

Nr. 174

HERBERT KRONKE

**TRANSNATIONALES HANDELSRECHT IN DER
REIFEPRÜFUNG:
DIE UNIDROIT-ARBEITEN 1998 - 2008**

2009

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT

Vorträge und Berichte

Nr. 174

herausgegeben von den Mitgliedern des Zentrums



Dr. Dr. h.c. Herbert Kronke

Professor an der Universität Heidelberg,
Generalsekretär UNIDROIT a.D.

Transnationales Handelsrecht in der Reifeprüfung: Die UNIDROIT-Arbeiten 1998-2008

Referat im Rahmen der Vortragsreihe
„Rechtsfragen der Europäischen Integration“

Bonn, den 02.02.2009

Copyright bei den Autoren

ausschließlich erhältlich beim Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht

www.zew.uni-bonn.de

Druck: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Inhalt

| | |
|---|----|
| I. Aufgaben | 1 |
| II. Ergebnisse | 2 |
| 1. Kreditsicherungsrecht | 3 |
| a) Übereinkommen von Kapstadt | 3 |
| (1) Ökonomische Verifizierung von Bedarf und rechtlicher Ausgestaltung | 5 |
| (2) Commercial approach als Verhandlungsmaxime | 6 |
| (3) Unterstützung bei Umsetzung und Anwendung | 7 |
| (4) Beteiligung der Praxis | 8 |
| b) Modellgesetz Leasing | 9 |
| 2. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts | 10 |
| 3. ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure | 13 |
| 4. Franchising | 14 |
| 5. Kapitalmarkt- und Finanzdienstleistungsrecht | 15 |
| a) Genfer Übereinkommen über Bucheffekten | 15 |
| b) Zukünftig-Embryonales: Netting und ein „Legislative Guide für Emerging Markets“ | 21 |
| 6. „Non-legislative activities“ und institutionelle Entwicklung | 21 |
| III. Konklusionen | 22 |

I. Aufgaben

Nach Art. 1 des Statuts des *Internationalen Instituts für die Vereinheitlichung des Privatrechts*¹, besser bekannt unter seinem den französischen Namen zusammenfassenden Kürzel UNIDROIT, ist der Zweck der Organisation „*to examine ways of harmonising and coordinating the private law of States and groups of States, and to prepare gradually for the adoption by the various States of uniform rules of private law.*“

Am Anfang – d.h. im Jahre 1926 – dieser ältesten intergouvernementalen Organisation² mit Aufgaben im Bereich des Privatrechts stand der Gelehrtenraum (*Lambert, Saleilles*) einer Welt unter einheitlichem Privatrecht. Heute beschreiben die Organe die Aufgabe bescheidener mit „koordinierter Modernisierung und – wo von der Sache her nahe liegend – Harmonisierung des Privat-, insbesondere des Handels- und Wirtschaftsrechts“.

Dabei beginnt sich die Bezeichnung „transnationales Handelsrecht“ durchzusetzen: der Terminus reflektiert die Vielfalt der Quellen, namentlich der verschiedenen Instruments-Typen und die Beteiligung auch privater Akteure an der Produktion von Regelwerken³.

¹ Statute incorporating the amendment to Article 6 (1) which entered into force on 26 March 1993, <http://www.unidroit.org/mm/statute-e.pdf>.

² Die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht arbeitete im Bereich des Kollisionsrechts (IPR) seit 1896, wurde aber erst im Jahre 1956 eine zwischenstaatliche Organisation.

³ Zu Einzelheiten *Goode/Kronke/McKendrick*, *Transnational Commercial Law. Text, Cases, and Materials* (Oxford 2007) chapter 1.

II. Ergebnisse

Seit 1964 – dem Jahr der Verabschiedung der Haager einheitlichen Kaufgesetze (EKG und EAG) – wurden 14 Staatsverträge und Modellgesetze mit dem UNIDROIT-Etikett sowie 9 Staatsverträge verabschiedet, welche bei UNIDROIT vorbereitet und dann zur Verabschiedung an andere Organisationen (UNO, Europarat u.a.) abgegeben. Ferner eine Reihe Soft-law-Instrumente (*Principles, Guides*).

Die häufig gestellte Frage, wie viele der bei UNIDROIT und den anderen sogen. *private-law formulating agencies* entwickelten Instrumente tatsächlich als Erfolge zu verbuchen sind, ist letztlich nicht wirklich eindeutig zu beantworten. Und zwar deshalb nicht, weil die Kriterien für die Messung viele sind: Nimmt man die Zahl der Vertragsstaaten, so waren EKG und EAG gewiss keine Erfolge; stellt man auf das Volumen des den Abkommen unterfallenden Außenhandels der Vertragsstaaten (z.B. Deutschlands, Italiens oder der Niederlande), den Einfluss von EKG und EAG auf den Nachfolger – die CISG – und damit mittelbar auf die Vertragsrechtsreform in zahlreichen Ländern ab, war ihr Erfolg höchst beachtlich. Welche Kriterien man auch anlegt, acht seit dem 2. Weltkrieg entstandene Instrumente waren bzw. sind Riesenerfolge: (1) Das Warschauer Abkommen/Haager Protokoll (1955), nunmehr Montrealer Abkommen (1999) zum Lufttransportrecht; (2) die den Straßengütertransport regelnde CMR (1956); (3) das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung ausländischer Schiedssprüche (1958); (4) die UNCITRAL Arbitration Rules (1976); (5) das

Wiener UN-Kaufrecht – CISG – (1980); (6) das UNCITRAL Modellgesetz für die Schiedsgerichtsbarkeit (1986); (7) die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (1994 und 2004); (8) die Cape Town Convention (2001).

