

German Working Papers in Law and Economics

Volume 2008

Paper 18

Kommentar zu Giesela Rühl: Effizienzprobleme bei grenzüberschreitenden Rechtsstreitigkeiten

Hans-Bernd Schäfer
University of Hamburg, Germany

Abstract

Copyright ©2008 by the authors.
<http://www.bepress.com/gwp>

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording, or otherwise, without the prior written permission of the publisher, [bepress.com](http://www.bepress.com).

Hans-Bernd Schäfer¹

Die Arbeit von Gisela Rühl ist ein schöner Überblick über die rechtlichen Möglichkeiten zur Überwindung des internationalen Transaktionsdilemmas. Dieses beschreibt die Unsicherheit, der sich Akteure bei grenzüberschreitendem Handeln ausgesetzt sehen, weil unklar ist, welche Regeln des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts im Streitfall anzuwenden sind.

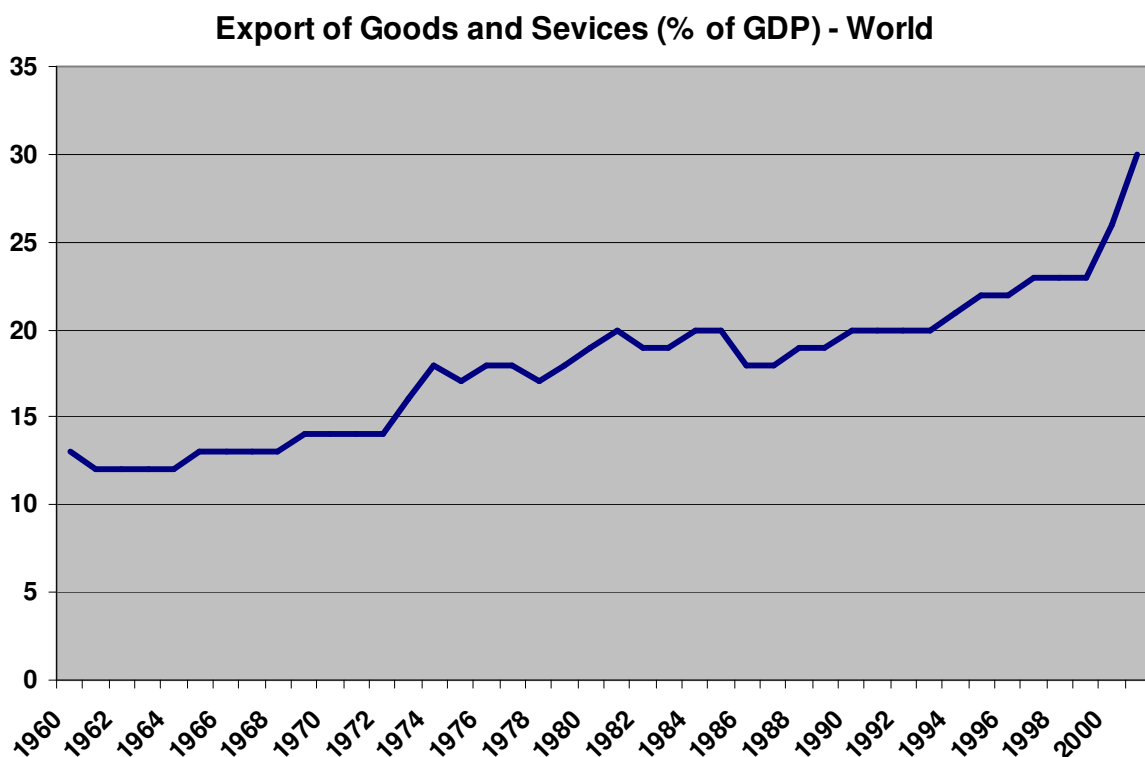
Frau Rühl behandelt Möglichkeiten zur Überwindung dieses Dilemmas, wie das internationale Privatrecht, das internationale Prozessrecht, die Rechtsangleichung durch zwischenstaatliche Harmonisierung, privatautonome Institutionen wie Reputation, und das private Recht von Kaufleuten im internationalen Bereich. Anders als Schmidtchen und Schmidt-Trenz,² die in früheren Arbeiten das internationale Privat- und Prozessrecht als ungeeignet angesehen haben, das Transaktionsdilemma zu lösen, und auf „private ordering“ setzten, zeigt Frau Rühl auch die Schwächen privatautonomer Ansätze auf. Diese Argumentation ist überzeugend und ich stimme mit den Beobachtungen weitgehend überein.

