

Braucht Europa ein Handelsgesetzbuch?*

Von Matthias Lehmann**

ZHR 181 (2017) 9–42

Die Europäische Union befindet sich in einer existentiellen Krise. Insbesondere die Währungsunion ist aufgrund der erheblichen Unterschiede der Wirtschaftskraft der Mitgliedstaaten der Eurozone in Gefahr. Ein Mittel zur Vertiefung der wirtschaftlichen Integration könnte der Erlass eines europäischen Handelsgesetzbuchs sein. Der Beitrag plädiert für ein solches Gesetzeswerk, setzt sich mit den Hindernissen für seine Annahme auseinander und skizziert Möglichkeiten für Form, Struktur und Inhalt.

Inhalt

I. Einleitung: Währungsunion ohne einheitliches Wirtschaftsrecht	10
II. Mögliche Gründe für das Desinteresse der EU am Handelsrecht	12
1. Vereinheitlichung bereits erreicht?	12
a) Rechtsvereinheitlichung durch EU-Sekundärrecht und Völkerrecht	12
b) Selbstregulierung und soft law	13
2. Notwendigkeit spezieller Regelungen für den Handelsverkehr?	15
a) Staaten mit eigenem Handelsgesetzbuch	15
b) Staaten ohne eigenes Handelsgesetzbuch	15
3. Sozio-ökonomische Rechtfertigung eigenen Handelsrechts	16
III. Bedarf für ein Handelsgesetzbuch auf europäischer Ebene	18
1. Pro und contra Rechtsvereinheitlichung	18
a) Effizienzgewinne durch einheitliches Recht	18
b) Vorteile durch „regulatorischen Wettbewerb“?	19
c) Rechtswahlfreiheit als Substitut für Einheitsrecht?	20
d) Zwischenergebnis	21
2. Vorteile einer Kodifikation	21
a) Zusammenfassung und Ordnung des bestehenden Rechtsstoffs	21
b) Beseitigung von Rechtszersplitterung	22

* Ich danke *Johannes Ungerer* für wertvolle Anregungen und die Korrektur des Manuskripts. *Anna Larissa Seichter* und *Maximilian Schulze* danke ich für die Hilfe bei der Erstellung der Fußnoten.

** Dr., D.E.A. (Paris II), LL.M., J.S.D. (Columbia), Professor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Direktor des Instituts für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung.

c) Systematisierung	23
d) Weitere (weiche) Vorteile	25
3. Grundsätzliche Bedenken	25
a) Fehlende Machbarkeit	25
b) Etatisierung, Zentralisierung, Bürokratisierung	25
c) Einheitliches Handelsrecht ohne einheitliches Zivilrecht?	27
4. Europäische Handelsgerichtsbarkeit?	27
IV. Begriff und Konzept des „europäischen Handelsrechts“	28
1. Das Handelsrecht – eine Chimäre?	28
2. Objektives oder subjektives System	29
3. Alternative Konzeptionen	30
V. Umriss eines europäischen Handelsgesetzbuchs	32
1. Gestalt	32
a) Rechtliche Form	32
b) Regelungstiefe	32
2. Anwendungsbereich	33
a) Grenzüberschreitende und inländische Rechtsbeziehungen	33
b) Mitgliedstaaten der EU oder nur der Eurozone	34
c) Unionstypische Kombination von Privatrecht und Regulierung	34
d) Sektoraler oder allumfassender Ansatz	35
VI. Struktur und Inhalt	35
1. Organisationsrecht	36
a) Handelsregister	36
b) Bilanzrecht	37
c) Handelsvertreter und -gehilfen	37
d) Gesellschaftsrecht?	37
2. Marktregeln	38
a) Transaktionsrecht	38
b) Firmenrecht	38
c) Wettbewerbsrecht	39
d) Immaterialgüterrecht und Gewerblicher Rechtsschutz?	39
3. Infrastruktur	40
a) Zahlungsverkehr	40
b) Übertragung von Finanzinstrumenten	40
c) Kreditsicherheiten	41
4. Marktaustrittsrecht	41
VII. Fazit	42

I. Einleitung: Währungsunion ohne einheitliches Wirtschaftsrecht

Bei einem transatlantischen Rechtsvergleich sticht ins Auge, dass man in den USA über ein einheitliches Handelsrecht verfügt, in der EU dagegen nicht.¹ Auf der anderen Seite des Atlantiks existiert bereits seit den fünfziger

¹ Auf die Diskrepanz zwischen EU und USA im Bereich der Vereinheitlichung des Handelsrechts weist auch *Magnus*, FS Drobnig, 1998, S. 57, 58, hin.

Jahren des 20. Jahrhunderts das Modellgesetz des Uniform Commercial Code (UCC).² In 49 der 50 Staaten sowie im District of Columbia sind inhaltlich entsprechende Kodifikationen erlassen worden. Nicht zu Unrecht wird der UCC als „most spectacular success story in the history of American law“ bezeichnet.³ In Europa hat man sich dagegen um das Handelsrecht bislang wenig gekümmert.⁴ Mit dem Euro wurde eine gemeinsame Währung eingeführt, ohne dass gleichzeitig einheitliches Wirtschaftsrecht geschaffen wurde. Harmonisierungsbestrebungen der Union haben sich vor allem auf das Verbraucherrecht gerichtet.⁵ Im wirtschaftsrechtlichen Bereich hat man sich in den letzten Jahren angesichts der Eurokrise in erster Linie um das Bank- und Finanzmarktrecht gekümmert. Verbraucher und Banken sind die beiden Pole, zwischen denen der Blick des europäischen Gesetzgebers hin- und herwandert. Das dazwischenliegende Unternehmen als Quelle aller Wertschöpfung wurde dagegen aus dem Blick verloren.

Nun ist die Eurokrise sicher nicht auf das Fehlen eines europäischen Handelsgesetzbuchs zurückzuführen. Auffallend ist jedoch, dass Integrationsprojekte häufig beim Handelsrecht beginnen, wie etwa die Organisation zur Harmonisierung des Wirtschaftsrechts in Afrika (OHADA)⁶ oder ihr zentral-amerikanisches Pendant (OHADAC)⁷ beweisen. Auch in Europa war historisch gesehen die Vereinheitlichung des Handelsrechts Vorläufer und nicht Nachzügler weitergehender politischer Projekte. Erinnert sei insoweit an das schon vor der deutschen Reichseinigung erlassene ADHGB.⁸ Angesichts dessen erscheint die europäische Konstruktion einer Währungsunion ohne Wirtschaftsunion umso fragwürdiger.

Dieser Beitrag lotet Bedarf und Möglichkeiten eines europäischen Handelsgesetzbuchs aus. Er beginnt mit der Frage, ob besondere handelsrechtliche Re-

2 Zur Geschichte des UCC siehe *Braucher*, 58 Col. L. Rev. (1958) 798–814; *White/Summers*, Uniform Commercial Code, 5. Aufl. 2000, S. 2–7.

