Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht).
- von Gierke, Otto: Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Frankfurt a. M. 1889.
- von Hayek, Friedrich A.: The Use of Knowledge in Society, The American Economic Review 35 (1945), 519–530.
- : Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: von Hayek, Friedrich A./Veit, Reinhold (Hrsg.), Freiburger Studien: gesammelte Aufsätze, Tübingen 1969, 249–265.
- : Die Anmaßung von Wissen, ORDO 26 (1975), 12–21.
- von Hein, Jan: Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (EuGVVO), RIW 2013, 97–111.
- : Grenzen der Rechtswahl bei derivativen Geschäften zwischen inländischen Vertragsparteien (Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO), in: Grundmann, Stefan/Merkt, Hanno/Mülbert, Peter O./Baum, Harald/Fleckner, Andreas M./von Hein, Jan/von Hippel, Thomas/Kumpan, Christoph/Leyens, Patrick C./Pistor, Katharina/Roth, Markus/Schweitzer, Heike/Steffek, Felix/Wellenhofer, Marina (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 80. Geburtstag am 24. August 2020, Berlin/Boston 2020, 1405–1418.
- von Hoffmann, Bernd: Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen, RabelsZ 38 (1974), 396–419.
- : Grundsätzliches zur Anwendung der „lex mercatoria“ durch Schiedsgerichte, in: Musielak, Hans-Joachim/Schurig, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag: 26. Juni 1987, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1987, 215–233.
- von Hoffmann, Bernd/Thorn, Karsten: Internationales Privatrecht einschließlich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrechts, 9. Aufl., München 2007.
- von Mehren, Arthur T.: Special Substantive Rules for Multistate Problems: Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology, Harv. L. Rev. 88 (1974), 347–371.
- von Sachsen-Altenburg, Henning: § 7 Die ISDA Master Dokumentation, in: Zerey, Jean-Claude (Hrsg.), Finanzderivate. Rechtshandbuch, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, 165–205.
- von Savigny, Carl Friedrich: System des heutigen römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840.
- : System des heutigen römischen Rechts, Achter Band, Berlin 1849.

- von Wilmsky, Peter*: EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit, *RabelsZ* 62 (1998), 1–37.
- Vorpeil, Klaus*: Im Spannungsfeld zwischen ICC-DOCDEX-Verfahren und Schiedsverfahren, in: Schütze, Rolf A./Klötzel, Thomas R./Gebauer, Martin (Hrsg.), *Usus atque Scientia. Festschrift für Roderich C. Thümmel zum 65. Geburtstag am 23. Oktober 2020*, Berlin/Boston 2020, 947–957.
- Voßkuhle, Andreas*: Der Wandel der Verfassung und seine Grenzen, *JuS* 2019, 417–423.
- Wagner, Gerhard*: *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen 1998.
- : Fakultatives Kollisionsrecht und prozessuale Parteiautonomie, *ZEuP* 1999, 6–46.
- : Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahren: Ein Probierstein für die juristische Methodenlehre, in: Gottwald, Peter/Roth, Wulf-Henning (Hrsg.), *Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2002, 535–557.
- : Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, *AcP* 206 (2006), 352–476.
- : Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?, in: Blaurock, Uwe/Hager, Günter (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, Baden-Baden 2010, 13–87.
- : Zwingendes Privatrecht – Eine Analyse anhand des Vorschlags einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher, *ZEuP* 2010, 243–278.
- : The Dispute Resolution Market, *Buff. L. Rev.* 62 (2014), 1085–1158.
- : Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb. Impulse für Justiz und Schiedsgerichtsbarkeit, München 2017.
- Wagner, Rolf*: Das Haager Übereinkommen vom 30.6.2005 über Gerichtsstandsvereinbarungen, *RabelsZ* 73 (2009), 100–149.
- : Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen nach dem Brexit, *IPRax* 2021, 2–15.
- Wai, Robert*: Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization, *Colum. J. Transnat'l L.* 40 (2002), 209–274.
- : Transnational Private Law and Private Ordering in a Contested Global Society, *Harv. Int'l L. J.* 46 (2005), 471–486.
- : The Interlegality of Transnational Private Law, *Law & Contemp. Probs.* 71 (2008), 107–127.
- Wais, Hannes*: Einseitige Gerichtsstandsvereinbarungen und die Schranken der Parteiautonomie, *RabelsZ* 81 (2017), 816–857.
- Weber, Max*: *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, 5. Aufl., Tübingen 1972.
- Weber, Max*: Die neue Marktinfrastruktur im OTC Derivatehandel. Eine Untersuchung im Lichte der institutionellen Wechselwirkung von Recht und Finanzwesen mit Bezügen zum deutschen, englischen und U.S.-amerikanischen Recht, Baden-Baden 2019.
- Wegen, Gerhard/Asbrand, Dominik*: Nichtstaatliches Recht als Gegenstand einer Rechtswahlklausel?, *RIW* 2016, 557–564.
- Weiler, Joseph H. H.*: The Transformation of Europe, *Yale L. J.* 100 (1991), 2403–2483.
- Weller, Marc-Philippe*: Internationale Zuständigkeit für mitgliedschaftsbezogene Klagen nach der Brüssel I-VO (zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 12.7.2011, II ZR 28/10, NZG 2011, 1114), *ZGR* 2012, 606–630.
- Weller, Marc-Philippe/De Micheli, Cecilia*: Ordre public in International Arbitration, in: Schütze, Rolf A./Klötzel, Thomas R./Gebauer, Martin (Hrsg.), *Usus atque Scientia. Festschrift für Roderich C. Thümmel zum 65. Geburtstag am 23. Oktober 2020*, Berlin/Boston 2020, 967–982.

- Weller, Matthias*: Ordre-public-Kontrolle internationaler Zuständigkeitsvereinbarungen im autonomen Zuständigkeitsrecht, Tübingen 2005.
- : Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen: Haager Übereinkommen – Brüssel I-Reform, in: Geimer, Reinhold/Kaissis, Athanassios/Thümmel, Roderich C. (Hrsg.), *Ars aequi et boni in mundo*. Festschrift für Rolf A. Schütze zum 80. Geburtstag, München 2015, 705–716.
- : Keine Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen bei der Wirksamkeitsprüfung der Schiedsvereinbarung nach § 1030 ZPO (zu OLG München, 7.7.2014 – 34 SchH 18/13, IPRax 2016, 48–51).
- : Choice of court agreements under Brussels Ia and under the Hague convention: coherences and clashes, *J. Priv. Int'l L.* 13 (2017) 91–129.
- Wengler, Wilhelm*: Die Anknüpfung zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Studie, *ZVglRWiss* 54 (1940/1941), 168–212.
- Wenzel, Jens*: Rechtsfragen internationaler Konsortialkreditverträge. Deutsches und englisches Recht, Baden-Baden 2006.
- Whaley, Robert E.*: *Derivatives: Markets, Valuation, and Risk Management*, New Jersey 2006.
- Wichard, Johannes Christian*: Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte, *RabelsZ* 60 (1996), 269–302.
- Wicki, André Aloys*: Zur Dogmengeschichte der Parteiautonomie im internationalen Privatrecht, Winterthur 1965.
- Wieacker, Franz*: Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1953.
- : *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. Aufl., Göttingen 1967.
- : *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt a. M. 1974.
- Wiebecke, Martin*: ...und es gibt sie doch – Schiedsgerichtsbarkeit in Finanz- und Kapitalmarkttransaktionen, *SchiedsVZ* 2008, 34–39.
- Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A. (Hrsg.): *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, Dreizehnter Band, Teilband 2, 4. Aufl., Berlin/Boston 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: Wieczorek/Schütze (Hrsg.), ZPO).
- Wieling, Hans Josef*: Die Bedeutung der Regel „falsa demonstratio non nocet“ im Vertragsrecht, *AcP* 172 (1972), 297–316.
- Wielsch, Dan*: *Iustitia mediatrix: Zur Methode einer soziologischen Jurisprudenz*, in: Calliess, Graf-Peter/Fischer-Lescano, Andreas/Wielsch, Dan/Zumbansen, Peer (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz*. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag am 30. April 2009, Berlin 2009, 395–414.
- : *Global Law's Toolbox: How Standards Form Contracts*, in: Eidenmüller, Horst (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, Baden-Baden/München/Oxford 2013, 71–115.
- : *Contract Interpretation Regimes*, *Mod. L. Rev.* 81 (2018), 958–988.
- Wiethölter, Rudolf*: Begriffs- oder Interessenjurisprudenz – falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht. Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm, in: Lüderitz, Alexander/Schröder, Jochen (Hrsg.), *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende?* Festschrift für Gerhard Kegel, Frankfurt a. M. 1977, 213–263.
- Wilhelmi, Rüdiger*: *Derivate und Internationales Privatrecht*, *RIW* 2016, 253–260.
- Williamson, Oliver E.*: *Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange*, *Am. Econ. Rev.* 73 (1983), 519–540.