Frau Rühl stellt vergleichend die Vor- und Nachteile der verschiedenen Modelle zur Überwindung des Transaktionsdilemmas dar und kritisiert an der privatautonomen Regulierung, dass die Parteien hier den Verhaltensanomalien ausgesetzt sind, die durch die Forschung zu behavioural economics aufgedeckt wurden, wie den „status quo bias“ und dergleichen. Dem kann man nur zustimmen. Dies ist aber keine spezifische Schwäche privatautonomer Regelungen, da Richter, Beamte und Parlamentarier den gleichen Defiziten in ihrem Entscheidungsverhalten unterliegen, wenn sie etwa das internationale Prozessrecht angleichen oder eine Rechtsharmonisierung vornehmen. Wenn man aus den empirischen Befunden zur Abweichung privater Akteure vom Rationalverhalten eine Rechtfertigung für milde Formen des Paternalismus ableiten will, sollte man darlegen, warum der Gesetzgebungsprozess oder die Rechtsprechung beim konkreten Problem nicht mit den gleichen oder sogar schwerwiegenderen Anomalien behaftet ist.

¹ Professor für Volkswirtschaftslehre, Bucerius Law School, Hamburg.

² D. Schmidtchen, HJ Schmidt-Trenz (1990) New Institutional Economics of Inter-national Transactions, University of Saarland, Dieselben (1990) The division of labor is limited by the extent of the law, in: Constitutional Political Economy, Vol. 1, 3 S. 49, Dieselben (2006) Territoriality of Law and the International Trade Game: Towards a New Institutional Economics of International Transactions, German Working Papers in Law and Economics: Vol. 2006: Article 25.

Ich möchte im Weiteren versuchen, einige ergänzende Überlegungen anzustellen. Zunächst kann man die Frage stellen, wie relevant das angesprochene Transaktionsdilemma überhaupt ist. Handelt es sich dabei überhaupt um eine rechtspolitische Fragestellung von zentraler Bedeutung? Die Antwort liegt keineswegs auf der Hand. Seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs ist der internationale Handel stets schneller gewachsen als das Weltsozialprodukt. Das Transaktionsdilemma hat nicht verhindert, dass die internationalen Transaktionen mit einer schnelleren Rate zugenommen haben als die binnenwirtschaftlichen Transaktionen, die innerhalb eines klar bestimmten rechtlichen Ordnungsrahmens vorgenommen werden.



Aus einer Untersuchung von Rodrick³ ergibt sich zudem, dass dieser Trend seit 200 Jahren anhält. Nach den napoleonischen Kriegen betrug der Anteil der Weltexporte am Weltsozialprodukt etwa 1 Prozent. Im Jahre 1870 war er auf 5 Prozent gestiegen, im Jahre 1929 erreichte er mit 9 Prozent einen Höhepunkt um in der Weltwirtschaftskrise und während des Zweiten Weltkriegs stark abzusinken. Im Jahre 1950 war ein Tiefpunkt erreicht. In den siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts wurde jedoch wieder die Relation des Jahre 1929 erreicht. Seit 1820 ist somit das internationale Transaktionsvolumen, für welches das

³ D. Rodrick, "How Far Will International Economic Integration Go?" *Journal of Economic Perspectives*, 14(1), 2000, S. 177-86.

beschriebene Transaktionsdilemma besteht, um 27 mal schneller gestiegen als die nationalen Transaktionsvolumina, für welche dieses Dilemma nicht besteht. Wenn man Lehrbücher der Außenwirtschaftstheorie bis in die neueste Zeit zur Hand nimmt und sie nach Barrieren für den internationalen Handel befragt, so werden Zölle und nicht tarifäre Handelshemmnisse umfassend analysiert. Nicht tarifäre Handelshemmnisse sind im wesentlichen Importquoten, aber auch rechtliche Hemmnisse wie zum Beispiel in protektionistischer Absicht eingeführte Regelungen zum Verbraucher-, Gesundheits- oder Umweltschutz. Das von Frau Rühl untersuchte Transaktionsdilemma wird dagegen in der Standardliteratur zum internationalen Recht nicht weiter behandelt.