3 *White/Summers* (Fn. 2), S. 4.

4 Zumindest in der Literatur gab es Ende der 1990er Jahre ein Interesse am Thema des europäischen Handelsrechts, siehe *Sonnenberger*, JZ 1998, 982, 985; *Magnus*, FS Drobnig, 1998, S. 57; *Grundmann*, ZHR 163 (1999) 635–678.

5 Siehe *Goode*, Commercial Law in the Next Millenium, 1998, S. 88: „It is an interesting phenomenon that the impact of European Community law on the private rights of parties to commercial transactions, as opposed to transactions with consumers, has so far been almost negligible.“

6 Siehe dazu *Santos/Toé*, OHADA – Droit commercial général, Bruylant, 2002; *Koné*, Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA: comparaisons avec le droit français, 2003; *Tchunkam*, Droit des activités économiques et du commerce électronique: L'esprit du droit commercial général OHADA issu de la réforme du 15 décembre 2010, 2011, sowie die Beiträge in: *Revue Droit et Patrimoine*, 2011, Nr. 201.

7 Dazu etwa *Sánchez Lorenzo*, Anuario español de derecho internacional privado 2010, 815.

8 Staub/*Oetker*, HGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2009, Einl. Rdn. 4–6.

gelungen für die Schaffung einheitlicher Märkte überhaupt nötig sind (II.). Im Anschluss ist zu erörtern, ob es einer einheitlichen Regelung gerade in einem europäischen Handelsgesetzbuch bedarf (III.). Wenn man diese Frage – wie hier – bejaht, sind Begriff und Konzept des europäischen Handelsrechts zu klären (IV.). Abschließend soll die Gestalt (V.) sowie die Struktur und die Inhalte (VI.) eines möglichen Kodex in den Blick genommen werden.

II. Mögliche Gründe für das Desinteresse der EU am Handelsrecht

Eines der wichtigsten Ziele der EU ist die Schaffung eines Binnenmarkts.⁹ Einheitliche Märkte entstanden nach der geschichtlichen Erfahrung in und außerhalb Europas nur dort, wo einheitliche handelsrechtliche Regelungen existierten.¹⁰ Vor diesem Hintergrund fragt sich, woher das Desinteresse an der Vereinheitlichung des Handelsrechts in Europa rührt.

1. Vereinheitlichung bereits erreicht?

Die einfachste Erklärung wäre, dass es eines europäischen Handelsgesetzbuchs nicht bedarf, weil wir in zahlreichen Bereichen bereits einheitliche Regelungen haben.¹¹

a) Rechtsvereinheitlichung durch EU-Sekundärrecht und Völkerrecht

Ein hoher Grad an Uniformisierung ist insbesondere durch das europäische Sekundärrecht herbeigeführt worden. Zu erinnern ist nur an die Zahlungsverzugsrichtlinie,¹² die Publizitätsrichtlinie,¹³ die Handelsvertreterrichtlinie¹⁴ oder die Regelungen über Zweigniederlassungen.¹⁵ Auch ist das gesamte Recht der Handelsbilanz europarechtlich überformt.¹⁶ Darüber hinaus werden einige Fragen des kaufmännischen Verkehrs als Annex zu allgemein zivilrechtlichen Rechtsakten geregelt, so etwa der Verkäuferregress durch die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie.¹⁷

Nicht zu vergessen sind darüber hinaus die zahlreichen Übereinkommen, welche das Handelsrecht auf internationaler Ebene vereinheitlichen, wie z.B. das UN-Kaufrecht (CISG), die Genfer Wechsel- und Scheck-Übereinkom-

⁹ Art. 3 Abs. 3 Vertrag über die Europäische Union (EUV).

¹⁰ Siehe oben I.

¹¹ Dies hebt insbesondere *Grundmann*, ZHR 163 (1999) 635, 677, hervor.

¹² Art. 1 Abs. 2 RL 2011/7/EU.

¹³ RL 68/151/EWG.

¹⁴ RL 86/653/EWG.

¹⁵ RL 89/666/EWG („Elfte gesellschaftsrechtliche Richtlinie“).

¹⁶ Vgl. zuletzt RL 2013/34/EU.

¹⁷ Art. 4 RL 1999/44/EG.

men¹⁸ oder die Übereinkommen im Transportbereich.¹⁹ Zwar sind sie völkerrechtlicher Natur, doch vereinheitlichen sie auch das Recht in der Union, soweit die Mitgliedstaaten Vertragsstaaten der jeweiligen Übereinkommen sind.

Der Zuwachs an Rechtsvereinheitlichung durch diese und andere Regelungen ist beträchtlich. Dennoch kann man das zersplitterte Sekundärrecht und das Völkerrecht nicht als Quelle eines einheitlichen europäischen Handelsrechts ansehen. Das liegt nicht nur daran, dass es formell an einer Zusammenfassung in einer Kodifikation fehlt.²⁰ Vielmehr ist die Vereinheitlichung des Handelsrechts materiell äußerst bruchstückhaft. Es handelt sich um einen Flickenteppich unterschiedlicher Regelungen, die heterogenen Zielen dienen und weder hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs noch ihres Inhalts aufeinander abgestimmt sind. Sie lassen wichtige Fragen ungeregelt, die für den Handelsverkehr von essentiellem Interesse sind, beispielsweise die Bestellung und Verwirklichung von Sicherheiten oder das Insolvenzrecht.

b) Selbstregulierung und soft law

Viele den Wirtschaftsverkehr vereinheitlichende Regelungen werden von den Kaufleuten oder ihren Vereinigungen selbst gesetzt.²¹ Man denke z.B. an die INCOTERMS,²² die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditative²³ oder *codes of conduct* wie den Europäischen Verhaltenskodex für Franchising.²⁴ Dieses von der Wirtschaft selbst gesetzte Recht wird auch als *lex mercatoria* oder *law merchant* bezeichnet und hat so erhebliche

18 Siehe die drei Genfer Übereinkommen v. 7. 6. 1930 über das einheitliche Wechselgesetz, über Bestimmungen auf dem Gebiete des Wechselprivatrechts und über das Verhältnis der Stempelgesetze zum Wechselrecht, RGBl. 1933 II, 378, 444, 468, sowie die drei Genfer Übereinkommen v. 7. 6. 1931 über das einheitliche Scheckgesetz, über Bestimmungen auf dem Gebiete des Scheckprivatrechts und über das Verhältnis der Stempelgesetze zum Scheckrecht, RGBl. 1933 II, 538, 594, 619.