- : The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting, New York 1985.
- : Markets, hierarchies and the modern corporation, *J. Econ. Behav. Organ.* 17 (1992), 335–352.
- Wolf, Manfred (Begr.)/Lindacher, Walter F./Pfeiffer, Thomas (Hrsg.): *AGB-Recht*, 7. Aufl., München 2020 (zit. *Bearbeiter*; in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), *AGB-Recht*).
- World Economic Forum (Hrsg.): *Global Competitiveness Report 2020*, Cologny 2020, abrufbar unter <[https://www3.weforum.org/docs/WEF\\_TheGlobalCompetitivenessReport2020.pdf](https://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2020.pdf)>.
- Yntema, Hessel E.*: Contract and Conflict of Laws: „Autonomy“ in Choice of Law in the United States, *New York Law Forum* 1 (1955), 46–68.
- Zahn, Johannes C./Eberding, Ekkard/Ehrlich, Dietmar*: *Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel*, 6. Aufl., Berlin 2019.
- Zentes, Joachim/Neidhart, Michael*: Standardisierungsansätze zur Reduktion der Transaktionskosten im Außenhandel – Ein Überblick, in: Zentes, Joachim/Morschett, Dirk/Schramm-Klein, Hanna (Hrsg.), *Außenhandel, Marketingstrategien und Managementkonzepte*, Wiesbaden 2004, 837–859.
- Zimmer, Daniel*: Zulässigkeit und Grenzen schiedsrichterlicher Entscheidungen von Kartellrechtsstreitigkeiten. Eine rechtsvergleichende Untersuchung auf der Grundlage US-amerikanischen und deutschen Rechts, Baden-Baden 1991.
- Zimmer, Daniel/Fuchs, Florian*: Die Bank in Krise und Insolvenz: Ansätze zur Minderung des systemischen Risikos, *ZGR* 2010, 597–661.
- Zitelmann, Ernst*: Die Möglichkeit eines Weltrechts, unveränderter Abdruck der 1888 erschienenen Abhandlung mit einem Nachwort, München/Leipzig 1916.
- Zoller, Michael*: (Keine) Aufklärungspflicht anlageberatender Banken über den negativen Marktwert bei Swap-Verträgen?, *NJW* 2015, 2220–2222.
- Zöllner, Richard (Begr.): *Zivilprozessordnung*, 34. Aufl., Köln 2022 (zit. *Bearbeiter*; in: Zöllner, ZPO).
- Zöllner, Wolfgang*: *Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert*, *AcP* 188 (1988), 85–100.
- : Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, *AcP* 196 (1996), 1–36.
- Zumbansen, Peer*: Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law, *ELJ* 8 (2002), 400–432.
- : Lex mercatoria: Zum Geltungsanspruch transnationalen Rechts, *RabelsZ* 67 (2003), 637–682.
- : The Law of Society: Governance through Contract, *Ind. J. Global Legal Stud.* 14 (2007), 191–233.
- (Hrsg.): *The Oxford Handbook of Transnational Law*, Oxford/New York 2021.
- Zweigert, Konrad*: Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote, *RabelsZ* 14 (1942), 283–307.
- : Rechtsvereinheitlichung, in: Strupp, Karl/Schlochauer, Hans-Jürgen (Hrsg.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, Band 3, 2. Aufl., Berlin 1962, 74–78.
- : Verträge zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Partnern, in: Kordt, Erich/Zemanek, Karl/Kipp, Heinrich/Zweigert, Konrad (Hrsg.), *Gegenwärtige Fragen der Staatensukzession*, *BDGVR* 5, Heidelberg 1964, 194–214.



# Rechtsprechungsverzeichnis

## Deutschland

### *Bundesverfassungsgericht*

- BVerfG, Urteil vom 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198  
BVerfG, Beschluss vom 4.5.1971 – 1 BvR 636/68, BVerfGE 31, 58  
BVerfG, Beschluss vom 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269  
BVerfG, Beschluss vom 29.5.1974 – 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, 271  
BVerfG, Beschluss vom 11.5.1976 – 1 BvR 671/70, BVerfGE 42, 143  
BVerfG, Beschluss vom 22.10.1986 – 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339  
BVerfG, Urteil vom 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, BVerfGE 89, 155  
BVerfG, Beschluss vom 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, 214  
BVerfG, Beschluss vom 7.6.2000 – 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147  
BVerfG, Urteil vom 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, BVerfGE 123, 267  
BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286  
BVerfG, Urteil vom 7.9.2011 – 2 BvR 987/10, 2 BvR 1485/10, 2 BvR 1099/10, BVerfGE 129, 124  
BVerfG, Urteil vom 18.3.2014 – 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, 2 BvR 1824/12, 2 BvE 6/12, BVerfGE 135, 317  
BVerfG, Beschluss vom 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, BVerfGE 140, 317  
BVerfG, Urteil vom 21.6.2016 – 2 BvR 1728, 2729, 2730, 2731/13, 2 BvE 13/13, BVerfGE 142, 123  
BVerfG, Urteil vom 30.7.2019 – 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14, BVerfGE 151, 202  
BVerfG, Urteil vom 5.5.2020 – 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, BVerfGE 154, 17  
BVerfG, Beschluss vom 3.6.2022 – 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677

### *Bundesarbeitsgericht*

- BAG, Urteil vom 24.8.1989 – 2 AZR 3/89, BAGE 63, 17  
BAG, Urteil vom 3.5.1995 – 5 AZR 15/94, BAGE 80, 84  
BAG, Urteil vom 12.12.2001 – 5 AZR 255/00, BAGE 100, 130

### *Reichsgericht*

- RG, Urteil vom 5.1.1887 – I 258/86, RGZ 19, 33  
RG, Urteil vom 22.5.1897 – I 451/96, RGZ 39, 65

RG, Urteil vom 15.10.1912 – VII 231/12, RGZ 80, 219  
RG, Urteil vom 13.12.1912 – VII 228/12, RGZ 81, 117  
RG, Urteil vom 15.2.1919 – I 207/18, RGZ 95, 16  
RG, Urteil vom 18.10.1935 – II 55/35, RGZ 149, 96  
RG, Urteil vom 28. Mai 1936 – IV 272/35, JW 65 (1936), 2058  
RG, Urteil vom 6.4.1937 – II 238/36, RGZ 155, 26  
RG, Urteil vom 13.10.1942 – I 129/41, RGZ 170, 233  
RG, Urteil vom 26.3.1943 – VI (VII) 144/42, RGZ 171, 43

### *Bundesgerichtshof*

BGH, Urteil vom 19.1.1951 – I ZR 53/50, BGHZ 1, 83  
BGH, Urteil vom 25.10.1952 – I ZR 48/52, BGHZ 7, 365  
BGH, Urteil vom 22.4.1953 – II ZR 143/52, BGHZ 9, 273  
BGH, Urteil vom 18.12.1954 – II ZR 76/54, BGHZ 16, 71  
BGH, Urteil vom 29.10.1956 – II ZR 64/56, BGHZ 22, 109  
BGH, Urteil vom 21.10.1958 – VIII ZR 145/57, NJW 1959, 38  
BGH, Urteil vom 19.11.1959 – VII ZR 209/58, WM 1960, 38  
BGH, Urteil vom 17.12.1959 – VII ZR 198/58, BGHZ 31, 367  
BGH, Urteil vom 21.12.1960 – VIII ZR 1/60, BGHZ 34, 169  
BGH, Urteil vom 30.1.1961 – VII ZR 180/60, NJW 1961, 1061  
BGH, Urteil vom 29.10.1962 – II ZR 31/61, BGHZ 38, 183  
BGH, Urteil vom 10.7.1963 – VIII ZR 204/61, BGHZ 40, 91  
BGH, Urteil vom 28.11.1963 – VII ZR 112/62, BGHZ 40, 320  
BGH, Urteil vom 17.2.1964 – II ZR 98/62, BGHZ 41, 151  
BGH, Urteil vom 30.9.1964 – VIII ZR 195/61, BGHZ 42, 194  
BGH, Urteil vom 1.12.1965 – VIII ZR 271/63, NJW 1966, 502  
BGH, Urteil vom 9.11.1966 – V ZR 39/64, NJW 1967, 153  
BGH, Urteil vom 29.2.1968 – VII ZR 102/65, BGHZ 49, 384  
BGH, Urteil vom 8.5.1968 – VIII ZR 43/65, BGHZ 50, 100  
BGH, Urteil vom 9.7.1969 – VIII ZR 185/67, BGHZ 52, 251  
BGH, Urteil vom 15.4.1970 – VIII ZR 87/69, NJW 1971, 323  
BGH, Urteil vom 4.6.1970 – VII ZR 187/68, BGHZ 54, 106  
BGH, Urteil vom 21.12.1970 – II ZR 39/70, NJW 1971, 325  
BGH, Urteil vom 22.9.1971 – VIII ZR 259/69, BGHZ 57, 72  
BGH, Urteil vom 17.5.1972 – VIII ZR 76/71, BGHZ 59, 23  
BGH, Urteil vom 22.6.1972 – II ZR 113/70, BGHZ 59, 82  
BGH, Urteil vom 16.4.1973 – VII ZR 140/71, BGHZ 60, 353  
BGH, Urteil vom 14.4.1975 – II ZR 147/73, BGHZ 64, 238  
BGH, Urteil vom 8.10.1975 – VIII ZR 81/74, NJW 1977, 195  
BGH, Urteil vom 7.7.1976 – IV ZR 229/74, NJW 1976, 2345  
BGH, Urteil vom 15.12.1976 – IV ZR 197/75, NJW 1977, 624  
BGH, Urteil vom 23.2.1977 – VIII ZR 124/75, BGHZ 68, 118  
BGH, Urteil vom 1.3.1978 – VIII ZR 70/77, NJW 1978, 1519  
BGH, Urteil vom 5.4.1978 – VIII ZR 42/77, BGHZ 71, 189  
BGH, Urteil vom 23.11.1978 – II ZR 20/78, NJW 1979, 1705  
BGH, Urteil vom 12.5.1980 – VII ZR 158/79, BGHZ 77, 116  
BGH, Urteil vom 25.6.1980 – VIII ZR 260/79, BGHZ 77, 301