Wenn somit die Dynamik auf internationalen Märkten in der langen Sicht so viel größer ist als auf nationalen Märkten, kommt dann den Unterschieden zwischen den nationalen Rechtsordnungen jene Bedeutung zu, die ihnen durch konstitutionelle Unsicherheit und das Transaktionskostendilemma zugeschrieben werden? Dazu fehlen Belege in der Arbeit von Frau Rühl. Der Hinweis, die internationalen Transaktionen wüchsen so schnell, dass man auch ihrer rechtlichen Gestaltung mehr Aufmerksamkeit schenken solle, ist zweischneidig. Denn die über Jahrzehnte hinweg ungebrochene Dynamik der ökonomischen Globalisierung und Internationalisierung ohne Rechtsharmonisierung kann gerade darauf hindeuten, dass das Recht der internationalen Transaktionen hier gar keine große Bedeutung hat. Dann ist es auch nicht schlimm, wenn es im wissenschaftlichen Kontext keinen besonders hervorragenden Stellenwert hat.

Tatsächlich hat aber gerade die neuere und neueste wirtschaftswissenschaftliche Forschung vielfältige Belege dafür erbracht, welchen Stolperstein eine Staatsgrenze, die Rechtsordnungen voneinander trennt, für internationale Transaktionen immer noch darstellt. Man stößt jedoch auf eine Reihe von Merkwürdigkeiten, die ganz unerklärlich wären, wenn die ganze Welt ein einheitlich geordneter Rechtsraum wäre oder das Transaktionsdilemma auf andere Weise gelöst wäre oder im praktischen Leben gar keine große Rolle spielen würde.

Rodrick⁴ weist in dem bereits erwähnten Artikel auf folgende gut empirisch belegte Umstände hin.

⁴ D. Rodrick, a.a.O.Fn. 3, S. 179.

- Obwohl es zwischen Kanada und den USA kaum Handelsbarrieren und auch keine Sprachbarrieren oder kulturelle Barrieren gibt, hat die Grenze zwischen beiden Staaten erhebliche dämpfende Auswirkungen auf den Umfang der zwischenstaatlichen Transaktionen.⁵ So ist der Binnenhandel kanadischer Provinzen mit anderen kanadischen Provinzen zwei bis zehn mal so hoch wie der Export in Bundesstaaten der USA mit der gleichen Entfernung zur untersuchten kanadischen Provinz.⁶
- Weltweit ist die zwischenstaatliche Preisarbitrage erheblich langsamer als die binnenstaatliche Preisarbitrage.
- Kapitalanleger legen ihr Geld eher in heimischen als in internationalen Vermögenswerten an. Dieser Heimatlandeffekt ist wesentlich stärker als man unter Berücksichtigung von Kursrisiken und den Vorteilen der internationalen Risikostreuung erwarten würde.
- Nationale Investitionsquoten einer Volkswirtschaft sind stark korreliert mit nationalen Sparquoten. Dies wäre nicht beobachtbar, wenn die Kapitalmärkte international voll integriert wären.
- Die Zinssätze sind weltweit selbst unter hoch entwickelten Staaten viel verschiedener als man es unter Berücksichtigung der Wechselkursrisiken erwarten würde. Dies gilt selbst innerhalb des Europäischen Währungsraums, wo keine Wechselkursrisiken bestehen, gleichwohl die Zinssätze für Staatsanleihen um bis zu 59 Basispunkte voneinander abweichen. So lagen im Juli 2008 die Zinssätze für zehnjährige Staatsanleihen zwischen 4.69 % (Deutschland, Niederlande), 5.10 % (Italien), 5.15 % (Griechenland) und 5.28 % (Malta).⁷
- Mobilitätsbeschränkungen für Arbeitskräfte sind eher die Regel als die Ausnahme.