19 CMR für den Straßengüterverkehr (BGBl. Fundstellennachweis B [1996], S. 330f.), COTIF für den Eisenbahnverkehr (BGBl. Fundstellennachweis B [1996], S. 541f.), Haag-Visby-Regeln für den Seetransport (abgedruckt bei *Abraham*, Das Seerecht in der Bundesrepublik Deutschland: Kommentar und Materialsammlung, 4. Aufl. 1978, S. 935; die Bundesrepublik hat die Haag-Visby-Regeln durch das 2. Seerechtsänderungsgesetz vom 15. 7. 1986, BGBl. I [1986], S. 1120, teilweise in das 5. Buch des HGB integriert, ohne das Übereinkommen selbst zu ratifizieren) und Montrealer Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 28. 5. 1999 (ABl. L 194 vom 18. 7. 2001, S. 39).

20 Zum Begriff der Kodifikation näher unten Teil III. 2. a).

21 Zur Bedeutung autonom gesetzter Regeln des Wirtschaftsverkehrs für das europäische Handelsrecht siehe bereits *Grundmann*, ZHR 163 (1999) 635, 660 ff.

22 International Commercial Terms, Version 2010, abgedruckt in *Baumbach/Hopt*, HGB, 37. Aufl. 2016, Anhang 6.

23 2007 Revision of Uniform Customs and Practice for Documentary Credits („UCP 600“), ICC Publication No. 600.

24 Erhältlich unter <http://bookshop.europa.eu/de/> (abgerufen am 11. 11. 2016).

praktische Bedeutung, dass in der Literatur eine Diskussion darüber entstanden ist, ob ihm eigene Rechtsqualität zukommt.²⁵

Selbstregulierung stößt aber dort an Grenzen, wo Regeln zur Ordnung von Märkten oder zum Schutz Dritter notwendig sind.²⁶ Die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs oder die Gutgläubenswirkung des Handelsregisters lassen sich nur unzureichend durch private Selbstgestaltung erreichen.²⁷ Daher verbleibt der Bedarf für staatlich gesetztes Recht.

Einheitliches Handelsrecht enthalten auch auf rechtsvergleichender Grundlage ausgearbeitete Regelwerke, denen man allgemein die Qualität von *soft law* zuspricht. Zu ihnen gehört etwa der Gemeinsame Referenzrahmen (*Draft Common Frame of Reference* – DCFR).²⁸ Er beschäftigt sich mit zahlreichen Problemen, die man nach traditioneller Sichtweise als solche des Handelsrechts qualifizieren kann, z.B. *commercial agency*, Franchising- oder Distributionsverträge.²⁹ Außerdem stellt er besondere Regeln für *contracts between businesses* auf.³⁰ Im Kern ist der DCFR jedoch auf das allgemeine Zivilrecht ausgerichtet. Stärker handelsrechtlichen Bezug haben die von der Lando-Kommission erarbeiteten *Principles of European Contract Law* (PECL)³¹ sowie die *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*.³² Sie erfassen allerdings nur einen Teilbereich des Vertragsrechts. Nicht geregelt werden Fragen außerhalb des Vertragsrechts. Umfassende Bestandsaufnahmen des Handelsrechts sind dies nicht.

25 Siehe Schmitthoff, *International Business Law: A New Law Merchant*, Current Law and Social Problems?, 1961, S. 129, wieder abgedruckt in: Cheng, *A New Law Merchant*. Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law, 1988, S. 20, 22; Stein, *Lex Mercatoria: Realität und Theorie*, 1995, S. 5 ff.

26 Bachmann, *Private Ordnung*, 2006, S. 361 ff.

27 Siehe näher unten II. 3.

28 v. Bar u.a., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2009.

29 Art. IV.E.-3:101–313, Art. IV.E.-4:101–304 und Art. IV.E.-5:101–306 DCFR.

30 Beispielsweise über Mitteilung von Mängeln (Art. IV.A.-4:302 DCFR), das Bestätigungsschreiben (Art. II.-4:210 DCFR) oder über missbräuchliche Vertragsklauseln in B2B-Verträgen (Art. II.-9:405, IV.C.-4:108, IV.C.-5:109 und IV.C.-6:107 DCFR).

31 Englisch: Lando/Beale, *Principles of European Contract Law*, part I and II, 2000; Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, *Principles of European Contract Law*, part III, 2003; deutsch: von Bar/Zimmermann, *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts*, Teile I und II, 2002, Teil III 2005; eine Gegenüberstellung der Regeln von PECL und DCFR mit dem deutschen Recht findet sich in Leible/Lehmann, *European Contract Law and German Law*, 2013.

32 Dritte Version, 2010. Dazu Vogenauer, *UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts*, 2. Aufl. 2015.

2. Notwendigkeit spezieller Regelungen für den Handelsverkehr?

Eine andere Erklärung für das Fehlen eines EU-Handelsgesetzbuchs wäre, dass einheitliches Handelsrecht gar nicht notwendig ist. So kommen viele Staaten, wie z.B. Italien und die Niederlande, ohne eigenes Handelsgesetzbuch aus.³³ Daher lässt sich mit einiger Berechtigung die Frage stellen, warum es eigener Regeln über den Handelsverkehr bedarf.

a) Staaten mit eigenem Handelsgesetzbuch

Dazu ist nach den historischen Wurzeln des Handelsrechts zu suchen. Diese liegen in den Städten Oberitaliens, in denen es sich ab dem 13. Jahrhundert als Gewohnheitsrecht (*lex mercatoria*) herausgebildet hatte.³⁴ Zur staatlichen Regelung des Handelsrechts kam es erstmals in Frankreich mit der *ordonnance sur le commerce de terre* (1673) und der *ordonnance sur le commerce de mer* (1681). Beide Regelwerke sind vom Geist des Merkantilismus geprägt, der Staats- und Handelsinteressen identifizierte.³⁵

Die erste, dem liberalen Gedanken verpflichtete Kodifikation des Handelsrechts ist der auf Geheiß Kaiser Napoleons eingeführte und zum 1. 1. 1808 in Kraft getretene *Code de commerce*. Er erlaubt u.a. die Bildung privater Handelsgesellschaften, die an die Stelle der im revolutionären Frankreich verbotenen Zünfte traten. Er wurde unmittelbar in Polen, Luxemburg, Belgien, den Niederlanden und in einigen deutschen Gebieten eingeführt, die von Frankreich besetzt waren.³⁶ Schule machte vor allem die Methode der Zweiteilung des Privatrechts in Zivil- und Handelsrecht. Außer Deutschland folgen ihr z.B. auch Spanien, Portugal, Brasilien und Japan.³⁷

b) Staaten ohne eigenes Handelsgesetzbuch

Als Gegenmodell sind die vielen Staaten zu nennen, die bis heute ohne ein gesondertes Handelsrecht auskommen. In den skandinavischen Ländern hat es eine Zweiteilung in Zivil- und Handelsrecht nie gegeben.³⁸ Auch die Schweiz hat von vornherein auf eine gesonderte Kodifikation verzichtet. Stattdessen wurden Sondervorschriften für den kaufmännischen Verkehr so-