1. Kreditsicherungsrecht

a) Übereinkommen von Kapstadt

Ein Schwerpunkt der Arbeit während des vergangenen Jahrzehnts lag auf dem Recht der Mobiliarsicherungsrechte. Das Kapstädter Übereinkommen über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung – besser bekannt als Cape Town Convention –, mit dem ersten seiner drei industriespezifischen Protokolle (über Sicherungsrechte an Flugzeugen)⁴ am 16.11.2001 angenommen und derzeit in 32 Staaten in Kraft und von der EG ratifiziert, deckt nach Industrieschätzungen 75-80 % aller kreditfinanzierten Transaktionen weltweit ab.

Im Jahre 2007 wurde das Luxemburger Protokoll zur Kapstädter Konvention betreffend Sicherungsrechte an Eisenbahnrollmaterial verabschiedet⁵. Es ist noch nicht in Kraft⁶; wohl nicht zuletzt, weil das Register – ein Kernstück des Kapstädter Systems für die Publizierung von Rechten an Loko-

⁴ Vgl. hierzu *Goode/Kronke/McKendrick* (N. 3) chapter 12; *Henrichs*, Das Übereinkommen über Internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung, IPRax 2003, 210. Die amtlichen Versionen (Englisch und Französisch) dieses und aller übrigen nachfolgend zitierten Instrumente finden sich unter www.unidroit.org. Die Fassung der drei deutschsprachigen Staaten ist abgedruckt in IPRax 2003, 276-297.

⁵ Text der Originalfassungen und Beiträge von *Kronke, Rosen, Owono Essono, Castillo-Triana, Wilson, Josipovic, Poulain, Harris, Kafka, Bollweg/Schnell, von Bodungen/Schott* in Unif. L. Rev. 2007, 420-678. Deutscher Text in IPRax 2008, 169-176 und dazu *Bollweg/Kreuzer*, ebd. 176.

⁶ Gezeichnet wurde es bisher von der EU, Gabun, Italien und der Schweiz.

motiven, Waggonen usw. noch nicht operativ ist. Ein drittes Protokoll über Sicherungsrechte an „*space assets*“, vor allem Satelliten, ist in Vorbereitung und könnte 2010 verabschiedet werden.

Sicherungsrecht („*international interest*“) ist gemäß Art. 2 Abs. 2 des Kapstädter Abkommens die Rechtsstellung eines Sicherungseigentümers, die eines Vorbehaltsverkäufers und die eines Leasinggebers. Es handelt sich um ein originär-internationales Sicherungsrecht (also nicht um eines, welches in einem Staat entsteht und in anderen aufgrund einer entsprechenden Regel des IPR anerkannt werden müsste). Die Wirksamkeit gegenüber Dritten und der Rang im Sicherungsfall, vor allem in der Insolvenz des Schuldners/Sicherungsgebers, ergeben sich aus der Eintragung in ein online zugängliches, und rund um die Uhr operatives internationales Register⁷. Es handelt sich – in deutscher Terminologie – nicht um ein Personal-, sondern ein Real-„folium“, d.h. Sicherungsrechte werden bei dem betreffenden, durch Hersteller-Seriennummer identifizierbaren Sicherungsgut (Flugzeugzellen, Flugzeugtriebwerke, Hubschrauber) publiziert. Und es handelt sich – in nordamerikanischer Terminologie – um „*notice filing*“, d.h. der Registerführer prüft nicht die der Anmeldung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte. Darum muss sich ggf. ein später kommender Einsicht nehmender potentieller Kreditgeber

⁷ Das Register für Rechte an Flugzeugen usw. wird geführt von *Aviareto Ltd.* und hat seinen Sitz in Dublin, www.aviareto.aero/. Ein Register für Rechte an Eisenbahnrollmaterial gibt es noch nicht. Gemäß Beschluss der diplomatischen Konferenz wird es seinen Sitz in Luxemburg haben.

kümmern, wenn er in Erfahrung bringen will, welchen Rang ein zu seinen Gunsten ggf. zu bestellendes Recht haben würde.

Methodisch bahnbrechend und für die Zukunft des transnationalen Handelsrechts wegweisend war viererlei: (1) Die Verifizierung des Bedarfs und die der funktionalen Charakteristika durch eine wirtschaftswissenschaftliche Studie; (2) die Verhandlungen auf der Grundlage des sog. „*commercial approach*“; (3) die Vielfalt und Qualität der Umsetzung und Anwendung unterstützenden Materialien; (4) die Intensität der Beteiligung der Industrie und der übrigen Praxis.

(1) Ökonomische Verifizierung von Bedarf und rechtlicher Ausgestaltung

Seit jeher stand am Anfang eines jeden rechtsvereinheitlichenden Projekts eine rechtsvergleichende Studie. Im Falle von Kapstadt kam hinzu und war von ungleich größerem Einfluss eine „*economic impact assessment study*“. Zwei führende Wirtschaftswissenschaftler analysierten im Einzelnen, welche konstruktiven Charakteristika (z.B. Behandlung in der Insolvenz) ein internationales Sicherungsrecht haben müsse, um bestimmte ökonomische Effekte zu erzielen – genauer: um Kreditkosten unter bestimmten Umständen (z.B. Schuldnersitz in Deutschland oder Indonesien) um 5, 20 oder 30 % senken zu können.

(2) Commercial approach als Verhandlungsmaxime

Die ökonomische Fundierung der angestrebten rechtskonstruktiven Charakteristika hatte den erwünschten Effekt: Zentrale Weichenstellungen wurden nicht mehr – wie allzu oft in der Geschichte des Einheitsrechts – vorgenommen als Ausfluss der Entscheidung für oder gegen ein bestimmtes historisches oder aktuelles Modell (etwa *common law* v. kontinentaleuropäische Tradition), sondern als Entscheidung für den stärkeren ökonomischen Nutzen einerseits oder, andererseits, das Festhalten am eigenen status quo (der eigenen rechtskulturellen Identität). Vereinfachend ausgedrückt: Zunächst die Experten und sodann die Regierungen konnten und mussten vielfach wählen zwischen, beispielsweise, X % Kreditkostenverbilligung bei Option für Lösung A oder Entfall des ökonomischen Effekts im Falle der Option für Lösung B. Heilsam daran war insbesondere, dass (z.B.) der Kompromiss zwischen (z.B.) existenter kanadischer und existenter belgischer Lösung nicht als Verhandlungserfolg galt, sondern ausschließlich die größere Nähe zur angestrebten ökonomisch effektivsten Lösung. Der völkerrechtstechnische Mechanismus sind breitgefächerte, durch Abgabe von Erklärungen eines ratifizierenden Staates auszuübende „*Opt-ins*“ oder „*opt-outs*“, welche den Transaktionsparteien und ihren Beratern durch Publizität im Register transparent gemacht werden. Viel diskutiertes Beispiel sind die Alternativen A oder B des Art. XI des Luftfahrtprotokolls, Kennern bekannt als „*hard*“ oder „*soft alternative*“. Ob der Sitzstaat des Schuldners sich für die eine oder andere entschieden hat,