Wenn man bedenkt, dass in den letzten 50 Jahren die internationalen tarifären und nicht tarifären Handelshemmnisse für den Handel mit Waren und Dienstleistungen mit der Ausnahme von Agrarprodukten weitgehend weggefallen sind, so bleiben die unterschiedlichen

⁵ Siehe auch Paul R. Krugman und Maurice Obstfeld (2008) *International Economics*, 8th edition, Peason International Edition.

⁶ Vgl. Krugman/Obstfeld a.a.O. Fn. 5, S. 18 und Howard J. Wall (2000) "Gravity Model Specification and the Effects of the US-Canadian Border" Federal Reserve Bank of St. Louis Working Paper 2000-024A.

⁷ Quelle: European Central Bank, Aug. 2008.

Rechtsordnungen als wesentliche Ursache bestehen, die diese Phänomene erklären können. Das von Frau Rühl aufgeworfene Thema ist daher nicht nur von rechtswissenschaftlichem Interesse. Es berührt ein reales und zentrales Handelshemmnis im Zeitalter der Globalisierung. Es scheint mir allerdings wichtig, die tatsächliche Relevanz dieses Handelshemmnisses herauszuarbeiten.

Frau Rühl hat die Möglichkeiten zur Überwindung des Transaktionsdilemmas aufgezeigt. Sie hat dem auf „private ordering“ allein basierenden Ansatz von Schmidtchen und Schmidt-Trenz eine Absage erteilt. Ihre Sympathien liegen, wenn ich es recht verstanden habe, bei der Harmonisierung des internationalen Privat- und Prozessrechts. Aus meiner Sicht könnte es allerdings ein weiterführender Gedanke sein, wenn man die Frage stellt, in welchen Bereichen das Transaktionsdilemma besonders stark ist und Transaktionen ganz verhindert, und in welchen Bereichen es leicht überwindbar ist. Zu diesem Zweck können Markttransaktionen in zwei große Kategorien unterteilt werden, Waren oder Dienstleistungen einerseits und Transaktionen zwischen Kaufleuten einerseits und zwischen Kaufleuten und Konsumenten andererseits. Daraus ergeben sich vier Kategorien

1. Internationaler Warenhandel unter Kaufleuten
2. Internationaler Warenhandel zwischen Kaufleuten und Konsumenten
3. Internationale Dienstleistungen zwischen Kaufleuten
4. Internationale Dienstleistungen von Kaufleuten für Konsumenten

Am leichtesten ist das Transaktionsdilemma beim Warenhandel unter Kaufleuten zu lösen, denn hier gibt es wenige Risiken, die sich zudem nur auf geringe Zeitspannen erstrecken. Hier liegt meines Erachtens jener Bereich vor, in welchem der Vorschlag des „private ordering“ von Schmidtchen und Schmidt-Trenz seine stärkste Überzeugungskraft aufweist.

Ob private ordering zu einem hinreichenden Konsumentenschutz in der Lage ist, kann dagegen angezweifelt werden. Wenn jemand mit seiner Kreditkarte einen Computer in Thailand billig kauft, tritt die Kreditkartengesellschaft als Mittler auf und der Konsument kann bei Nichtgefallen oder Schlechtlieferung den Kaufpreis zurückerhalten. Die vielfältigen Probleme des Verbraucherschutzes werden damit aber nur im Ansatz gelöst und es ist zweifelhaft, ob der internationale Versandhandel ohne internationale Rechtsharmonisierung wirklich eine Zukunft hat.