33 Siehe unten II. 2. b).

34 Zur *lex mercatoria* siehe oben II. 1. b).

35 Guyon, *Droit des affaires*, Bd. 1, 12. Aufl. 2003, S. 13.

36 Staub/Oetker (Fn. 8), Einl. Rdn. 2.

37 Tallon in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Bd. 8, 1983, Nr. 2–15, S. 8.

38 Fischler, *Schwedisches Handels- und Verfahrensrecht*, 1965, S. 13f. Während in Schweden zunächst der handelsrechtliche Abschnitt des Gesetzbuches von 1734 von Bedeutung war, findet sich das moderne Handelsrecht in einer Anzahl von Sondergesetzen, siehe Tallon in: *International Encyclopedia of Comparative Law* (Fn. 37), Nr. 2–114 – 2–116, S. 56f.; Staub/Oetker (Fn. 8), Einl. Rdn. 31.

wie über die Handelsgesellschaften in das Obligationenrecht aufgenommen.³⁹ Selbst einige kontinentaleuropäische Rechtsordnungen, welche zunächst über ein eigenständiges Handelsrecht verfügten, gaben diese Trennung im Lauf der Zeit wieder auf. Als Beispiele sind vor allem Italien und die Niederlande zu nennen. Beide hatten im 19. Jahrhundert getrennte Kodifikationen des Zivil- und des Handelsrechts nach dem Beispiel des französischen Rechts angenommen. Heute verfügen sie nur noch über ein einheitliches Zivilgesetzbuch.⁴⁰ Hervorzuheben ist jedoch, dass sich darin spezielle Vorschriften für den Handelsverkehr finden.⁴¹ Auch diese Staaten kommen also ohne ein materielles Handelsrecht nicht aus; sie sammeln es lediglich nicht in einem einheitlichen Gesetzbuch.

3. Sozio-ökonomische Rechtfertigung eigenen Handelsrechts

Mit dem empirischen Befund, dass die meisten Staaten mit modernen Wirtschaftssystemen über besondere handelsrechtliche Vorschriften verfügen, ist der tiefere Grund für deren Entstehung noch nicht geklärt. Soziologisch lässt sich dieser mit *Max Weber* in der fortschreitenden Trennung des Betriebs von der Hausgemeinschaft sehen.⁴² Sie ermöglichte die Entwicklung für den Okzident typischer Rechtsinstitute, etwa des Gesellschaftsrechts, des Konkursrechts, des Handelsregisters und der Firma. Nach *Weber* kennzeichnen diese Institute „die qualitative Einzigartigkeit der Entwicklung zum modernen Kapitalismus“.⁴³

Aus ökonomischer Sicht gibt es gute Gründe, für den Handelsverkehr besondere, vom allgemeinen Zivilrecht abweichende Vorschriften zu erlassen. Dazu gehört das den Handel kennzeichnende Bedürfnis nach Schnelligkeit und Flexibilität.⁴⁴ Außerdem kann anders als im Zivilrecht von der grundsätz-

39 Z.B. Art. 190 f., 552 ff. OR; siehe dazu *Honsell*, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 5. Aufl. 1999, § 8 I, 1, S. 54 f.

40 Siehe den italienischen *Codice civile* aus dem Jahre 1942 und das niederländische *Burgerlijk Wetboek* von 1992. Die Gründe für die Integration des Zivilrechts in das Handelsrecht waren in beiden Ländern sehr unterschiedlich. In Italien schafften die Faschisten das Handelsgesetzbuch ab, weil es sich nicht mit ihren Ideen der kooperativen Ordnung und der Einheit der wirtschaftlichen Organisation vertrug, siehe *Kindler*, Einführung in das italienische Recht, 2. Aufl. 2008, § 8 Rdn. 6, S. 110. In den Niederlanden war hingegen das Handelsgesetzbuch durch die Übertragung zahlreicher Vorschriften in das Zivilgesetzbuch weitgehend funktionslos geworden, so dass man von einer „Rechtsordnung mit Handelsgesetzbuch, aber ohne Handelsrecht“ sprach, siehe *Tallon* in: *International Encyclopedia of Comparative Law* (Fn. 37), Nr. 2–121, S. 61.

41 Siehe z.B. in Italien Art. 2188 ff. und Art. 2291 ff. *Codice civile*, in den Niederlanden Bücher 2 und 8 *Burgerlijk Wetboek*.

42 *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. 1980, S. 229.

43 *Weber* (Fn. 42), S. 229 (Hervorhebung im Original).

44 Auf die „Beschleunigungsfunktion“ des Handelsrechts weist auch *Grundmann*, ZHR 163 (1999) 635, 646 hin.

lichen Gleichheit der Verhandlungsmacht der professionell auftretenden Beteiligten ausgegangen werden.⁴⁵ Den Beteiligten wird daher größere Freiheit bei der Gestaltung von Verträgen eingeräumt und sie werden an diese strenger gebunden: Der Grundsatz *pacta sunt servanda* wird strikter verstanden als im allgemeinen Zivilrecht.⁴⁶ Auch wird auf viele lästige Formhindernisse verzichtet, die den Verkehr verlangsamten würden.⁴⁷

Darüber hinaus hat das Handelsrecht aus institutionen-ökonomischer Sicht eine *enabling function*, d.h. es gibt den Beteiligten rechtliche Instrumente an die Hand, derer sie zur Durchführung ihrer Transaktionen bedürfen.⁴⁸ Das ist gerade dort notwendig, wo Wirkung gegenüber Dritten oder der Allgemeinheit (*erga omnes*) erzielt werden müssen. Man denke etwa an die besondere Vermutungsregelung über die Zuordnung von Forderungen zum Kommittenten,⁴⁹ das Verbot des Abtretungsausschlusses⁵⁰ oder den Schutz des guten Glaubens an die Verfügungsbefugnis.⁵¹ Zudem spielen formalisierte Institutionen wie der Wechsel, das kaufmännische Bestätigungsschreiben oder die Traditionspapiere eine größere Rolle als im Zivilrecht.⁵² Gewohnheitsrechtliche Regelungen (Handelsbräuche) werden weitgehend anerkannt.⁵³ Außerdem gibt es häufig besondere Gerichte oder Kammern, die sich in handelsrechtlichen Fragen spezialisiert haben.⁵⁴