BGH, Urteil vom 24.9.1980 – VIII ZR 273/79, NJW 1981, 117  
BGH, Urteil vom 28.11.1980 – I ZR 122/78, NJW 1981, 1899  
BGH, Urteil vom 10.12.1980 – VIII ZR 295/79, BGHZ 79, 117  
BGH, Urteil vom 17.3.1981 – VI ZR 191/79, BGHZ 80, 186  
BGH, Urteil vom 28.10.1981 – VIII ZR 302/80, BGHZ 82, 121  
BGH, Urteil vom 29.4.1982 – III ZR 154/80, BGHZ 84, 1  
BGH, Urteil vom 6.10.1982 – IVb ZR 729/80, NJW 1983, 514  
BGH, Urteil vom 16.12.1982 – VII ZR 92/82, BGHZ 86, 135  
BGH, Urteil vom 26.1.1983 – VIII ZR 342/81, NJW 1983, 1320  
BGH, Urteil vom 30.5.1983 – II ZR 135/82, NJW 1983, 2772  
BGH, Urteil vom 1.6.1983 – IVb ZR 386/81, NJW 1983, 1976  
BGH, Urteil vom 19.1.1984 – VII ZR 220/82, BGHZ 89, 363  
BGH, Urteil vom 1.2.1984 – VIII ZR 54/83, BGHZ 90, 69  
BGH, Urteil vom 8.2.1984 – VIII ZR 254/82, NJW 1984, 1746  
BGH, Urteil vom 23.2.1984 – VII ZR 274/82, NJW 1985, 3016  
BGH, Urteil vom 12.3.1984 – II ZR 10/83, NJW 1984, 2037  
BGH, Urteil vom 23.5.1984 – VIII ZR 27/83, NJW 1985, 850  
BGH, Urteil vom 20.6.1984 – VIII ZR 137/83, NJW 1985, 914  
BGH, Urteil vom 27.6.1984 – IVb ZR 2/83, NJW 1985, 552  
BGH, Urteil vom 2.7.1984 – II ZR 160/83, NJW 1985, 550  
BGH, Urteil vom 19.9.1984 – VIII ZR 108/83, NJW 1985, 550  
BGH, Urteil vom 31.10.1984 – VIII ZR 226/83, NJW 1985, 320  
BGH, Urteil vom 26.11.1984 – VIII ZR 214/83, BGHZ 93, 29  
BGH, Urteil vom 9.10.1985 – VIII ZR 217/84, BGHZ 96, 103  
BGH, Urteil vom 20.1.1986 – II ZR 56/85, NJW 1986, 1438  
BGH, Urteil vom 22.1.1986 – VIII ZR 318/84, BGHZ 97, 65  
BGH, Urteil vom 15.5.1986 – III ZR 192/84, BGHZ 98, 70  
BGH, Urteil vom 9.10.1986 – VII ZR 245/85, NJW-RR 1987, 144  
BGH, Urteil vom 16.10.1986 – III ZR 121/85, NJW 1987, 591  
BGH, Urteil vom 15.6.1987 – II ZR 124/86, NJW 1987, 3193  
BGH, Urteil vom 2.7.1987 – III ZR 219/86, BGHZ 101, 271  
BGH, Urteil vom 21.9.1987 – II ZR 41/87, NJW-RR 1988, 172  
BGH, Urteil vom 17.12.1987 – VII ZR 307/86, BGHZ 102, 384  
BGH, Urteil vom 3.3.1988 – X ZR 54/86, BGHZ 103, 316  
BGH, Urteil vom 2.11.1988 – VIII ZR 121/88, NJW 1989, 460  
BGH, Urteil vom 24.11.1988 – III ZR 150/87, NJW 1989, 1431  
BGH, Urteil vom 17.1.1989 – XI ZR 54/88, BGHZ 106, 259  
BGH, Urteil vom 26.9.1989 – XI ZR 159/88, NJW 1990, 255  
BGH, Urteil vom 20.11.1990 – VI ZR 6/90, NJW 1991, 634  
BGH, Urteil vom 12.12.1990 – VIII ZR 332/89, NJW 1991, 1292  
BGH, Urteil vom 27.3.1991 – IV ZR 90/90, NJW 1991, 1678  
BGH, Urteil vom 6.6.1991 – III ZR 68/90, NJW 1991, 2215  
BGH, Urteil vom 2.7.1991 – XI ZR 206/90, BGHZ 115, 90  
BGH, Urteil vom 19.9.1991 – IX ZR 296/90, BGHZ 115, 177  
BGH, Urteil vom 10.10.1991 – III ZR 141/90, BGHZ 115, 324  
BGH, Urteil vom 2.12.1991 – II ZR 274/90, NJW-RR 1992, 423  
BGH, Urteil vom 26.2.1992 – XII ZR 129/90, NJW 1992, 2283  
BGH, Urteil vom 5.5.1992 – VI ZR 188/91, NJW 1992, 2016

- BGH, Urteil vom 4.6.1992 – IX ZR 149/91, BGHZ 118, 312  
BGH, Urteil vom 25.6.1992 – VII ZR 128/91, NJW 1992, 2759  
BGH, Urteil vom 20.10.1992 – VI ZR 361/91, NJW 1993, 194  
BGH, Urteil vom 11.11.1992 – VIII ZR 238/91, NJW 1993, 335  
BGH, Urteil vom 26.1.1993 – X ZR 90/91, NJW-RR 1993, 560  
BGH, Urteil vom 20.9.1993 – II ZR 104/92, BGHZ 123, 281  
BGH, Urteil vom 26.10.1993 – XI ZR 42/93, BGHZ 123, 380  
BGH, Urteil vom 30.6.1994 – VII ZR 116/93, BGHZ 126, 326  
BGH, Urteil vom 21.9.1994 – XII ZR 77/93, BGHZ 127, 138  
BGH, Urteil vom 10.10.1994 – II ZR 32/94, BGHZ 127, 176  
BGH, Urteil vom 11.1.1995 – VIII ZR 82/94, BGHZ 128, 255  
BGH, Urteil vom 18.5.1995 – X ZR 114/93, WM 1995, 1455  
BGH, Urteil vom 29.3.1996 – II ZR 124/95, BGHZ 132, 278  
BGH, Urteil vom 16.4.1996 – XI ZR 138/95, BGHZ 132, 313  
BGH, Beschluss vom 10.7.1996 – VIII ZR 282/95, NJW 1996, 2860  
BGH, Urteil vom 18.3.1997 – XI ZR 34/96, NJW 1997, 2885  
BGH, Urteil vom 13.11.1997 – IX ZR 289/96, BGHZ 137, 153  
BGH, Urteil vom 16.7.1998 – VII ZR 9/97, NJW 1998, 3488  
BGH, Beschluss vom 2.12.1998 – IV ZB 19/97, BGHZ 140, 118  
BGH, Urteil vom 24.3.1999 – IV ZR 90/98, BGHZ 141, 137  
BGH, Urteil vom 10.6.1999 – VII ZR 365/98, BGHZ 142, 46  
BGH, Urteil vom 3.11.1999 – VIII ZR 269/98, BGHZ 143, 103  
BGH, Urteil vom 16.11.1999 – KZR 12/97, BGHZ 143, 128  
BGH, Urteil vom 19.1.2000 – VIII ZR 275/98, NJW-RR 2000, 1002  
BGH, Beschluss vom 30.3.2000 – VII ZR 370/98, JZ 2000, 903  
BGH, Urteil vom 11.4.2000 – X ZR 19/98, NJW 2000, 2812  
BGH, Beschluss vom 29.6.2000 – IX ZB 23/97, BGHZ 144, 390  
BGH, Urteil vom 27.9.2000 – VIII ZR 155/99, BGHZ 145, 203  
BGH, Urteil vom 24.10.2000 – XI ZR 300/99, NJW 2001, 524  
BGH, Urteil vom 22.11.2000 – IV ZR 235/99, NJW 2001, 1132  
BGH, Urteil vom 25.1.2001 – I ZR 323/98, BGHZ 146, 318  
BGH, Urteil vom 26.1.2001 – V ZR 452/99, BGHZ 146, 331  
BGH, Urteil vom 13.2.2001 – VI ZR 34/00, NJW 2001, 1786  
BGH, Beschluss vom 24.10.2001 – VIII ARZ 1/01, BGHZ 149, 89  
BGH, Urteil vom 16.4.2002 – XI ZR 375/00, BGHZ 150, 286  
BGH, Urteil vom 18.4.2002 – VII ZR 192/01, BGHZ 150, 299  
BGH, Beschluss vom 6.6.2002 – III ZB 44/01, BGHZ 151, 79  
BGH, Urteil vom 23.1.2003 – VII ZR 210/01, BGHZ 153, 311  
BGH, Urteil vom 27.3.2003 – IX ZR 399/99, NJW 2003, 2022  
BGH, Urteil vom 26.6.2003 – III ZR 245/98, BGHZ 155, 279  
BGH, Urteil vom 11.12.2003 – III ZR 118/03, NJW-RR 2004, 780  
BGH, Urteil vom 22.1.2004 – VII ZR 419/02, BGHZ 157, 346  
BGH, Urteil vom 4.3.2004 – III ZR 96/03, BGHZ 158, 201  
BGH, Urteil vom 17.5.2004 – II ZR 261/01, NJW 2004, 2449  
BGH, Urteil vom 19.7.2004 – II ZR 65/03, BGHZ 160, 127  
BGH, Urteil vom 19.7.2004 – II ZR 217/03, NJW 2004, 2668  
BGH, Urteil vom 13.9.2004 – II ZR 276/02, NJW 2004, 3706  
BGH, Urteil vom 13.1.2005 – III ZR 265/03, BGHZ 162, 9