macht ggf. einen Unterschied von 33 % in der Festsetzung der „*exposure fee*“ eines Exportfinanzierers aus.

(3) Unterstützung bei Umsetzung und Anwendung

Es ist bekannt, dass das „*getting to yes*“ oftmals mühsam ist und lange dauert. Doch ist es meist um ein Vielfaches schwieriger, auf internationaler Ebene vereinbarte Texte national korrekt und effektiv umzusetzen und, ist dieser Punkt einmal erreicht, das Einheitsrecht weltweit auch einheitlich anzuwenden⁸.

Das in UNIDROIT-Tradition wichtigste Mittel, hierbei zu helfen, ist der Amtliche Kommentar zu einem verabschiedeten Text. Der dem Kapstädter Übereinkommen gewidmete aus der Feder von Professor *Sir Roy Goode*, Rapporteur der Regierungsexpertenkommission und der diplomatischen Konferenzen in Kapsstadt und Luxemburg, liegt inzwischen – ein absolutes Novum – in 2. Auflage vor und gilt weltweit als die Bibel des Kreditsicherungsrechts unter der Konvention⁹. Die revidierte und bedeutend erweiterte Neuauflage konnte die Praxis seit Inkrafttreten und nicht zuletzt die Erfahrungen des internationalen Registers aufgreifen.

Neuartig ist, dass eine Gruppe der in der Flugzeugfinanzierung erfahrensten Praktiker aktiv an der Implementierung mitwirkt.

⁸ Hierzu im Detail *Goode/Kronke/McKendrick* (N. 3) chapter 19.

⁹ Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment, Official Commentary, Revised Edition, by Professor Sir Roy Goode CBE, QC (Rome 2008). Zum Eisenbahnprotokoll: Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Railway Rolling Stock, Official Commentary, by Professor Sir Roy Goode CBE, QC (Rome 2008).

Zum einen durch eine Schriftenreihe, über die Vertragspraxis und die dem Vertragsschluss vorangehenden, in der meist von den Sicherungsgebern angeforderte Rechtsgutachten publik gemacht werden¹⁰. Zum anderen durch im Halbjahresrhythmus stattfindende interaktive Praktikerseminare.

(4) Beteiligung der Praxis

Als der UNIDROIT-Direktionsrat während der ersten Schritte der Vorstudien feststellte, dass die in der Flugzeugfinanzierung, der Eisenbahnfinanzierung und der Satellitenfinanzierung herrschenden Bedürfnisse und Praktiken z.T. nicht unerheblich voneinander abweichen, initiierte er die Gründung dreier Industrieexpertisegruppen: *die Aviation Working Group*, die *Rail Working Group* und die *Space Working Group*. Der Aviation Working Group beispielsweise gehören an sämtliche bedeutenden Flugzeug- und Triebwerkehersteller, sämtliche führenden Flugzeug-Leasinggesellschaften, eine Reihe von sonstigen in diesem Bereich engagierten Banken, die IATA als Interessenvertreter der Fluggesellschaften als Erwerber und Sicherungsgeber sowie führende spezialisierte Anwaltskanzleien. Die Gruppe begleitete die Arbeiten an Konvention und Luftfahrtprotokoll von der Phase der sog. *Study Group* bis zur diplomatischen Konferenz, beriet bei der Entwicklung des internationalen Registers, berät in Kooperation mit UNIDROIT interessierte

¹⁰ *The Legal Advisory Panel of the Aviation Working Group*, Contract Practices Under the Cape Town Convention. Cape Town Papers Series, vol. 1, published by Uniform Law Foundation – Stichting voor eenmaking van het recht (2004); *idem*, Advanced Contract and Opinion Practices under the Cape Town Convention. Cape Town Papers Series, vol. 2 (Oxford and Portland, Ore. 2008).

Regierungen, koordinierte die Vereinbarungen der Exportkreditversicherer, welche für Erwerber und Leasingnehmer in Vertragsstaaten günstigere Konditionen anbieten und organisiert die genannten Praktikerseminare.

Es liegt auf der Hand, dass all diese Aktivitäten weder von einer internationalen Organisation mit beschränkten Ressourcen wie UNIDROIT allein geleistet werden könnten noch dieser Implementierungsprozess in seiner Qualität mit irgend einem ihm vorangegangenen vergleichbar ist.

b) Modellgesetz Leasing

Bereits bei Verabschiedung des Ottawa Übereinkommens über internationales Finanzierungsleasing von 1988 war von etlichen Regierungen angeregt worden, dieses allein für grenzüberschreitende Transaktionen einen Rahmen setzende Instrument durch ein breit angelegtes Modellgesetz zu ergänzen, welches insbesondere Staaten ohne moderne und das Leasing fördernde Rechtsregeln als Basis für Reformbemühungen zur Verfügung gestellt werden sollte. Indessen konzentrierte sich das Interesse sowohl der Regierungen als auch der Industrie mit fortschreitender Arbeit am Übereinkommen von Kapstadt immer mehr auf dieses, bis schließlich die verfügbaren Ressourcen ganz in den Kapstadt-Prozess investiert und das Leasing-Vorhaben auf Eis gelegt wurde.