Schließlich ist nicht zu vergessen, dass das Handelsrecht in großem Maße staatliche Ordnungsfunktionen erfüllt. Historisch gesehen hatten viele seiner Vorschriften polizeilichen Charakter.⁵⁵ Sie errichten zwingende Grenzen, innerhalb deren sich das freie Spiel der Marktteilnehmer erst entfalten kann. So schaffen z.B. die Regeln über das Handelsregister oder die Bilanz eine Transparenz der wirtschaftlichen Verhältnisse, die notwendig für die effiziente Allokation von Ressourcen ist. Gleichmaßen Ordnungsfunktion haben die zahlreichen Regulierungsvorschriften, welche mittelbar oder unmittelbar in

45 Guyon (Fn. 35), S. 10.

46 Sealy/Hooley, Commercial Law, 4. Aufl. 2009, S. 10.

47 Siehe z.B. § 350 HGB.

48 Zur *enabling function* siehe Grundmann, 3 European Review of Contract Law (2007) 121, 143; MünchKommGmbHG/Fleischer, 2. Aufl. 2015, Einl. Rdn. 123, 247; ders., ZHR 168 (2004) 673, 707; Riesenhuber/Möslein in: Riesenhuber, Perspektiven des Europäischen Schuldvertragsrechts, 2008, S. 1, 22; aus institutionen-ökonomischer Sicht: Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomik, 4. Aufl. 2010, S. 23 f.

49 § 392 Abs. 2 HGB.

50 § 354a HGB.

51 § 366 HGB.

52 Guyon (Fn. 35), S. 8–10.

53 Siehe § 346 HGB.

54 Man denke an die deutschen Kammern für Handelssachen, den *Commercial Court* des *High Court of Justice of England and Wales* oder die französischen *tribunaux de commerce*.

55 Siehe die *ordonnances sur le commerce* oben Teil II. 1. b).

das Handelsrecht hineinreichen, insbesondere solche zur Verhinderung von Marktversagen. Dazu gehört z.B. das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.⁵⁶ Durch diese Regelungen wird der Wirtschaft ein Rahmen gesetzt, durch den der Markt seine wohlfahrtsstiftende Funktion erfüllen kann.

III. Bedarf für ein Handelsgesetzbuch auf europäischer Ebene

Selbst wenn ein Handelsrecht erforderlich ist, bleibt die Frage: Muss es auch europäisch einheitlich sein? Und falls ja, muss es notwendigerweise in einem Gesetzbuch zusammengefasst sein?

1. Pro und contra Rechtsvereinheitlichung

Auf den ersten Blick scheint die Notwendigkeit einheitlicher handelsrechtlicher Regeln durch das Binnenmarktziel der Europäischen Union impliziert. Ein einheitlicher Markt ist nur bei Geltung einheitlicher Regeln möglich. Kritiker dürften allerdings die Tatsache hervorheben, dass im europäischen Binnenmarkt in den letzten Jahrzehnten regulatorische Fragen bis in alle Einzelheiten harmonisiert wurden, die privatrechtlichen Regeln für Handelsgeschäfte dagegen uneinheitlich blieben.⁵⁷ Das private Handelsrecht scheint daher eine unwesentliche Nebensache zu sein. Um auf das Argument zu antworten, ist ein detaillierter Vergleich einheitlichen Handelsrechts mit dem Modell unterschiedlicher nationaler Regeln des Handelsverkehrs erforderlich.

a) Effizienzgewinne durch einheitliches Recht

Die Geltung uniformer Regeln innerhalb eines Markts hat gegenüber dem Zustand der Rechtszersplitterung eine Reihe von Vorzügen.⁵⁸ Erstens schafft sie ein *level playing field*, in dem alle Marktteilnehmer zu gleichen Bedingungen operieren. Zweitens verringert sie die Transaktions-, Streiterledigungs- und Compliance-Kosten. Drittens befreit sie von der Notwendigkeit der kollisionsrechtlichen Ermittlung des anzuwendenden Rechts. Viertens schützt sie die Vertragspartner vor idiosynkratischen Regelungen durch einen nationalen Gesetzgeber, weil zur Änderung der Regeln für gemeinsame Märkte höhere Hürden zu überwinden sind. Fünftens vermeidet einheitliches Handelsrecht ein selbstzerstörerisches Rennen der nationalen Gesetzgeber um Regelungen mit immer niedrigeren Standards (*race to the bottom*), die negative Auswir-

⁵⁶ Grundmann, ZHR 163 (1999) 635, 646.

⁵⁷ So unterliegen z.B. in der EU die Schwingungen von Traktorsitzen gleichen Höchstwerten, während die Gewährleistungsansprüche der Käufer eines Traktors von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variieren. Siehe das Beispiel von Magnus, FS Drobnič, 1998, S. 57, 62.

⁵⁸ Zu Vor- und Nachteilen einheitlicher Regeln am Beispiel der USA vgl. die Studie von Ribstein/Kobayashi, 25 Journal of Legal Studies (1996) 131, 137 ff.

kungen (Externalitäten) für die Belange der Einwohner anderer Staaten haben.⁵⁹

Neben diesen Hauptvorteilen produzieren einheitliche Regeln auch positive Nebeneffekte. Dazu gehört die Herausbildung eines umfassenden und hinreichend tiefen Bestands an Rechtsprechung, der die Rechtssicherheit erhöht. Er fehlt häufig in einem einheitlichen Markt mit gespaltenen Regelungen, weil sich Jurisdiktionen auf gewisse Fragen spezialisieren.⁶⁰ Die heimischen Gerichte erhalten dann nur noch selten die Möglichkeit, eigene Rechtsprechung zu diesem Thema herauszubilden.

b) Vorteile durch „regulatorischen Wettbewerb“?

Grundsätzliche Bedenken gegen rechtsvereinheitlichende Tendenzen erheben die Anhänger der Theorie des *regulatory competition*.⁶¹ Sie unterstreichen die Vorteile der Konkurrenz zwischen den Staaten als Regelgebern. Nur wenn etwa das spanische mit dem französischen und dem deutschen Handelsrecht konkurriert, könne der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren⁶² seine volle kreative und wohlfahrtsstiftende Kraft entfalten.

Die Wettbewerbsidee hat in einigen Bereichen durchaus Überzeugungskraft, zum Beispiel im Gesellschaftsrecht. Im Handelsrecht kann man hingegen mit guten Gründen bezweifeln, ob aus unterschiedlichen Regelungen tatsächlich Wohlfahrtsvorteile entstehen könnten. Die Nachteile aus einer Rechtszersplitterung, wie etwa im Bilanzrecht, scheinen jedenfalls sehr viel größer zu sein als mögliche Vorteile aus einer Optimierung in Einzelpunkten. Aus diesem Grund ist der Bereich des Bilanzrechts ebenso wie der der Publizität des Handelsregisters weitgehend harmonisiert worden.