BGH, Urteil vom 6.4.2005 – VIII ZR 27/04, NJW 2005, 1574  
BGH, Urteil vom 19.5.2005 – III ZR 437/04, NJW 2005, 2543  
BGH, Urteil vom 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, BGHZ 164, 11  
BGH, Beschluss vom 21.9.2005 – III ZB 18/05, SchiedsVZ 2005, 306  
BGH, Urteil vom 11.10.2005 – XI ZR 395/04, BGHZ 164, 286  
BGH, Urteil vom 13.12.2005 – XI ZR 82/05, BGHZ 165, 248  
BGH, Beschluss vom 23.2.2006 – III ZB 50/05, SchiedsVZ 2006, 161  
BGH, Urteil vom 16.3.2006 – III ZR 152/05, BGHZ 166, 369  
BGH, Urteil vom 11.10.2006 – XII ZR 79/04, BGHZ 169, 240  
BGH, Urteil vom 15.11.2006 – VIII ZR 166/06, NJW 2007, 504  
BGH, Urteil vom 20.7.2007 – V ZR 85/06, NJW-RR 2007, 1703  
BGH, Urteil vom 12.10.2007 – V ZR 283/06, NJW-RR 2008, 251  
BGH, Urteil vom 24.1.2008 – III ZR 79/07, NJW-RR 2008, 562  
BGH, Teilurteil vom 29.4.2008 – KZR 2/07, BGHZ 176, 244  
BGH, Urteil vom 29.5.2008 – III ZR 330/07, NJW 2008, 2495  
BGH, Urteil vom 29.10.2008 – VIII ZR 258/07, BGHZ 178, 227  
BGH, Urteil vom 30.10.2008 – I ZR 12/06, NJW 2009, 1205  
BGH, Urteil vom 6.4.2009 – II ZR 255/08, BGHZ 180, 221  
BGH, Urteil vom 17.2.2010 – VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259  
BGH, Urteil vom 9.3.2010 – XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365  
BGH, Urteil vom 24.3.2010 – VIII ZR 178/08, BGHZ 185, 96  
BGH, Urteil vom 8.6.2010 – XI ZR 349/08, SchiedsVZ 2011, 46  
BGH, Beschluss vom 30. 9.2010 – III ZB 69/09, BGHZ 187, 126  
BGH, Urteil vom 13.1.2011 – III ZR 78/10, NJW 2011, 1726  
BGH, Urteil vom 25.1.2011 – XI ZR 350/08, SchiedsVZ 2011, 157  
BGH, Urteil vom 27.1.2011 – VII ZR 186/09, BGHZ 188, 128  
BGH, Urteil vom 17.2.2011 – III ZR 35/10, BGHZ 188, 351  
BGH, Urteil vom 22.3.2011 – XI ZR 197/08, NJW-RR 2012, 49  
BGH, Urteil vom 12.4.2011 – XI ZR 341/08, NJW-RR 2011, 1287  
BGH, Urteil vom 3.5.2011 – XI ZR 373/08, NJW-RR 2011, 1350  
BGH, Urteil vom 19.7.2012 – I ZR 40/11, IPRax 2013, 557  
BGH, Beschluss vom 5.9.2012 – VII ZR 25/12, IHR 2013, 35  
BGH, Urteil vom 22.11.2012 – VII ZR 222/12, NJW 2013, 856  
BGH, Urteil vom 4.6.2013 – VI ZR 288/12, NJW-RR 2013, 1448  
BGH, Urteil vom 15.10.2013 – VI ZR 124/12, NJW 2014, 1380  
BGH, Urteil vom 8.5.2014 – III ZR 371/12, SchiedsVZ 2014, 151  
BGH, Beschluss vom 24.7.2014 – III ZB 83/13, BGHZ 202, 168  
BGH, Urteil vom 26.3.2015 – VII ZR 92/14, BGHZ 204, 346  
BGH, Urteil vom 28.4.2015 – XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117  
BGH, Urteil vom 22.10.2015 – VII ZR 58/14, NZBau 2016, 213  
BGH, Urteil vom 20.1.2016 – VIII ZR 26/15, NJW 2016, 1230  
BGH, Urteil vom 7.6.2016 – KZR 6/15, BGHZ 210, 292  
BGH, Beschluss vom 6.10.2016 – I ZB 13/15, NJW-RR 2017, 313  
BGH, Beschluss vom 6.4.2017 – I ZB 23/16, SchiedsVZ 2017, 194  
BGH, Urteil vom 4.7.2017 – XI ZR 562/15, BGHZ 215, 172  
BGH, Urteil vom 5.10.2017 – III ZR 56/17, NJW 2018, 534  
BGH, Urteil vom 18.4.2018 – XII ZR 76/17, NJW-RR 2018, 906  
BGH, Beschluss vom 19.7.2018 – IX ZB 10/18, NJW 2018, 3254

BGH, Urteil vom 23.8.2018 – III ZR 192/17, NJW 2019, 47  
BGH, Beschluss vom 8.11.2018 – I ZB 24/18, IPRax 2020, 238  
BGH, Urteil vom 16.7.2019 – II ZR 426/17, NJW 2019, 3635  
BGH, Urteil vom 17.10.2019 – III ZR 42/19, BGHZ 223, 269  
BGH, Urteil vom 10.6.2020 – VIII ZR 289/19, WM 2020, 1840  
BGH, Urteil vom 26.11.2020 – I ZR 245/19, SchiedsVZ 2021, 97  
BGH, Beschluss vom 15.6.2021 – II ZB 35/20, NJW-RR 2021, 1207  
BGH, Beschluss vom 23.9.2021 – I ZB 13/21, SchiedsVZ 2022, 86

### *Oberlandesgerichte*

KG, Beschluss vom 3.12.2020 – 2 W 1009/20, EuZW 2021, 596  
OLG Bamberg, Urteil vom 22.9.1988 – 1 U 302/87, NJW-RR 1989, 371  
OLG Celle, Urteil vom 16.12.1992 – 3 U 241/91, RIW 1993, 587  
OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.1.1994 – 17 U 129/93, NJW-RR 1994, 1132  
OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.5.1995 – 17 U 240/94, IPRax 1997, 115  
OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.11.1995 – 17 U 103/95, RIW 1996, 239  
OLG Düsseldorf, Urteil vom 8.3.1996 – 17 U 179/95, IPRax 1997, 118  
OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.7.2003 – 16 U 129/02, NJOZ 2004, 2943  
OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 12.11.1985 – 5 W 25/85, NJW 1986, 1443  
OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 18.3.1997 – 5 U 229/95, RIW 1998, 477  
OLG Hamburg, Urteil vom 26.1.1989 – 6 U 71/88, RIW 1991, 152  
OLG Hamburg, Urteil vom 22.12.1994 – 6 U 71/94, TranspR 1995, 214  
OLG Hamburg, Urteil vom 14.4.2004 – 13 U 76/03, NJW 2004, 3126  
OLG Hamburg, Beschluss vom 25.1.2008 – 6 Sch 07/07, SchiedsVZ 2009, 71  
OLG Hamburg, Urteil vom 10.1.2013 – 6 U 68/09, NJW-RR 2013, 629  
OLG Hamm, Urteil vom 18.9.1997 – 5 U 89/97, IPRax 1999, 244  
OLG Hamm, Urteil vom 9.7.2013 – I-21 U 16/13, SchiedsVZ 2014, 38  
OLG Köln, Urteil vom 16.3.1988 – 24 U 182/87, NJW 1988, 2182  
OLG Köln, Urteil vom 12.2.1992 – 11 U 196/91, NJW-RR 1992, 682  
OLG Köln, Urteil vom 12.4.2002 – 6 U 142/01, OLGR Köln 2002, 392  
OLG Köln, Urteil vom 25.2.2015 – 13 U 96/13, BeckRS 2015, 9186  
OLG München, Urteil vom 28.9.1989 – 24 U 391/87, IPRax 1991, 46  
OLG München, Urteil vom 3.7.1996 – 7 U 2162/96, WM 1996, 2335  
OLG München, Urteil vom 17.5.2006 – 7 U 1781/06, IPRax 2007, 322  
OLG München, Beschluss vom 15.7.2009 – 31 AR 341/09, NJW-RR 2010, 139  
OLG München, Beschluss vom 7.7.2014 – 34 SchH 18/13, SchiedsVZ 2014, 262  
OLG München, Urteil vom 15.1.2015 – U 1110/14 Kart, SchiedsVZ 2015, 40  
OLG Nürnberg, Urteil vom 28.11.1984 – 9 U 3061/84, NJW 1985, 1296  
OLG Saarbrücken, Urteil vom 2.10.1991 – 5 U 21/91, NJW 1992, 987  
OLG Saarbrücken, Urteil vom 13.10.1999 – 1 U 190/99, NJW 2000, 670  
OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.12.2011 – 5 U 126/11, IHR 2012, 163