Der Anfrage der zur Weltbank-Gruppe gehörenden International Finance Corporation (IFC) im Jahre 2006 ist es zu verdanken, dass das Interesse wieder erwachte. Der IFC erschien es

völlig zu Recht unvernünftig, bei ihren Rechtsreform-Aktivitäten in Entwicklungsländern das (Leasing-)Rad stets neu erfinden zu müssen, und sie sah – ebenso wie einige Entwicklungsbanken, Regierungen und Teile der betroffenen Wirtschaft in UNIDROIT – im Hinblick auf die Erfahrungen von Ottawa, Kapstadt und Luxemburg – den Idealkandidaten, in kurzer Frist und mit geringstem finanziellen Aufwand ein Modellgesetz zu entwickeln. Bezeichnenderweise fanden die Sitzungen der Regierungsexpertenkommission ganz im Gegensatz zur Regel (Rom) in Südafrika und Oman statt.

Das Modellgesetz von 2008¹¹ beschränkt seinen Anwendungsbereich auf kommerzielles Leasing, schließt also Transaktionen von Verbrauchern aus. Hingegen enthält es Regelungsvorschläge nicht nur für das Finanzierungsleasing als funktionalem Kreditsicherungsmittel, sondern auch für andere Leasingtypen.

2. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts

Dieses Instrument, bereits vor Erscheinen seiner ersten Ausgabe im Jahre 1994 in aller Munde und kommentiert und diskutiert auf vielen Metern von Bibliotheksregalen¹², kann nicht anders als als phänomenaler Erfolg charakterisiert werden. Die

¹¹ Mit Text und Beiträgen von *Stanford, El-Mokhtar Bey, DeKoven, Hauck, Sultanov* in *Unif. L. Rev./Rev. dr. unif.* 2009, 578-665.

¹² Vgl. nur *Bonell*, *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (3rd ed. Ardsley, NY, 2008); *ders.* (ed.), *The UNIDROIT Principles in Practice – Caselaw and Bibliography on the Principles of Commercial Contracts* (Ardsley, NY, 2002); *Goode/Kronke/McKendrick* (N. 3) chapter 14; *Voggenauer/Kleinheisterkamp* (ed.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)* (Oxford 2009).

in den 70er Jahren erstmals ventilerte Idee, ob es wohl denkbar sei, gleichsam einen Allgemeinen Teil aus den bis dahin verabschiedeten unzähligen Abkommen zu speziellen Vertragstypen herauszudestillieren, wurde aus nahe liegenden Gründen verworfen. Drei Vorschriften der CISG belegen, dass die Zeit dafür nicht reif war:

Art. 7 (1) – ein kryptischer Hinweis auf den guten Glauben –, Art. 28 – das Bestehen eines Erfüllungsanspruchs den Gerichten anheim stellend – und Art. 78 – Zinsen ohne Konkretisierung von Zinssatz auf Laufzeit – ließen keinen Zweifel, dass ein solcher Allgemeiner Teil in Verhandlungen der Regierungen mit all dem diplomatischen Zeremoniell, dem Auftritt eines jeden Delegierten als „die Vereinigten Staaten“, „Frankreich“, „UdSSR“ oder „Togo“, dem Druck zur Präsentation des national Identitätsstiftenden und der Gefahr von Gesichtsverlust, nicht zu erreichen war. Kaum war dies konstatiert, war die Alternative zum völkerrechtlich verbindlichen Vertrag klar: *soft law*. Und in der Tat, 17 bedeutenden Gelehrten und prominenten Richtern und Schiedsrichtern, alle erste Sachkenner des Vertragsrechts ihrer Heimatstaaten auf dem ganzen Erdball, gelang es, durch allein an der Sache und der funktionalen Qualität der denkbaren Lösungen orientierte Diskussion im Jahre 1994 den Kern eines solchen Allgemeinen Teils des Vertragsrechts vorzulegen, dessen Veröffentlichung der UNIDROIT Governing Council autorisierte, und zwar einschließlich der Rolle von Treu und Glauben (Art. 1.7), Erfüllungsanspruch (Art. 7.2.1 und 7.2.2) und Zinsen (Art. 7.4.9 und 7.4.10).

Die Resonanz und die Aufnahme der UPICC war auf einer Reihe von Feldern über alle Erwartungen positiv: Die Reformgesetzgeber von den baltischen Staaten bis Argentinien und Mexiko, von Deutschland und den Niederlanden bis China und Russland und nunmehr auch Japan bedienten sich ihrer, ließen sich von ihnen inspirieren oder bestätigen. Rasch kamen eine große Anzahl von Schiedssprüchen und einige Urteile staatlicher Instanz- und Berufungsgerichte, ja selbst eines des EuGH zusammen, welche die Principles anwandten, sie diskutierten oder sie auch nur *illustrandi causa* zitierten. Nicht unerwähnt soll sein, dass sie nicht nur in den fünf Amtssprachen UNIDROITS, sondern in an die 20 Übersetzungen vorlagen. All dies ermutigte den Direktionsrat, eine neue Arbeitsgruppe einzusetzen, welche im Jahre 2004 eine um sieben Kapitel erweiterte Neuauflage vorlegte: Stellvertretung, Rechte Dritter, Aufrechnung, Abtretung, Schuldübernahme und Vertragsübertragung, Verjährung und Verwirkung („*inconsistent behaviour*“).

Inzwischen ist eine dritte Arbeitsgruppe, erweitert um Experten u.a. aus dem Iran und Burkina Faso sowie Repräsentanten einer Reihe weiterer Schiedsinstitutionen, auf der Zielgeraden zur Fertigstellung (2010?) einer dritten Auflage, diesmal mit den neuen Kapiteln Rückabwicklung gescheiterter Verträge, Gesetzesverstoß, Mehrheit von Schuldner und Gläubigern, Bedingungen und Beendigung von Langzeitverträgen aus wichtigem Grund.