Auch außerhalb des bereits harmonisierten Bereichs des Handelsrechts bestehen deutliche Nachteile und kaum Vorteile eines regulatorischen Wettbewerbs. Man denke etwa an die Kreditsicherheiten, die im Ausland nicht anerkannt werden, oder an den unterschiedlichen Rang von Insolvenzforderungen in den mitgliedstaatlichen Rechten. Solche Verschiedenheiten sind in einem einheitlichen Wirtschaftsraum nicht hinnehmbar. Der Gedanke des Wettbewerbs der Rechtssysteme steht in einem Spannungsverhältnis zur Idee des Binnenmarkts. Er beeinträchtigt den freien Wettbewerb der Wirtschaftssubjekte als eigentliches Hauptziel des europäischen Projekts.

59 Als Beispiel könnte man etwa an Insolvenzregelungen denken, die sich zu Lasten der ausländischen Gläubiger eines im Inland lebenden Schuldners auswirken. Zu externen Effekten allgemein: *Richter/Furubotn* (Fn. 48), S. 109–116.

60 Man denke als Beispiel etwa an die Bereiche der Derivate oder der Konsortialfinanzierung, in denen das englische Recht führend ist.

61 Zur Idee der Überlegenheit des Wettbewerbs der Rechtsordnungen gegenüber dem Einheitsrecht siehe *Ribstein/Kobayashi*, 25 *The Journal of Legal Studies* (1996) 131, 138–140; *Ogus*, 48 *International & Comparative Law Quarterly* (1999) 405–418; für das Kapitalmarktrecht siehe *Romano*, 2 *Theoretical Inq.* (2001) L. 387.

62 Vgl. *von Hayek*, *Freiburger Studien*, 1969, S. 249 ff.

c) Rechtswahlfreiheit als Substitut für Einheitsrecht?

Eine Vereinheitlichung von Rechtsvorschriften kann allerdings aufgrund des kollisionsrechtlichen Prinzips der Parteiautonomie überflüssig sein, das den Parteien erlaubt, die auf ihre Beziehung anwendbare Rechtsordnung auszuwählen.⁶³ Ihm kommt gerade im Handelsrecht besondere Bedeutung zu, weil einerseits viele Einschränkungen zum Schutz der schwächeren Partei – wie etwa für Verbraucher- und Arbeitsverträge im Handelsrecht – nicht gelten und andererseits die Beteiligten am Handelsverkehr über die notwendigen Kenntnisse verfügen, um eine informierte Rechtswahl zu treffen.⁶⁴ Sofern die Parteien selbst das anzuwendende nationale Recht bestimmen, scheint es einheitlicher europäischer Regeln im Binnenmarkt nicht zu bedürfen.⁶⁵

Die Rechtswahl als Mechanismus zur Bewältigung von Rechtspluralität hat allerdings Nachteile. Sie führt zu erhöhten Rechtsermittlungs-, Informations- und Transaktionskosten. Zudem gibt es Bereiche, in denen eine Rechtswahl wegen der *erga omnes*-Wirkung der jeweiligen Regelungen von vornherein nicht zulässig oder nicht möglich ist. Zu ihnen gehören das Recht der Sicherheiten, die Bestimmungen über das Handelsregister und dessen Wirkungen, das Firmenrecht oder die Vorschriften über die Bilanzen.⁶⁶ In anderen, regulierten Gebieten ist die Rechtswahl europarechtlich stark eingeschränkt, z.B. im Versicherungsrecht.⁶⁷ Schließlich kann sich eine Rechtswahl nicht über Eingriffsnormen hinwegsetzen, d.h. Vorschriften, die wichtigen politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Interessen dienen.⁶⁸ Solche Eingriffsnormen verdrängen auch in handelsrechtlichen Beziehungen das von den Parteien gewählte Recht, um die Marktordnung nach nationalen Vorstellungen zu ver-

63 Siehe Art. 3 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. 6. 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I-VO“), ABl. EU L 177 v. 4. 7. 2008, S. 6.

64 Zur Rolle der Rechtswahlfreiheit im Binnenmarkt vgl. *Grundmann*, ZHR 163 (1999) 635, 656 ff.

65 Empirische Untersuchungen geben Anlass zu der Vermutung, dass Unternehmen von der Rechtswahlfreiheit regen Gebrauch machen. In einer Umfrage gaben 44 % europäischer Unternehmen an, ein fremdes Recht als Vertragsstatut zu wählen, vgl. die Studie „Civil Justice Systems in Europe: Implications for Choice of Forum and Choice of Contract Law“, S. 13, wiedergegeben in *Hodges/Vogenauer*, Civil Justice Systems in Europe, 2011; siehe auch *Eidenmüller*, JZ 2009, 641, 645 f.

66 Siehe zum Ausschluss der Rechtswahl im Recht der Sicherheiten *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, 1996, S. 291 ff.; a.A. jedoch *Flessner*, FS Koziol, 2010, S. 141 ff. Zur öffentlich-rechtlichen Qualifikation des Registerrechts, des Firmenrechts und des Bilanzrechts siehe *MünchKommBGB/Kindler*, 6. Aufl. 2015, IntGesR, Rdn. 217, 234, 273. Aus dieser folgt mittelbar der Ausschluss der Rechtswahl, weil im internationalen öffentlichen Recht der Grundsatz der Territorialität gilt.

67 Siehe Art. 7 Rom I-VO.

68 Vgl. die Definition in Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO.

wirklichen.⁶⁹ Viele dieser Normen hat der europäische Gesetzgeber zwar bereits harmonisiert, z.B. das Wettbewerbsrecht oder die Vorschriften zum Schutz von Handelsvertretern. Allerdings beschränkt sich die EU häufig auf eine Mindestharmonisierung und lässt ein *gold-plating* durch nationale Vorschriften zu. Über die europäischen Vorgaben hinausgehende zwingende Vorschriften können mitgliedstaatliche Gerichte gegen ein von den Parteien ausdrücklich gewähltes ausländisches Recht durchsetzen, wie der EuGH entschieden hat.⁷⁰ Die Rechtswahlmöglichkeit kann also Rechtsvereinheitlichung nicht völlig substituieren.

d) Zwischenergebnis

Einheitliche Regeln würden die Integration, die Effizienz und die Transparenz im Binnenmarkt stärken. Ein Wettbewerb der Rechtssysteme verspricht dagegen nur bei nicht zwingenden Vorschriften Effizienzgewinne, wie etwa im Vertragsrecht. Dieser Wettbewerb findet schon heute rechtssicher durch Rechtswahl statt. Gerade bei den zwingenden, im Interesse Dritter oder im öffentlichen Interesse erlassenen Vorschriften versagt er jedoch. In diesem Bereich ist Rechtsvereinheitlichung wohlfahrtsfördernd.