### *Landgerichte*

LG Hamburg, Urteil vom 6.9.1975 – 24 O 56/75, WM 1976, 985  
LG Hamburg, Urteil vom 2.9.2014 – 327 O 187/14, IPRax 2015, 348  
LG Mainz, Urteil vom 13.9.2005 – 10 HK. O 112/04, WM 2005, 2319



## England

- Anthracite Rated Investments (Jersey) Ltd. v. Lehmann Brothers Finance SA (in liquidation)* [2011] EWHC 1822 (Ch)
- Banco Santander Totta S.A. v. Companhia de Carris de Ferro de Lisboa S.A.* [2016] EWHC 465 (Comm)
- Banco Santander Totta S.A. v. Companhia de Carris de Ferro de Lisboa S.A.* [2016] EWCA Civ 1267
- Bear Stearns Bank Plc. v. Forum Global Equity Ltd.* [2007] EWHC 1576 (Comm)
- Commerzbank Aktiengesellschaft v. Liquimar Tankers Management* [2017] EWHC 161 (Comm)
- Credit Industriel et Commercial v. China Merchants Bank* [2002] EWHC 973 (Comm)
- Dexia Crediop S.p.A. v. Comune di Prato* [2015] EWHC 1746 (Comm)
- Dexia Crediop S.p.A. v. Comune di Prato* [2017] EWCA Civ 428
- Glencore International AG v. Bank of China* [1996] 1 Lloyd's Rep. 135
- Harlow and Jones Ltd. v. American Express Bank Ltd.* [1990] 2 Lloyd's Rep. 343
- J.P. Morgan Bank (formerly Chase Manhattan Bank) v. Springwell Navigation Corp.* [2008] EWHC 1186 (Comm), Urteil vom 27.5.2008, und [2008] EWHC 1793 (Comm)
- Kredietbank Antwerp v. Midland Bank Plc.* [1999] 1 Lloyd's Rep. 219
- Lomas & ors (together the Joint Administrators of Lehman Brothers International (Europe) (in administration)) v. JFB Firth Rixson Inc. & ors* [2010] EWHC 3372 (Ch)
- Mauritius Commercial Bank Ltd. v. Hestia Holdings Ltd.* [2013] EWHC 1328 (Comm)
- Redwood Master Fund Ltd. v. TD Bank Europe Ltd.* [2002] EWHC 2703 (Ch)
- The State of the Netherlands v. Deutsche Bank AG* [2018] EWHC 1935 (Comm)
- West Tankers Inc. (Respondents) v. RAS Riunione Adriatica di Sicurtà S.p.A. and others (Appellants)* [2007] UKHL 4

## Europäischer Gerichtshof

- EuGH, Urteil vom 5.2.1963, Rs. 26/62 – Van Gend & Loos
- EuGH, Urteil vom 15.7.1964, Rs. 6/64 – Costa/E.N.E.L.
- EuGH, Urteil vom 14.10.1976, Rs. 29/76 – LTU/Eurocontrol
- EuGH, Urteil vom 14.12.1976, Rs. 24/76 – Estasis Salotti/RÜWA
- EuGH, Urteil vom 9.11.1978, Rs. 23/78 – Meeth/Glacetel
- EuGH, Urteil vom 22.2.1979, Rs. 133/78 – Gourdain/Nadler
- EuGH, Urteil vom 13.11.1979, Rs. 25/79 – Sanicentral/René Collin
- EuGH, Urteil vom 6.5.1980, Rs. 784/79 – Porta-Leasing/Prestige International
- EuGH, Urteil vom 24.6.1981, Rs. C-150/80 – Elefanten Schuh/Jacqmain
- EuGH, Urteil vom 23.3.1982, Rs. 102/81 – Nordsee/Reederei Mond
- EuGH, Urteil vom 22.3.1983, Rs. C-34/82 – Peters/ZNAV
- EuGH, Urteil vom 14.7.1983, Rs. 201/82 – Gerling u. a.
- EuGH, Urteil vom 3.10.1985, Rs. 119/84 – Capelloni und Aquilini/Pelkmans
- EuGH, Urteil vom 4.2.1988, Rs. 145/86 – Hoffmann/Krieg
- EuGH, Urteil vom 8.3.1988, Rs. 9/87 – Arcado/Haviland
- EuGH, Urteil vom 15.5.1990, Rs. C-365/88 – Hagen
- EuGH, Urteil vom 10.3.1992, Rs. C-214/89 – Powell Duffryn/Petereit

- EuGH, Urteil vom 17.6.1992, Rs. C-26/91 – Handte/TMCS  
EuGH, Urteil vom 27.4.1994, Rs. C-393/92 – Almelo  
EuGH, Urteil vom 2.6.1994, Rs. C-414/92 – Solo Kleinmotoren  
EuGH, Urteil vom 11.8.1995, Rs. C-432/93 – SISRO  
EuGH, Urteil vom 20.2.1997, Rs. C-106/95 – MSG  
EuGH, Urteil vom 3.7.1997, Rs. C-269/95 – Benincasa  
EuGH, Urteil vom 27.10.1998, Rs. C-51/97 – Réunion européenne u. a.  
EuGH, Urteil vom 16.3.1999, Rs. C-159/97 – Castelletti  
EuGH, Urteil vom 1.6.1999, Rs. C-126/97 – Eco Swiss  
EuGH, Urteil vom 23.11.1999, Rs. C-396/96 und C-376/96 – Arblade  
EuGH, Urteil vom 28.3.2000, Rs. C-7/98 – Krombach  
EuGH, Urteil vom 11.5.2000, Rs. C-38/98 – Renault  
EuGH, Urteil vom 27.6.2000, Rs. C-244/98 – Océano Grupo Editorial und Salvat Editores  
EuGH, Urteil vom 13.7.2000, Rs. C-412/98 – Group Josi  
EuGH, Urteil vom 9.11.2000, Rs. C-381/98 – Ingmar  
EuGH, Urteil vom 9.11.2000, Rs. C-387/98 – Coreck  
EuGH, Urteil vom 17.9.2002, Rs. C-334/00 – Tacconi  
EuGH, Urteil vom 9.12.2003, Rs. C-116/02 – Gasser  
EuGH, Urteil vom 20.1.2005, Rs. C-27/02 – Engler  
EuGH, Urteil vom 1.3.2005, Rs. C-281/02 – Owusu  
EuGH, Urteil vom 12.5.2005, Rs. C-112/03 – Société Financière et Industrielle du Peloux  
EuGH, Urteil vom 20.5.2005, Rs. C-464/01 – Gruber  
EuGH, Urteil vom 26.10.2006, Rs. C-168/05 – Mostaza Claro  
EuGH, Urteil vom 2.10.2008, Rs. C-372/07 – Hassett and Doherty  
EuGH, Urteil vom 12.2.2009, Rs. C-339/07 – Seagon  
EuGH, Urteil vom 28.4.2009, Rs. C-420/07 – Apostolides  
EuGH, Urteil vom 12.5.2011, Rs. C-144/10 – BVG  
EuGH, Urteil vom 13.10.2011, Rs. C-139/10 – Prism Investments  
EuGH, Urteil vom 17.11.2011, Rs. C-327/10 – Hypoteční banka  
EuGH, Urteil vom 19.4.2012, Rs. C-213/10 – F-Tex  
EuGH, Urteil vom 19.7.2012, Rs. C-154/11 – Mahamadia  
EuGH, Urteil vom 6.9.2012, Rs. C-619/10 – Trade Agency  
EuGH, Urteil vom 15.11.2012, Rs. C-456/11 – Gothaer Allgemeine Versicherung u. a.  
EuGH, Urteil vom 7.2.2013, Rs. C-543/10 – Refcomp  
EuGH, Urteil vom 11.4.2013, Rs. C-645/11 – Sapir u. a.  
EuGH, Urteil vom 18.7.2013, Rs. C-147/12 – ÖFAB  
EuGH, Urteil vom 26.9.2013, Rs. C-157/12 – Salzgitter Mannesmann Handel  
EuGH, Urteil vom 14.11.2013, Rs. C-478/12 – Maletic  
EuGH, Urteil vom 19.12.2013, Rs. C-9/12 – Corman-Collins  
EuGH, Urteil vom 4.9.2014, Rs. C-157/13 – Nickel & Goeldner Spedition  
EuGH, Urteil vom 23.10.2014, Rs. C-302/13 – flyLAL-Lithuanian Airlines  
EuGH, Urteil vom 4.12.2014, Rs. C-295/13 – H  
EuGH, Urteil vom 21.5.2015, Rs. C-322/14 – El Majdoub  
EuGH, Urteil vom 21.5.2015, Rs. C-352/13 – CDC Hydrogen Peroxide  
EuGH, Urteil vom 10.12.2015, Rs. C-594/14 – Kornhaas  
EuGH, Urteil vom 17.3.2016, Rs. C-175/15 – Taser International  
EuGH, Urteil vom 20.4.2016, Rs. C-366/13 – Profit Investment SIM  
EuGH, Urteil vom 7.7.2016, Rs. C-222/15 – Höszig

EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-191/15 – Verein für Konsumenteninformation  
EuGH, Urteil vom 18.10.2016, Rs. C-135/15 – Nikiforidis  
EuGH, Urteil vom 16.2.2017, Rs. C-507/15 – Agro Foreign Trade & Agency  
EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts *Szpunar* vom 2.3.2017, Rs. C-54/16 – Vinyls Italia  
EuGH, Urteil vom 28.6.2017, Rs. C-436/16 – Leventis und Vafeias.  
EuGH, Urteil vom 9.11.2017, Rs. C-641/16 – Tünkers France und Tünkers Maschinenbau  
EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Rs. C-649/16 – Valach u. a.  
EuGH, Urteil vom 8.3.2018, Rs. C-64/17 – Saey Home & Garden  
EuGH, Urteil vom 4.10.2018, Rs. C-337/17 – Feniks  
EuGH, Urteil vom 4.10.2018, Rs. C-379/17 – Società Immobiliare al Bosco S.r.l.  
EuGH, Urteil vom 14.11.2018, Rs. C-296/17 – Wiemer & Trachte  
EuGH, Urteil vom 6.2.2019, Rs. C-535/17 – NK  
EuGH, Urteil vom 8.5.2019, Rs. C-25/18 – Kerr  
EuGH, Urteil vom 18.9.2019, Rs. C-47/18 – Riel  
EuGH, Urteil vom 3.10.2019, Rs. C-272/18 – Verein für Konsumenteninformation  
EuGH, Urteil vom 21.11.2019, Rs. C-198/18 – CeDe Group  
EuGH, Urteil vom 4.12.2019, Rs. C-493/18 – Tiger u. a.  
EuGH, Urteil vom 7.5.2020, Rs. C-267/19 und C-323/19 – Parking  
EuGH, Urteil vom 18.11.2020, Rs. C-519/19 – DelayFix

## Frankreich

Cass.civ., 1re, 26.9.2012, n° 11-26.022, Bulletin 2012, I, n° 176  
Cass.civ., 1re, 25.3.2015, n° 13-27.264, Bulletin 2015, n°72, ECLI:FR:CCASS:2105:C100415

## ICSID

*World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7

## Italien

Corte di cassazione (S.U.) 20.2.2007, n. 3841, Rivista di diritto interazionale privato e processuale 44 (2008), 160

## Schweiz

Bundesgericht, Urteil vom 21.1.2002 – 4C.36/2000, BGE 128 III 201

## Singapur

*Abani Trading Pte Ltd. v. BNP Paribas* [2014] SGHC 111

## USA

*Lehman Bros Int'l v. AG Fin. Prods., Inc.*, 60 Misc. 3d 1214 (N.Y. Sup. Ct. 2018)

*Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985)

*The Bremen v. Zapato Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972)

*Trans Meridian Trading Inc. v. Empresa Nacional de Comercializacion de Insumos*, 829 F.2d 949 (9th Cir. 1987)

## Sachverzeichnis

- acquis communautaire* *siehe* Europäische Union (EU), *acquis communautaire*
- Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) 283–308, 315 f., 444 f.
- Aushandeln 288, 444
  - Auslegung 271 f., 443
  - Begriff 287–290, 444
  - Einbeziehungskontrolle 292 f., 444 f.
  - Gerichtsstandsvereinbarung *siehe* Gerichtsstandsvereinbarung, AGB-Kontrolle
  - Inhaltskontrolle 293–308, 445
  - Leistungsbeschreibungen und Preisabreden 295–300, 445
  - Natur des Vertrags 302–307, 445
  - Rechtswahl *siehe* Rechtswahl, AGB-Kontrolle
  - Schiedsvereinbarung *siehe* Schiedsvereinbarung, AGB-Kontrolle
  - Verwender 288–290, 444
- Allgemeininteressen 149, 151 f., 157–160, 219, 240 f., 245–247, 283, 309, 357 f., 398, 416, 438, 441, *siehe auch* gesamtgesellschaftliche Rückbindung
- Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen 384–402, 452–454
- Versagungsgründe 387–394, 396–400, 452–454
  - Wirkungserstreckung 386 f., 395
- Anerkennung von Schiedssprüchen 426–433, 455 f.
- Versagungsgründe 428–433, 455 f.
- Anknüpfung
- objektive Anknüpfung 189 f., 255–258, 442
  - Sonderanknüpfung 202, 224 f., 237, 246, 441
  - subjektive Anknüpfung *siehe* Rechtswahl
- Anwälte 78, 91, 139, 162 f., 270, *siehe auch* Kautelarpraxis
- Anwaltskanzleien *siehe* Anwälte
- Aufhebung von Schiedssprüchen 426–434, 455 f.
- Auslegung *siehe* Vertragsauslegung
- Ausschluss *siehe* Umgang mit transnationalen Ordnungsstrukturen, Ausschluss
- Autonomie *siehe* Privatautonomie
- Autopoiesis *siehe* Systemtheorie, Autopoiesis
- back-to-back* Verträge 79, 227 f., 257
- Basler Ausschuss für Bankenaufsicht 249
- Beobachterperspektive 6–8, 13, 114, 116, 437
- Binnenmarktsachverhalt 233–235, *siehe auch* Inlandssachverhalt; Rechtswahl, Begrenzungen
- bottom-up lawmaking* 32
- Brexit 24, 86, 234, 361, 363
- Brüssel Ia-Verordnung (Brüssel Ia-VO) 212 f., 321–359, 380 f., 383–393
- CISG 28, 83
- Close-out Netting 67–69, 74, 176, 327
- contrat sans loi* 103 f., 116
- Credit Default Swap *siehe* Kreditderivat
- Datumtheorie 244
- Deferenz *siehe* Umgang mit transnationalen Ordnungsstrukturen, Defferenz
- Delegation *siehe* Umgang mit transnationalen Ordnungsstrukturen, Delegation
- Demokratie 141–144, 202 f.
- dépeçage* 23, 370
- Derivat 58–61, 239 f., 256, 355, *siehe auch* Swap
- Kreditderivat 2, 61–79, 326 f.
- Determinations Committees 70–72, 87, 118, 120, 159

- dispositives Recht 89, 219, 266–268, 275 f., 279 f., 298, 443 f.
- Documentary Credit Resolution Expertise (DOCDEX) 46 f., 118, 120, 159
- Dogmatik *siehe* Rechtsdogmatik
- Dokumentenakkreditiv 1, 36–48, 75–79, 130–132, 135
- Drittsschutz 144, 149, 157, 159 f., 219, 235, 246 f., 283, 309, 357 f., 398, 416, 438, 441, *siehe auch* gesamtgesellschaftliche Rückbindung
- Eingriffsnormen 240–251, 354–358, 375–380, 422–426, 441 f., *siehe auch* international zwingendes Recht
- Eingriffsrecht *siehe* Eingriffsnormen
- Einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive (ERA) 43–48, 88, 131 f., 135, 154 f.
- Einheitsrecht *siehe* internationales Einheitsrecht
- Erwartungen
- kognitive Erwartungen 110
  - normative Erwartungen 110, 122 f., 171 f., 180, 303–305, 336–338
  - relationale Erwartungen 303, 336 f.
- Erwartungssicherheit 14–19, 23–26, 30–32, 35, 76, 79, 110, *siehe auch* Rechtssicherheit; Transaktionssicherheit
- Europäische Union (EU) 23 f., 113 f., 141, 174, 235
- *acquis communautaire* 332, 389, 397, 449
  - Austritt des Vereinigten Königreichs *siehe* Brexit
  - Brüssel Ia-VO *siehe* Brüssel Ia-Verordnung (Brüssel Ia-VO)
  - Rom I-VO *siehe* Rom I-Verordnung (Rom I-VO)
- Externalisierung 120–123
- externe Perspektive *siehe* Beobachterperspektive
- Financial Stability Board 69, 74, 249 f.
- Finanzbereich 1 f., 11 f., 27 f., 35 f., 75–79, 435–437
- Finanzmarkt *siehe* Finanzbereich
- Finanzsektor *siehe* Finanzbereich
- Finanzverkehr *siehe* Finanzbereich
- focal point* 92
- forum shopping* 23, 371, *siehe auch* *law shopping*
- funktionale Ausdifferenzierung 2, 103, 109 f., 134, 456
- Funktionssystem 109 f., *siehe auch* Systemtheorie
- Gemeinwohl *siehe* Allgemeininteressen
- Generalklauseln 281 f., 311–314, 316, 446, *siehe auch* offene Rechtsbegriffe
- Gerechtigkeit 107 f.
- international-privatrechtliche Gerechtigkeit 192 f.
- Gerichtsstände
- ausschließliche Gerichtsstände 350–354, 361, 374 f., 398
  - objektive Gerichtsstände 380–383, 451 f.
  - vereinbarte Gerichtsstände *siehe* Gerichtsstandsvereinbarung
  - zwingende Gerichtsstände 328 f., 348–354, 361, 374 f., 391, 398, 448 f., 451
- Gerichtsstandsklausel *siehe* Gerichtsstandsvereinbarung
- Gerichtsstandsvereinbarung 121 f., 162–164, 318, 320–380, 447–451
- AGB-Kontrolle 335 f., 340 f., 448, 450
  - Anforderungen 333–348, 360, 363–365, 367–372, 447 f., 450 f.
  - anwendbares Recht 339–343, 360, 364 f., 369–372, 377 f., 448, 451
  - asymmetrische Gerichtsstandsvereinbarung 343–347, 448
  - Begrenzungen 348–359, 360 f., 365 f., 372–380, 448 f., 450 f.
  - Bestimmtheit 334, 360, 363 f., 368, 448, 450
  - Form 335–338, 360, 364, 368 f., 448, 450
  - Gegenstand 333 f., 367 f.
  - Missbrauchskontrolle 358 f., 361, 380, 449, 451
  - Verletzung 391–393
- gesamtgesellschaftliche Rückbindung 144, 148–157, 241 f., 245 f., 253, 260, 309, 313 f., 439, 441 f., *siehe auch* Allgemeininteressen; Drittsschutz; Schwächerenschutz