Zwei weitere wichtige Ereignisse, welche in den Berichtszeitraum fielen, war zum einen die Empfehlung seitens der

40. UNCITRAL-Session an alle Staaten, die UNIDROIT Principles gemäß ihrer Präambel einzusetzen¹³, und – rechts- wie entwicklungspolitisch gleichermaßen bedeutsam – die Ausarbeitung eines auf den Principles basierenden Modellgesetz-entwurfs für die 16 Mitgliedstaaten der *Organisation pour l’harmonisation en Afrique du droit des affaires* (OHADA), welcher 2007 auf einem großen Kongress in Ouagadougou unter Anteilnahme einer breiten wissenschaftlichen Öffentlichkeit aus ganz Afrika vorgestellt wurde¹⁴.

Auf die weitere Entwicklung darf man gespannt sein¹⁵.

3. ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure

Wie das Sachenrecht und das Insolvenzrecht, so galt auch das Zivilprozessrecht bislang als *no-go area* für die Rechtsvereinheitlichung. Während die beiden erstgenannten Bastionen mit Aplomb und weltweiter Öffentlichkeitswirkung geschleift wurden, als das Übereinkommen von Kapstadt zu seinem Triumphzug antrat, wurde ein wichtiges und dank der federführenden Mitwirkung allererster Namen des Verfahrensrechts, der Prozessrechtsvergleichung sowie Richtern aus den Appellationsgerichten und Schiedsgerichtsbarkeitspraktikern

¹³ United Nations General Assembly, Sixty-second session, Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its fortieth session, Vienna, 25 June - 12 July 2007, A/62/17 (Part 1) 52-54.

¹⁴ Text, Beiträge und Diskussionen in *L’Harmonisation du Droit OHADA des Contrats/The Harmonisation of Contract Law Within OHADA*, Colloque à Ouagadougou (Burkina Faso) – 15-17 novembre 2007, *Unif. L. Rev./Rev. dr. unif.* 2008, 1-676.

¹⁵ Vgl. *Bonell*, Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles?, *Unif. L. Ref.* 2007, 233; *Kronke*, The UN Sales Convention, the UNIDROIT Contracts Principles and the Way Beyond, *J. Law & Comm.* 25 (2005-2006) 451.

gleichermaßen funktionstauglich und konzis-elegant daherkommendes Instrument bisher nicht allzu intensiv diskutiert: die *ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure* aus dem Jahre 2004¹⁶. Ursprünglich vom American Law Institute als ein sehr US-amerikanisches und sehr detailliertes Projekt („*Rules*“) begonnen, wurde es als Gemeinschaftsunternehmen tatsächlich zu transnationalen Prinzipien oder Grundregeln, welche den heutigen Stand moderner Zivilverfahrens- ausgestaltung in weltweiter Perspektive reflektieren. Auf zahlreichen Präsentationen in Amerika, Europa und Asien, von denen leider die den drei deutschsprachigen Ländern gewidmete nicht zu einer Publikation der substanzreichen und positivkommentierenden Beiträge geführt hat¹⁷, konnte inzwischen die Aufnahmebereitschaft geprüft werden. Übersetzungen namentlich ins Chinesische, Japanische, Spanische und Farsi, halfen dem Vernehmen nach, die PTCP in die Prozessrechtsreform in mehreren Staaten Asiens und Lateinamerikas einzuführen.

4. Franchising

Das Franchising in das Arbeitsprogramm einer intellektuell- mental damals noch recht eurozentrierten intergouvernementalen Organisation aufzunehmen, reflektierte die wissenschaft-

¹⁶ Text und Beiträge von *Nhlapo, Einstein/Phipps, Glenn, Kerameus, Scarpinella Bueno, Brinkmann* und *Karrer* in *Unif. L. Rev.* 2004, 741-897. Text auch in *RabelsZ* 69 (2005) mit Einführung von *Stürner*, *The Principles of Transnational Civil Procedure*, ebd. 201. Grundlegend *Stefan Huber*, *Entwicklung transnationaler Modellverfahren für Zivilverfahren* (Tübingen 2008).

¹⁷ Auf dem Heidelberger Kolloquium im Jahre 2003 referierten *G. Hazard/A. Gidi* (Joint Rapporteurs ALI); *R. Stürner* (Joint Rapporteur UNIDROIT); *H. Linke* (Hamm); *W. Rechberger* (Wien); *H. Raeschke-Kessler* (Karlsruhe); *Gottwald* (Regensburg); *Sutter-Somm* (Basel).

liche Neugier für diesen – in schweizerischer Terminologie – Innominatvertrag, welche für die späten 80er Jahre typisch war. Allein, einen Staatsvertrag für etwas zu schaffen, was in einer Rechtsordnung als primär allgemein-vertragsrechtlich, in einer anderen allgemein-handelsrechtlich, einer dritten wettbewerbsrechtlich, quasi-arbeitsrechtlich oder vornehmlich dem Recht des geistigen Eigentums zugehörig angesehen wurde, war kein realistisches Vorhaben. Das Know-how über dieses Distributionssystem, das man bis zu dem Befund indes angesammelt hatte, war beträchtlich, und es blieb nicht ungenutzt. Im Jahre 1998 erschien ein *Guide to International Master Franchise Arrangements*, gleichsam ein Kompendium für Praktiker und Rechtspolitiker, welcher 2007 sogar neu aufgelegt wurde¹⁸. Ferner wurde im Jahre 2002, präzise zugeschnitten auf den kritischsten und streitträchtigsten Bereich im Verhältnis zwischen Franchisor und Franchisee, den bei Vertragsabschluss gegebenen (oder nicht gegebenen!) Informationen, ein „*Model Franchise Disclosure Law*“¹⁹ verabschiedet.

5. Kapitalmarkt- und Finanzdienstleistungsrecht

a) Genfer Übereinkommen über Bucheffekten

Im Jahre 2002 beschlossen Direktionsrat und Generalversammlung von UNIDROIT einen zunächst aus vier Programmpunkten bestehenden Arbeitsbereich „*Transactions on Transnational and Connected Capital Markets*“ zu entwickeln. Mit aller-

¹⁸ Guide to International Master Franchise Arrangements (2^d ed., Rome 2007).