2. Vorteile einer Kodifikation

Von der Frage, ob es uniformer Regelungen bedarf, ist die ganz andere zu unterscheiden, wie man diese legislativ gestaltet. Die Notwendigkeit eines „Handelsrechts“ ist nicht mit der eines „Handelsgesetzbuchs“ gleichzusetzen. Die moderne Gesetzgebungslehre hat ein differenzierteres Bild von der Notwendigkeit einer Kodifikation.⁷¹ Sie hängt von den Zielen und Zwecken ab, die man mit einer eigenständigen Kodifikation verfolgt.

a) Zusammenfassung und Ordnung des bestehenden Rechtsstoffs

Eine Kodifikation kann zunächst dazu dienen, alle Regelungen einer bestimmten Materie zusammenzufassen und zu ordnen und damit den Rechtsstoff übersichtlicher zu gestalten. In diese Tradition reihen sich etwa die in den US-Bundesstaaten verbreiteten *business codes* ein. Eine solche amtliche Sammlung und Zusammenfassung entspricht vor allem dem Bedürfnis des Rechtsanwenders nach schneller und einfach zu erlangender Information.⁷²

⁶⁹ Siehe zur Ordnungsfunktion des Handelsrechts oben Teil II. 3.

⁷⁰ EuGH v. 17. 10. 2013, Rs. C-184/12 (*Unamar*), ECLI:EU:C:2013:663.

⁷¹ Siehe dazu etwa *Mertens*, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, 2004, S. 68 ff.; *Schuppert*, ZG 2003, 4, 53 f. Weitere Nachweise bei *Meßerschmidt*, Zeitschrift für das juristische Studium 2008, 111, 116 f.

⁷² Darauf weist *Diamond*, 31 Modern Law Review (1968) 363 f. hin.

Gesetzbücher haben außerdem den Vorteil, dass sie häufig von Wissenschaftlern oder Praktikern kommentiert werden.⁷³

Eine echte Kodifikation kann sich nicht einfach in einer bloßen Addition verschiedener Texte und ihrer Veröffentlichung unter einem gemeinsamen Titel erschöpfen, denn sonst wäre sie eine bloße „Kompilation“, also eine Rechtssammlung, wie sie z.B. auch von privaten Verlagen erstellt werden kann.⁷⁴ Stattdessen müssen die Regelungen aufeinander abgestimmt, Redundanzen getilgt und die Terminologie vereinheitlicht werden. Die derzeit in Europa bestehenden verschiedenen gesetzlichen Grundlagen genügen diesen Anforderungen nicht. Angesichts der Vielzahl von Richtlinien und Verordnungen besteht ein außerordentliches Maß an Unübersichtlichkeit. In den einzelnen Texten wird oft abweichende Terminologie verwendet. Zum Teil überschneiden sich die jeweiligen Vorschriften auch.⁷⁵ Die EU hat dies selbst erkannt und verschiedene Schritte zur Vereinfachung der Gesetzgebung versucht.⁷⁶ Ein EU-Handelsgesetzbuch wäre diesen Bemühungen sehr förderlich.

b) Beseitigung von Rechtszersplitterung

Der wichtigste historische Zweck der Kodifikationsbewegungen im 19. Jahrhundert war nicht die Sammlung verstreuter Rechtsvorschriften oder deren Systematisierung, sondern die Schaffung von Rechtseinheit in den neu geschaffenen oder neu erwachten Nationalstaaten.⁷⁷ Die Kodifikation sollte die räumliche Rechtszersplitterung innerhalb des nationalstaatlichen Territoriums überwinden, indem sie ein für alle Bürger geltendes Recht aufstellte. Auch die US-amerikanische Modellkodifikation UCC steht in dieser Tradition.⁷⁸ Zutreffend weist *Ulrich Magnus* darauf hin, dass sich Rechtseinheit zwischen den Gebieten verschiedenen Rechts zunächst und am ehesten auf dem Feld des Handelsrechts erreichen lässt und auch dort beginnen sollte.⁷⁹

73 Zur Bedeutung des Kommentierens und der Kommentare für das Wirtschaftsrecht siehe *Noack/Zetzsche*, FS Heymanns, 2015, S. 229 ff.

74 Paradigmatisch sind etwa die im dtv-Verlag erschienenen Sammlungen zum Arbeits-, Bank- und Kapitalmarktrecht.

75 Siehe z.B. das schwierige Verhältnis von Art. 9 der RL 98/26/EG (Finalitätsrichtlinie) und Art. 9 der RL 2002/47/EG (Finanzsicherheitenrichtlinie), dazu *Lehmann*, Finanzinstrumente, 2009, S. 488.

76 Vgl. aus den zahlreichen Anläufen zuletzt Europäische Kommission, „Bessere Ergebnisse durch bessere Rechtsetzung – Eine Agenda der EU“ vom 19. 5. 2015, KOM (2015) 215 endg.; Europäisches Parlament, Rat und Kommission, Interinstitutionelle Vereinbarung „Bessere Rechtsetzung“ v. 13. 4. 2016, ABl. 2016 L Nr. 123, S. 1 ff.; sowie das REFIT (Regulatory Fitness and Performance) Programme der Kommission, siehe KOM (2012) 746 endg.

77 Siehe *Mertens* (Fn. 71), S. 30–33; *Meder*, Rechtsgeschichte, 5. Aufl. 2014, S. 273 f.

78 Siehe § 1–103(1) UCC.

79 *Magnus*, FS Drobnig, 1998, S. 57, 61.

Gerade das Kernziel der EU, der europäische Binnenmarkt, legt einheitliche Regeln für den Handelsverkehr nahe.

Eine Kodifikation im Sinne einer systematischen Darstellung der Rechtsgrundlagen hätte noch weitere Vorteile. Sie würde den europäischen Gesetzgeber zwingen, sich mit dem Handelsrecht als einer Gesamtmaterie zu befassen. Bislang nähert er sich der Thematik mit seiner typischen pointillistischen Arbeitsweise. Ein Beispiel bietet etwa die Regulierung des Vertriebsrechts, die – aus vorrangig sozialpolitischen Motiven – auf den Handelsvertreter beschränkt ist.⁸⁰ Alle übrigen selbstständigen und unselbstständigen Vertriebsarten, wie beispielsweise der Einsatz von Handlungsgehilfen oder Franchisenehmern, sowie wichtige mit ihnen zusammenhängende Fragen wie etwa die der Vertretungsmacht oder der Haftung bleiben dagegen ungeregelt. Im Falle der Verabschiedung eines europäischen Handelsgesetzbuchs könnte sich der EU-Gesetzgeber nicht länger darauf zurückziehen, lediglich einzelne Problembereiche aus gewissen politischen Interessen heraus anzugehen. Stattdessen müsste er ein geschlossenes Konzept eines Wirtschaftsrechts für den Binnenmarkt vorlegen.

c) Systematisierung

Eine gute Kodifikation bildet zugleich ein inneres *System*, d.h. ein geordnetes Ganzes, das auf einheitlichen Prinzipien aufbaut.⁸¹ Gemeint ist damit ein Gesetzbuch, dessen Vorschriften inhaltlich und wertungsmäßig aufeinander abgestimmt sind. Der gesamte Kodex beruht auf einheitlichen Erwägungen, die widersprüchliche Behandlungen einzelner Fälle vermeiden und daher bei der Erzielung gerechter Ergebnisse zusammenspielen.