Bei Dienstleistungen wie im Banken- und Versicherungsgewerbe ist das Transaktionsdilemma viel ausgeprägter als beim Warenhandel, weil Dienstleistungsverträge lange Zeitspannen mit entsprechend hohen Risiken überbrücken müssen. Bei einer Lebensversicherung vertraut eine Person A einer Person B einen stets anwachsenden Teil ihres Vermögens für einen Zeitraum von bis zu mehr als 30 Jahren an und hofft, dass die Versicherung das Geld sorgfältig unter Vermeidung übermäßiger Risiken und bei Eingehen vernünftiger Risiken für ihn anlegt. Derartige Verträge weisen eine ganz andere Risikoqualität auf als etwa die internationale Lieferung von Rohstoffen oder von Maschinen. Ist es wirklich denkbar, derartige Risiken zwischenstaatlich durch private ordering zu bewältigen? Die aktuelle Sub-Prime-Krise liefert einen Anschauungsunterricht. Internationale Banken haben verbrieft Forderungen gekauft, die von hoch angesehenen Ratingagenturen mit A+ bewertet wurden. Dieser auf Reputation beruhende Mechanismus hat versagt. Nur solche Staaten, in denen die nationale Bankenregulierung den Erwerb derartiger Papiere schlicht untersagt, wie zum Beispiel Indien, sind von der Krise völlig verschont geblieben. Es ist nur schwer vorstellbar, dass derartige Krisen in Zukunft ohne stärkere internationale Regulierung des Banken- und Versicherungsgewerbes vermieden werden können. Der Harmonisierungsbedarf im materiellen und Verfahrensrecht steigt daher nach meiner Ansicht mit dem Risikopotential internationaler Transaktionen, welches bei Dienstleistungen stärker ausgeprägt ist als bei Warenlieferungen. Es erscheint daher sinnvoll, bei der Frage der konkreten rechtlichen Formen zur Überwindung des Transaktionsdilemmas stärker nach den spezifischen Risiken der jeweiligen Transaktionen zu fragen.

Lassen Sie mich abschließend auf einen wichtigen Aspekt der Internationalisierung des Rechts eingehen, der nicht die Überwindung des Internationalen Transaktionsdilemmas zum Gegenstand hat, sondern die Überwindung nationaler Schwächen einer Rechtsordnung. In vielen Staaten entwickeln sich nationale Märkte unzureichend, weil sie nicht ausreichend reguliert sind oder der Vollzug des Rechts unvollkommen ist. Ein besonders ins Auge fallendes Beispiel ist die Verfassung der Börsen und der Schutz von Minderheitsaktionären durch Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktregulierung in vielen Entwicklungs- und Transformationsländern, etwa in Russland, China oder Indien. Die Folge ist, dass Anleger ihr Geld nicht in nationalen Aktien anlegen oder der Wert dieser Papiere diskontiert wird. Ein liquider Kapitalmarkt, der rasches Unternehmenswachstum durch Ausgabe neuer Aktien ermöglicht, kann auf diese Weise nicht entstehen.

Eine solch niedrige Qualität der Rechtsordnung verhindert es Unternehmungen, sich zu binden und ihren Minderheitsaktionären glaubwürdig zu signalisieren, dass ihre Interessen gewahrt werden. Ein Ausweg aus diesem Dilemma kann der Verkauf von Aktien an gut regulierten Märkten etwa in London, New York oder Frankfurt sein. Damit setzt sich das Unternehmen der Regulierung durch eine fremde Rechtsordnung aus. Es signalisiert damit auf dem heimischen Markt die Ernsthaftigkeit seiner Beteuerung, die Minderheitsaktionäre fair zu behandeln. „Rent a regulator“ ist dieser Vorgang zutreffend beschrieben worden. Empirische Untersuchungen belegen, dass bereits die Ankündigung, Aktien an der New York Stock Exchange zu handeln, die Kurse von russischen oder chinesischen Aktien ansteigen lassen. Die Unterwerfung eines ausländischen Rechtssubjekts unter eine fremde Rechtsordnung dient hier nicht der Überwindung des internationalen Transaktionsdilemmas, sondern eines nationalen Transaktionsdilemmas, das nicht in einer Unsicherheit über das anzuwendende Recht besteht, sondern in der Schwäche und Unfähigkeit des nationalen Rechts, Märkte effizient zu regulieren.⁸ Ähnliche Wirkungen entstehen, wenn Pharmazieunternehmungen oder Anbieter von technisch komplizierten Produkten, die einer generellen Zulassung unterworfen sind, diese Produkte auf gut regulierten Auslandsmärkten anbieten. Dies dient nicht in erster Linie der Erzielung von Exporterlösen, sondern der glaubwürdigen Signalisierung von Produktqualität und Produktsicherheit.

⁸ A. Karolyi (1998) “Why Do Companies List Shares Abroad?” NYU Salomon Brothers Center Monograph Series, Vol7 No. 1, New York University Press p.1-60.