¹⁹ Text und Explanatory Report in Unif. L. Rev. 2002, 107.

höchster Priorität wurde das Projekt einer „*Convention on Substantive Rules regarding Intermediated Securities*“ versehen und eine – ungewöhnlich große, vielgestaltige und mit Industrieexpertise der Börsen und Zentralverwahrer ausgestattete – *Study Group* eingesetzt. Diese legte bereits ein Jahr später ein Positionspapier vor²⁰. Darin wurde festgehalten, dass es nicht um ein weltumspannendes Depotgesetz oder einen globalen Artikel 8 UCC gehen konnte, sondern ein minimalistischer Ansatz zu verfolgen war, innerhalb dessen nur wirkliche Essentialia auf ihre Vereinheitlichungsfähigkeit hin überprüft werden sollten.

Welches war der wirtschaftliche und rechtstatsächliche Hintergrund der Aufnahme in das Arbeitsprogramm und welches sind die Ziele des Übereinkommens? Die Antwort auf die erste Frage liegt auf der Hand: Die in allen entwickelten Rechtsordnungen und Kapitalmärkten rasch vorangeschrittene Dematerialisierung der Wert-„papiere“, ihre Immobilisierung bei Zentralverwahrern und die Zentralität allein der elektronischen Kontobuchungen – nicht etwa (nur) in dem individuellen Depot des einzelnen Anlegers, sondern in (unterschiedlichen) Systemen von Sammelverwahrung, „*omnibus accounts*“ usw., verteilt über u.U. viele Ebenen von Intermediären und bei diesen von Anlegern und Intermediären auf der jeweils darunter liegenden Ebene unterhaltenen Depots. Die Rechtsstellung des Anlegers/Depotinhabers wird z.B. in Deutschland dogmatisch als (Mit-)Eigentum beschrieben, in England und anderen

²⁰ UNIDROIT 2003 – Study LXXVIII – Doc. 8 (August 2003, English only).

Common-law-Rechtsordnungen als „*beneficial ownership*“ in einer Kaskade von Trust-Verhältnissen, und in den USA wurde sie – nach einem Beinahe-Kollaps des alten Systems – als „*entitlement*“, einem Bündel von Rechten neu erfunden und in das Kleid des Artikel 8 UCC gewandet. Schließlich gab es auch der kontinentalen Rechtsfamilie zuzuordnende Rechtsordnungen zu berücksichtigen, in denen nur auf der obersten Ebene Eigentum des Investors besteht und „durch die“ bei in der Kette nachfolgenden Intermediären unterhaltenden Konten „hindurchgeschaut“ wird. Dergleichen ist haltbar und funktionierend, solange jedes System – etwa Deutschland – eine Insel ist, aber es ist nicht mehr oder nur mit etlichen dogmatischen Krücken halt- bzw. erklärbar, wenn Wert-„papier“-Vermögen über Grenzen hinweg gehalten, verwaltet und bewegt werden. Nimmt man hinzu, dass vermutlich die Mehrzahl aller Rechtsordnungen auf die tatsächlichen Strukturen überhaupt noch nicht eingerichtet ist, ergibt sich auch die Antwort auf die zweite Frage. Die Ziele des Übereinkommens sind vier: interne Stimmigkeit, grenzüberschreitende Kompatibilität, Anleger-schutz, Effizienzsteigerung.

Eine angesichts der rechtsvergleichend ermittelten dogmatischen Weite des zu bearbeitenden Feldes und der Unwahrscheinlichkeit, Länder mit durchgebildeter Dogmatik auf Anhieb für die Aufgabe derselben gewinnen zu können, glückliche Entscheidung der *Study Group* und der sodann eingesetzten Regierungsexpertenkommission war, rechtstechnische Terminologie (weil notwendig national konnotiert) ganz zu vermeiden, und Lösungen in „Alltagssprache“ zu formulieren – der

„functional approach“. Besonders augenfällig war er von Anfang²¹ und ist es auch in der endgültigen Fassung geblieben in den beiden Vorschriften, welche beschreiben, welches die Rechte sind, die ein Anleger durch die Kontobuchung erlangt (jetzt Art. 9), bzw. wie sich gutgläubiger Erwerb vollzieht (jetzt Art. 18).

Das Abkommen²² gliedert sich in die folgenden sieben Kapitel: Definitionen, Anwendungsbereich und Auslegungsgrundsätze (Artt. 1-8); Rechte des Kontoinhabers/Anlegers (Artt. 9-10); Übertragung von Bucheffekten (Artt. 11-20); Integrität des Verwahrsystems (Artt. 21-30); Besondere Vorschriften betreffend Kreditsicherungsgeschäfte (Artt. 31-38); Übergangsvorschriften für Rangfragen (Art. 39); Schlussbestimmungen (Artt. 40-48).

Dem unbefangenen Leser des Abkommenstextes wird die große Anzahl von Stellen auffallen, an denen seine Verfasser Details dem (nach IPR – welches nicht Angelegenheit des

²¹ Zu früheren Entwürfen *Explanatory Notes prepared by the UNIDROIT Secretariat* sowie Beiträge von *Sen, Bernasconi, Bazinas, Löber, Deschamps, Dong/Hau, Maffei, Einsele, Than, Kanda, Afrell/Wallin-Norman, Romanowski, Thévenoz* und *Reitz* in einem Sonderheft der *Unif. L. Rev./Rev. dr. unif.* 2005, 4-367 (mit Texten); *Paech*, Grenzüberschreitende Wertpapierverfügungen, *WM* 2005, 1101-1108; *Einsele*, Das UNIDROIT-Projekt zu intermediär-verwahrten Wertpapieren als Konzept für eine Modernisierung des deutschen Depotrechts, *WM* 2005, 1109-1118. Zu jüngeren Fassungen *Thévenoz*, Intermediated Securities, Legal Risk, and the International Harmonization of Commercial Law, *Stan. J. L. Bus. & Fin.* 13 (2008) 384-452. *Kronke*, The Draft Unidroit Convention on Intermediated Securities: Transnational Certainty and Market Stability, in: International Monetary Fund (ed.), *Current Developments in Monetary and Financial Law*, vol. 5 (Washington, D.C. 2008), 619-639; *Pösch*, UNIDROIT-Entwurf einer Wertpapier-Konvention, in: *Hutter/Baums* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Michael Gruson* (2009) 303-319.