- Gesamtverweisung 342  
 Gesellschaftsäquanz 158–160  
 Gesellschaftsrecht 210–214, 290–292, 350–354, 448 f.  
 Gewohnheitsrecht 177, 179, 282 f.  
 Gleichordnung *siehe* Umgang mit transnationalen Ordnungsstrukturen, Gleichordnung  
 Globalisierung 2 f., 18, 35, 103, 148 f., 151  
 Gruppenrichtigkeit 144–147, 294  
 Gutachten *siehe* Opinions
- Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen 394  
 Haager Gerichtsstandsübereinkommen (HGÜ) 361–366, 393 f., 449 f., 453  
 Haager Konferenz für Internationales Privatrecht 27  
 Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts 29, 190, 194 f.  
 Handelsbrauch 179, 269, 282, 307, 337 f.  
 Handelsgewohnheitsrecht *siehe* Gewohnheitsrecht  
 Handelsvertreterausgleich 375 f., 423  
 Hierarchisierung 116–119
- Inkorporation *siehe* Umgang mit transnationalen Ordnungsstrukturen, Inkorporation  
 Inlandssachverhalt 223–233, 441, *siehe auch* Binnenmarktsachverhalt; Rechtswahl, Begrenzungen  
 Insolvenzrecht 67 f., 166, 326 f., 362  
 Institutionenökonomik 6 f., 15–19, 110, 130, *siehe auch* Ökonomik  
 International Chamber of Commerce (ICC) 1, 41–48, 80–94, 118, 130–132, 154 f.  
 – Bankenkommission 1, 42, 44–47  
 – DOCDEX 46 f., 118, 120, 159  
 – ERA 43–48, 88, 131 f., 135, 154 f.  
 International Swaps and Derivatives Association (ISDA) 2, 63–75, 80–94  
 – Definitions 66 f., 70 f.  
 – Determinations Committees 70–72, 87, 118, 120, 159  
 – Master Agreement 65–69, 86, 122  
 – Protocols 67, 70, 74, 86, 117
- international zwingendes Recht 142, 241–243, 354–356, 375–380, 422–426, *siehe auch* Eingriffsnormen; *ordre public*  
 Internationale Handelskammer *siehe* International Chamber of Commerce (ICC)  
 internationale Zuständigkeit *siehe* Gerichtsstände  
 internationaler Entscheidungseinklang 22 f., 26, 187  
 internationales Einheitsrecht 25–30, 35, 83, 435 f.  
 – optionales Einheitsinstrument 26  
 – Rechtsharmonisierung 25–30, 35, 435 f.  
 – Rechtsvereinheitlichung 25–30, 35, 83, 435 f.  
 Internationales Privatrecht 20–25, 101 f., 187–260, 439–442  
 Internationales Zivilprozessrecht 20, *siehe auch* Internationales Zivilverfahrensrecht  
 Internationales Zivilverfahrensrecht 20–25, 317–434, 447–456  
 interne Perspektive *siehe* Teilnehmerperspektive
- Kartellrecht 248, 309 f., 418, 431  
 Kautelarpraxis 77, *siehe auch* Anwälte  
 kognitive Erwartungen *siehe* Erwartungen, kognitive Erwartungen  
 Kollisionsrecht *siehe* Internationales Privatrecht  
 Kommunikationscode *siehe* Systemtheorie, Kommunikationscode  
 Konsortialkredit 1 f., 48–58, 75–79, *siehe auch* Kredit  
 – Kreditkonsortium 210–214, 277–279, 290–292, 350 f.  
 Konstitutionalisierung 150, 153–156, 245–247, 253–255, 309 f.  
 Kredit 49 f., *siehe auch* Konsortialkredit  
 Kreditderivat *siehe* Derivat, Kreditderivat  
 Kreditkonsortium *siehe* Konsortialkredit, Kreditkonsortium
- Law and Economics* 8, *siehe auch* Ökonomik  
*Law and Society* 8, *siehe auch* Rechtssoziologie

- law in action* 8, 13, 181, 204, *siehe auch*  
lebendes Recht; Rechtsrealismus
- law in the books* 8, 13, 181, 204
- law merchant* *siehe lex mercatoria*
- law mix* 224 f., 234, 237 f.
- law shopping* 23, *siehe auch forum shopping*
- lebendes Recht 102, *siehe auch law in action*; Rechtsrealismus
- Legal Origins Theory* 166 f.
- Legal Realism* *siehe* Rechtsrealismus
- Legitimation 140–156, 202 f., 438
- lex causae* 244, 370 f.
- lex fori* 211 f., 371, 417 f., 430
- lex fori prorogati* 343, 371 f.
- lex mercatoria* 3, 32 f., 125, 133, 200 f.
- Loan Market Association (LMA) 1 f., 53–58, 80–94
- Lugano-Übereinkommen (LugÜ) 359–361, 381–384, 393, 449, 453
- Marktversagen 139 f., 149, 169, 246, 284, 289, 298 f., 305–307, 445
- materiellrechtliche Verweisung 188, 194, 224
- Model Law *siehe* Modellgesetz
- Modellgesetz 29 f., 248 f.
- Musterdokument 43–45, 55–58, 65–69, 81–96, 110 f., 117–121, 133, 135–139, 145–147, 179, 184 f., 193–205, 215 f., 226 f., 257 f., 267–279, 282, 287–290, 293–295, 301, 304, 323–325, 347, 436 f., 439–445
- Musterregelung *siehe* Musterdokument
- Mustervertrag *siehe* Musterdokument
- Nationalstaat *siehe* Staat
- Natur des Vertrags *siehe* Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), Natur des Vertrags
- Naturstudium 8, 13
- Netzwerkeffekte 90 f., 138–140
- New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (UNÜ) 138, 403, 405–433
- Norm 4, 7, 16, 95 f., 129
- Rechtsnorm *siehe* Rechtsbegriff
- normative Erwartungen *siehe* Erwartungen, normative Erwartungen
- offene Rechtsbegriffe 280–282, 315, 443 f., *siehe auch* Generalklauseln
- öffentliches Recht 141–144, 151–153, 242
- Öffentlichkeit 152 f.
- Ökonomik
- Institutionenökonomik 6 f., 15–19, 110, 130
- (neo-)klassische Ökonomik 16 f.
- ökonomische Analyse des Rechts *siehe Law and Economics*
- Opinions 46, 70, 91, 118
- opt-in* 83, 137, 142, 145, 282
- opting out of regulation* 224, 378 f., 397, 424
- optionales Einheitsinstrument *siehe* internationales Einheitsrecht, optionales Einheitsinstrument
- Ordnungsregime 79–94, 110–124, *siehe auch* transnationales Vertragsrechtsregime
- Ordnungsstrukturen *siehe* Ordnungsregime
- ordre public* 241, 251–255, 313 f., 354–358, 366, 375–380, 388–390, 397 f., 422–426, 430–433, 441 f., 449–451, 453, 455 f.
- negativer *ordre public* 251–255, 314
- positiver *ordre public* *siehe* Eingriffsnormen
- transnationaler *ordre public* 247, 255, 366, 390, 398, 441, 450, 455, *siehe auch* Transnationalisierungsfähigkeit
- over the counter* (OTC) 60
- Panel of Recognised International Market Experts in Finance (P.R.I.M.E. Finance) 72 f., 318, 403, *siehe auch* Schiedsgerichtsbarkeit, Finanzstreitigkeiten
- Parteiautonomie *siehe* Rechtswahl
- Principles of European Contract Law (PECL) 29, 136, 195, 198
- Privatautonomie 101, 143 f., 157 f., 262, 308, 318, *siehe auch* Vertragsfreiheit
- private ordering* *siehe* private Ordnung
- private Ordnung 2 f., 10, 30–35, 436
- privates Einheitsrecht 11, 180
- Protokolle *siehe* International Swaps and Derivatives Association (ISDA), Protocols