²² Die *UNIDROIT Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities* wurde zum Abschluss der 2. Session einer diplomatischen Konferenz am 9.10.2009 verabschiedet, also nachdem dieser Vortrag gehalten wurde. Indes hat der Text seit der 1. Session (1.-12.9.2008) keine wesentlichen Änderungen mehr erfahren.

UNIDROIT-Übereinkommens ist²³ – anwendbaren) „*non-Convention law*“ überlassen. Dies ist notwendiger Ausfluss der Grundentscheidung dafür, nur absolut Essentielles harmonisierend zu regeln und den nationalen Systemen sowie den bestehenden operationellen und organisatorischen Gegebenheiten der Zentralverwahrung von Finanzinstrumenten nicht auch dort Anpassungslasten aufzubürden, wo dies vermeidbar ist. Wie schon im Kreditsicherungsrecht unter dem Kapstädter Übereinkommen (oben II 1 a) ist der Mechanismus, mittels dessen wichtige Besonderheiten eines nationalen Systems den Beteiligten offenbart werden, eine entsprechende, beim Depositar des Abkommens (UNIDROIT) hinterlegte und von ihm publizierte Erklärung eines Vertragsstaates. Ein besonders eindrückliches Beispiel ist Art. 7 (vgl. auch Art. 3), der ganz speziellen – sogen. „transparenten“ - Zentralverwahrungssystemen – wie etwa dem chinesischen – gewidmet ist.

Eine Folge, die sich aus dem „*functional approach*“ ergibt, ist, dass ein Vertragsstaat, welcher derzeit ein in sich dogmatisch stimmiges, aber erkennbar „deutsches“, „französisches“ oder „englisches“ System hat, eine Weichenstellung vornehmen

²³ Das Kollisionsrecht (IPR) der Bucheffekten ist Gegenstand des Haager Übereinkommens vom 5.7.2006 mit dem Titel *Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary*. Vgl. dazu *Goode/Kanda/Kreuzer*, with the assistance of *Chr. Bernasconi*, Hague Securities Convention – Explanatory Report (The Hague 2005); *Einsele*, Das Haager Übereinkommen über das auf bestimmte Rechte im Zusammenhang mit zwischenverwahrten Wertpapieren anwendbare Recht, WM 2003, 2349-2356; *Reuschle*, Haager Übereinkommen über die auf bestimmte Rechte in Bezug auf Intermediär-verwahrte Wertpapiere anzuwendende Rechtsordnung, IPRax 2003, 495-505. Zum deutschen, österreichischen und schweizerischen materiellen und Kollisionsrecht *Kronke/Haubold*, Teil L – Börsen- und Kapitalmarktrecht, in: *Kronke/Melis/Schnyder* (Hrsg.), Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht (2005) Rz. 135-338.

kann²⁴. Er kann entweder die funktional neutralen Vorschriften in „deutsche“ oder „englische“ dogmatisch vorgeprägte Terminologie (des Sachenrechts, des Trust- oder Treuhandrechts, des Schuldrechts usw.) rück-„übersetzen“. Oder er kann den Sprung ins kühlere, aber u.U. klarere und für ausländische Juristen-Navigatoren sicherere Wasser eines dogmatischen Neubeginns wagen.

Wie zu allen UNIDROIT-Konventionen, so wird es auch zum Genfer Übereinkommen einen Amtlichen Kommentar geben. Die geradezu revolutionäre Novität besteht in diesem Fall darin, dass ein erster Entwurf desselben bereits auf der Grundlage des am Ende der 1. Session der diplomatischen Konferenz stehenden Textes verfasst wird. Dieser Entwurf wird vor der endgültigen Verabschiedung des Abkommens den Delegationen vorliegen, welche sodann mit Kommentaren, Anträgen auf Änderungen, Klarstellungen usw. bereits vor Eintritt der Endgültigkeit des Abkommenstextes auf seine spätere Implementierung und Auslegung Einfluss nehmen können. Eine Neuerung, deren Wert für die Ablösung der historisch schon immer schwersten, auf Einheitsrechtsinstrumenten lastenden Hypothek²⁵ mit Spannung erwartet werden darf.

²⁴ Vgl. hierzu instruktiv das Arbeitspapier UNIDROIT 2006 – Study LXXVIII – Doc. 26 (Original: English).

²⁵ Hierzu *Goode/Kronke/McKendrick* (N. 3) chapter 19.

b) Zukünftig-Embryonales: Netting und ein „Legislative Guide for Emerging Markets“

Auf Anregung der Praxis, namentlich der *International Swaps and Derivatives Association* (ISDA), sowie der Regierungen wichtiger Finanzplätze und interessierter Schwellen- und Entwicklungsländer hat der UNIDROIT- Direktionsrat in seiner 63. Session das Arbeitsprogramm für die Jahre 2009-2011 beschlossen und ein Projekt für eine Netting-Konvention sowie eines für einen „*Legislative Guide Capable of Enhancing Trading in Securities in Emerging Markets*“ gebilligt. Dazu liegen einige Gedankenskizzen sowie ein Gutachten vor. Nunmehr dürften Machbarkeitsstudien folgen bzw. eine oder mehrere *Study Groups* eingesetzt werden.

6. „Non-legislative activities“ und institutionelle Entwicklung

Die äußerst beschränkten Ressourcen einer kleinen Organisation wie UNIDROIT sollten möglicherweise nach dem Willen mancher Mitgliedstaatenregierungen ausschließlich für die Produktion von Rechtstexten eingesetzt werden. Doch bereits das Statut stünde dem entgegen: Artt. 1 und 9 sehen vor, dass sich das Institut wissenschaftlich durch Publikationen betätigt und eine Bibliothek unterhält. Die *Uniform Law Review/Revue de droit uniforme* ist in der Tat (seit Beginn der Neuen Serie im Jahre 1996) nicht nur ein Flaggschiff des Hauses, sondern die einzige Spezialzeitschrift, welche sich dem Einheitsrecht aus sämtlichen Quellen widmet. Die Bibliothek

bleibt historisch und in den Aufgabengebieten der Organisation bedeutend, kann aber als rechtsvergleichende Bibliothek unter wachsendem Budget-Kürzungsdruck ihren Rang nicht aufrechterhalten.

Hinzugekommen ist in den letzten Jahren ein kleines, aber wirkungsvolles Stipendienprogramm für junge Juristen (Forscher, Richter, Regierungsbeamte) vornehmlich aus Entwicklungsländern und Transitionsökonomien.

Im Berichtszeitraum hat sich die Zahl der Mitgliedstaaten von 57 auf 63 erhöht. Wichtig für die Zukunft der internationalen Rechtsreformpolitik ist insbesondere das Hinzukommen Indonesiens und Saudi Arabiens.

III. Konklusionen

Erinnert man sich, dass noch vor zwei Jahrzehnten in die Kosten fehleinschätzender Perspektive der Nutzen von Rechtsvereinheitlichung überhaupt in Frage gestellt wurde, und lässt den Blick über die in jüngerer Zeit erzielten Ergebnisse schweifen, so kann das Urteil am Ende der Reifeprüfung nur „bestanden“ lauten – ob „vollbefriedigend“, „*assez bien*“, „*with distinction*“ oder „*trenta e lode*,“ müssen andere entscheiden.

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT DER UNIVERSITÄT BONN

CENTER FOR EUROPEAN ECONOMIC LAW, UNIVERSITY OF BONN
CENTRE DE DROIT ECONOMIQUE EUROPEEN DE L'UNIVERSITE DE BONN

Leitung: Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Everling
Prof. Dr. Holger Fleischer, Dipl.-Kfm., LL.M.
Prof. Dr. Meinhard Heinze †
Prof. Dr. Matthias Herdegen
Prof. Dr. Ulrich Huber
Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Dipl.-Volksw.
Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.
Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M.
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter (Sprecher)
Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M. (Gfd. Direktor)
Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt
Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.
Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M.
Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M.

Anschrift: Adenauerallee 24-42, D - 53113 Bonn
Telefon: 0228 / 73 95 59
Telefax: 0228 / 73 70 78
E-Mail: zew@uni-bonn.de
URL: www.zew.uni-bonn.de

[...]

Die Gesamtliste aller Veröffentlichungen dieser Schriftreihe ist sowohl auf der Internetpräsenz als auch im ZEW erhältlich.

- Nr. 150 Sammelband: Symposion zu Ehren von Ulrich Everling „Die Entwicklung einer europäischen Grundrechtsarchitektur“, 2005, mit Beiträgen von Vassilios Skouris, Matthias Herdegen, Thomas Oppermann, Jürgen Schwarze, Ulrich Everling (vergriffen)
- Nr. 151 Jan M. Smits, European Private Law, 2006
- Nr. 152 Juliane Kokott, Anwältin des Rechts – Zur Rolle der Generalanwältin beim Europäischen Gerichtshof, 2006
- Nr. 153 Martin Nettesheim, Grundfreiheiten und Grundrechte in der Europäischen Union – Auf dem Wege zur Verschmelzung?, 2006
- Nr. 154 Sammelband: Festsymposion zu Ehren von Bruno Kropff „40 Jahre Aktiengesetz“, 2005, mit Beiträgen von Marcus Lutter, Mathias Habersack, Holger Fleischer, Johannes Semler, Bruno Kropff
- Nr. 155 Christian Waldhoff, Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen, 2006; vergriffen
- Nr. 156 W. Rainer Walz, Non-Profit-Organisationen im europarechtlichen Zugwind, 2006
- Nr. 157 Theodor Baums, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, 2007
- Nr. 158 Christian Tomuschat, Die Europäische Union und ihre völkerrechtliche Bindung, 2007
- Nr. 159 Ansgar Staudinger, Stand und Zukunft des Europäischen Verbraucherrechts, 2007
- Nr. 160 Christian Calliess, Die Dienstleistungsrichtlinie, 2007
- Nr. 161 Corinna Ullrich, Die Richtlinie zu der grenzüberschreitenden Ausübung von Aktionärsrechten, 2007
- Nr. 162 Klaus Kinkel, Quo vadis Europa?, 2007

- Nr. 163 Peter Hommelhoff, Die „Europäische Privatgesellschaft“ am Beginn ihrer Normierung, 2008
- Nr. 164 Robert Rebhahn, Aktuelle Entwicklungen des europäischen Arbeitsrechts, 2008
- Nr. 165 Martin Böse, Die strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa – Stand und Perspektiven, 2008
- Nr. 166 Thomas von Danwitz, Rechtsschutz im Bereich polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit der Europäischen Union, 2008
- Nr. 167 Matthias Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts, 2008
- Nr. 168 Peter Hemeling, Die Societas Europaea (SE) in der praktischen Anwendung, 2008
- Nr. 169 Ulrich Immenga, Leitlinien als Instrument europäischer Wettbewerbspolitik, 2008
- Nr. 170 Rupert Scholz, Nach Lissabon und Dublin: Die Europäische Union am Scheideweg, 2008
- Nr. 171 Hanno Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht - Stand und Perspektiven, 2009
- Nr. 172 Piet Jan Slot, Recent Developments in EC State Aid Law, 2009
- Nr. 173 Stefan Leible, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht, 2009
- Nr. 174 Herbert Kronke, Transnationales Handelsrecht in der Reifeprüfung: Die UNIDROIT-Arbeiten 1998 – 2008, 2009