- Qualifikation 23, 209–214, 290 f., 350 f., 440
- Rechtsanwälte *siehe* Anwälte
- Rechtsbegriff 3 f., 32–34, 96–123, 196, 437  
– relativer Rechtsbegriff 113–115, 171 f., 174 f., 437
- Rechtsdogmatik 5, 9, 10, 171–173, 179 f.  
– responsive Rechtsdogmatik 7, 180–183, 185, 438 f., 457
- Rechtsetatismus 3 f., 98–102, 437
- Rechtshängigkeit 383 f., 452  
– Torpedoklagen 383
- Rechtsharmonisierung *siehe* internationales Einheitsrecht, Rechtsharmonisierung
- Rechtswahl *siehe* Wettbewerb der Rechtsordnungen
- Rechtsökonomik *siehe* *Law and Economics*
- Rechtsppluralismus 4, 102–106, 437
- Rechtsquellen 98–106
- Rechtsrealismus 8, *siehe auch* *law in action*; lebendes Recht
- Rechtssicherheit 16 f., 18 f., 24–26, 189, 435 f., *siehe auch* Erwartungssicherheit; Transaktionssicherheit
- Rechtssoziologie 6 f., 8, *siehe auch* *Law and Society*
- Rechtstheorie 96–115, 437
- Rechtsvereinheitlichung *siehe* internationales Einheitsrecht, Rechtsvereinheitlichung
- Rechtswahl 162–164, 188–255, 259 f., 439–442  
– AGB-Kontrolle 217–219, 440  
– Anforderungen 214–219, 440  
– Begrenzungen 219–255, 440–442  
– Erklärung 214–217, 440  
– Rechtswahl nichtstaatlicher Regelwerke 175, 193–205, 439  
– Teilrechtswahl 195, 200, 202  
– unechte Rechtswahl *siehe* materiellrechtliche Verweisung
- rechtswahlfreundliche Auslegung 261, 314 f.
- Responsivität *siehe* Rechtsdogmatik, responsive Rechtsdogmatik
- Rom I-Verordnung (Rom I-VO) 195–260, 342 f., 370, 439–442
- rough-and-ready agreements* 263, 336, 442 f.
- Schiedsfähigkeit  
– gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten 419  
– kartellrechtliche Streitigkeiten 418, 431  
– objektive Schiedsfähigkeit 416–419, 430, 455  
– subjektive Schiedsfähigkeit 419–422, 429 f., 455
- Schiedsgericht *siehe* Schiedsgerichtsbarkeit
- Schiedsgerichtsbarkeit 120, 127, 138, 247, 255, 318 f., 325, 402–434, 454–456  
– Autonomie 403–405  
– Bindung an staatliches Kollisionsrecht 431  
– Finanzstreitigkeiten 73, 120, 403  
– Kompetenz-Kompetenz 392, 407
- Schiedsort 405 f., 408–412, 426 f., 454
- Schiedsspruch  
– Anerkennung 426–434, 455 f.  
– Aufhebung 426–434, 455 f.  
– Vollstreckung 426–434, 455 f.
- Schiedsvereinbarung 318, 407–426, 429 f., 433 f., 454 f.  
– AGB-Kontrolle 415 f., 454  
– Anforderungen 408–416, 429 f., 454  
– anwendbares Recht 412–414, 454  
– asymmetrische Streitbeilegungsklauseln 416  
– Begrenzungen 416–426, 454 f.  
– Bestimmtheit 408  
– Einrede 406 f., 454  
– Form 408–412  
– Verletzung 391–393
- Schuldstatutstheorie 243 f.
- Schwächerenschutz 144, 149, 157, 159 f., 219, 235–240, 242 f., 283, 301, 309, 335, 348 f., 357, 361, 372 f., 391, 398, 410–412, 416, 421 f., 438, 441, 448, 451, 455, *siehe auch* gesamtgesellschaftliche Rückbindung; Verbraucher
- second order bargaining* 88, 146
- Sekundärmarkt 49, 52, 58, 76, 79, 93, 213, 337
- Sekundärnormen 106, 112 f., 115–119, 141, 174, 184, 437
- Sekundärregeln *siehe* Sekundärnormen
- soft law* 29, 249, 253 f.
- Sonderanknüpfung 202, 232, 235–240, 248, 251, 441

- Sonderanknüpfungslehre 244
- Staat 2–6, 98–102
- Souveränität 2, 18, 99 f.
  - staatliches Recht 4 f., 16 f., 20–30, 98–102, 104 f., 130–160, 169, 171–173, 437–439, 456 f.
  - Territorialität 2, 18, 20, 22, 83, 99 f., 156 f., 435 f.
- Standardvertrag *siehe* Musterdokument
- strukturelle Kopplung *siehe* Systemtheorie, strukturelle Kopplung
- Swap 59 f., 227 f., 256, 351, *siehe auch* Derivat
- Systemtheorie 109–123, 437
- Autopoiesis 110
  - Kommunikationscode 109 f.
  - strukturelle Kopplung 148, 262, 283
  - Umwelt 109 f., 115, 181 f., 438
- Teilnehmerperspektive 7, 9, 114, 116, 171, 437 f.
- Temporalisierung 119 f.
- Torpedoklagen *siehe* Rechtshängigkeit, Torpedoklagen
- Transaktionskosten 15 f., 18 f., 24, 88–90, 272, 435
- Transaktionssicherheit 15–19, 23 f., 26, 30–32, 34 f., 37, 48, 58, 76, 79, 435 f., *siehe auch* Erwartungssicherheit; Rechtssicherheit
- Transformationsnormen 186
- transnational legal orders* 128 f.
- transnationaler Vertrag 6 f., 180, 183–189, 193, 205–260, 261–316, 317–434, 438–457
- transnationales Recht 7, 9–11, 124–130, 133 f., 136, 151, 156–158, 160, 169, 178, 193, 456
- transnationales Vertragsrechtsregime 129 f., 132–134, 141–147, 153–156, 160, 164, 169, 185, 187 f., 193, 209, 213, 236, 253, 258, 261 f., 267 f., 270, 273, 276 f., 306, 315 f., 318, 437–439, 456
- Transnationalisierung des Rechts *siehe* transnationales Recht
- Transnationalisierungsfähigkeit 246–251, 254 f., 260, 309, 316, 358, 366, 379 f., 390, 397, 426, 432, 441, 446, 450 f., 453, 455
- Treu und Glauben 269, 277, 281 f., 311, 315, 444, 446
- Treupflichten 278 f.
- Umgang mit transnationalen Ordnungsstrukturen
- Ausschluss 178
  - Deferenz 177
  - Delegation 176 f.
  - Gleichordnung 175
  - Inkorporation 176
  - responsive Rechtsdogmatik *siehe* Rechtsdogmatik, responsive Rechtsdogmatik
- Umwelt *siehe* Systemtheorie, Umwelt
- UNCITRAL 27, 48, 69, 124, 147, 154 f.
- UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit (UNCITRAL ML) 30, 405
- UNIDROIT 27, 28, 69, 74
- UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 6, 29, 113, 136, 195, 198
- UNIDROIT Principles on the Operation of Close-Out Netting Provisions 29 f., 69
- UN-Kaufrecht *siehe* CISG
- Verbraucher 185, 218, 236–240, 301, 340 f., 348 f., 372 f., 381, 409–412, 421 f., 441, 448, *siehe auch* Schwächerenschutz
- Verkehrskreis 87 f., 96, 146, 268, 273, 281 f., 293, 300 f., 304, 306, 312 f., 315 f., 443–445
- Verkehrssitte 269, 281 f., 311–314, 446
- Vertragsauslegung 265–280, 315, 443
- Vertragsfreiheit 148 f., 262, 308, 442, *siehe auch* Privatautonomie
- Begrenzungen 283–314, 444–446
- Vertragskette 78 f., 91, 229, 233
- Vertragsnetzwerk 78 f., 91, 96, 116–123, 233, 436 f.
- Vertragsrecht 261–316, 442–446
- Vertragsrechtsregime *siehe* transnationales Vertragsrechtsregime
- Vertragsschluss 262–265, 315, 442 f.
- Vertragssprache 265, 273 f.
- Vertragstypen 77 f., 81, 89, 117, 184, 190, 201, 255 f., 266–268, 275–277, 298, 302, 305–307, 316, 437, 443

- Völkerrecht 4, 18, 25, 28, 82, 100 f., 123, 143, 151 f., 247, 436
- Vollstreckung ausländischer Gerichtsentscheidungen 20, 384–402, 452–454
- Versagungsgründe 387–394, 396–400, 452–454
- Vollstreckung von Schiedssprüchen 426–434, 455 f.
- Versagungsgründe 428–433, 455 f.
- Vorabentscheidungsverfahren 212, 229, 337, 351, 376
- Wettbewerb der Rechtsordnungen 160–169
- Wirtschaftsverfassung 154 f., 246, 308 f., 433, 441
- Wissensteilung 306
- Zins 50, 245, 251 f., 297–301, 310 f., 445
- Zuordnungsfreiheit 318, 447
- zwingendes Recht 131, 142, 149 f., 155, 159 f., 188, 193, 195, 202, 205, 219, 223 f., 232–234, 240–243, 283, 305, 308–314, 316, 348, 406, 445 f.
- international zwingendes Recht 142, 241–243, 354–356, 375–380, 422–426, *siehe auch* Eingriffsnormen; *ordre public*