Bei den bisher von der EU erlassenen Vorschriften handelt es sich in der Regel um auf spezielle Sachfragen beschränkte Einzelakte, die sich nur schwerlich zu einem systematischen Ganzen zusammenfügen lassen. Durchgehende Prinzipien sind nur mit Mühe zu erkennen. Auch im nationalen Handelsrecht ist der Systemcharakter nicht zweifelsfrei. Zwar kann man sagen, dass die Privatautonomie im Handelsrecht besonders ausgeprägt ist, dass Treu und Glauben enorme Bedeutung zukommen (der ehrbare Kaufmann!), dass Selbsthilfe in weitergehendem Maß zulässig ist als im allgemeinen Zivilrecht (man denke nur an § 373 Abs. 2 HGB) und dass besonders einfache Mechanismen der Kreditsicherung und des Schutzes berechtigter Interessen zur Verfü-

80 RL 86/653/EWG vom 18. 12. 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbstständigen Handelsvertreter, ABl. L 382, S. 17.

81 Zum Systembegriff *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., 1969, S. 47; *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 5. Aus spezifisch europäischer Sicht vgl. *Riesenhuber*, System und Prinzipien des europäischen Vertragsrechts, 2003, S. 8 ff.

gung stehen.⁸² Diese Besonderheiten scheinen aber nicht so bedeutend, dass sie eine eigene Kodifikation mit eigenen Systemprinzipien tragen könnten.

Allerdings darf man die Ansprüche an das europäische Handelsrecht auch nicht zu hoch stecken. Im amerikanischen Pendant, dem UCC, fehlen systembildende Prinzipien. Zwar ist sein Article 1 mit dem Titel „General Provisions“ überschrieben. Dort finden sich aber lediglich Vorschriften über die Zitierung, den Anwendungsbereich, die Auslegung – einschließlich der Bedeutung des Gebrauchs von Singular und Plural und geschlechtlicher Zusätze – sowie das Verhältnis zu anderen Rechtsakten. Ein „Allgemeiner Teil“ im Sinne etwa der deutschen Gesetzbücher ist dies nicht. Auch die weiteren Artikel geben kein einheitliches Bild ab. Vielmehr sind sie in sich abgeschlossene Teile, welche aus Gründen der besseren Übersichtlichkeit in einem Text vereinigt wurden.⁸³ Dem UCC deshalb insgesamt die Eigenschaft als „wirklichem Kodex“ abzusprechen,⁸⁴ zeugt von kontinentaleuropäischer Voreingenommenheit. Vielmehr sollte man ihn als Beleg dafür nehmen, dass ein Gesetzestext nicht unbedingt einen Allgemeinen Teil haben muss, um die Dignität einer „Kodifikation“ zu erlangen.

Das heißt nicht, dass die Errungenschaft der systematischen kontinentaleuropäischen Kodifikation zugunsten einer bloßen Stoffsammlung nach angelsächsischem Vorbild aufzugeben wäre. Selbst hierzulande ist man sich jedoch im Klaren darüber, dass die optimale Systematisierung des Rechtsstoffs dem Gesetzgeber „nur im Idealfall“ gelingt.⁸⁵ Die systematische Durchdringung und Aufdeckung dem Recht des kaufmännischen Verkehrs zugrunde liegender Prinzipien ist eher Aufgabe der Wissenschaft als der Parlamente.⁸⁶ Ein vernünftiger Ansatz scheint es zu sein, zunächst den Stoff in übersichtlicher Weise zu ordnen und mit einer einheitlichen Terminologie zu versehen sowie offenkundige Widersprüche und Lücken zu beseitigen; dies ist eine Aufgabe der Gesetzgebung, gegebenenfalls unter Mithilfe von Experten. Danach sollte man sich an die systematische Durchdringung und die Ausarbeitung allgemeiner Prinzipien machen; diese Aufgabe kommt der Wissenschaft zu und kann daher vom europäischen Gesetzgeber getrost ihr überlassen werden.

82 Siehe *Goode*, 14 *Modern Law Review* (1988) 135, 148 ff.

83 *White/Summers* (Fn. 2), S. 2–3.

84 So *Tallon* in: *International Encyclopedia of Comparative Law* (Fn. 37), Nr. 2–7, S. 6; im Einzelnen siehe seine Kritik unter Nr. 2–112, S. 56 f.

85 *Krejci*, FS Bydlinski, 2002, S. 219, 223.

86 Zur Funktion der Wissenschaft bei der Identifikation europäischen und internationalen Handelsrechts siehe *Remien*, in: Dethloff/Nolte/Reinisch, *Freiheit und Regulierung in der Cyberwelt. Rechtsidentifikation zwischen Quelle und Gericht*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht*, Bd. 47, 2016, S. 241, 262 ff.

d) Weitere (weiche) Vorteile

Eine Kodifikation würde nicht nur die bislang auf verschiedene Akte verteilten Rechtsgrundlagen ordnen, systematisieren und zur Überwindung von Rechtszersplitterung beitragen. Hinzu kämen weitere Vorteile. So entspricht eine Kodifikation der kontinentaleuropäischen Rechtstradition und würde Juristen die Arbeit mit dem EU-Recht erleichtern. Eine Niederlegung einheitlicher Regelungen hätte darüber hinaus eine signalgebende Funktion. Sie wäre ein wichtiges Zeichen dafür, dass das Projekt der europäischen Integration nicht ins Stocken geraten oder sogar reversibel ist, sondern weiter zielgerichtet verfolgt wird. Insofern hätte sie einheitsstiftenden Effekt. Das Handelsrecht hat dabei eine gewisse Priorität gegenüber anderen Rechtsgebieten, weil es mit dem Binnenmarkt eng verbunden ist. Wenn die EU überhaupt mit einem eigenen Kodifikationsprojekt identifiziert werden kann, dann mit dem Handelsrecht. Die nationalen Zivilgesetzbücher blieben demgegenüber unangetastet. Die Einführung eines europäischen Handelsgesetzbuchs würde daher die Politikbereiche und prioritären Kompetenzen klarer ordnen.

3. Grundsätzliche Bedenken

a) Fehlende Machbarkeit

Trotz der Vorteile könnten Gründe für Skepsis gegenüber einem europäischen Handelsgesetzbuch bestehen. Zunächst lässt sich die politische Machbarkeit eines solchen Projekts bezweifeln. Die große Zahl von Mitgliedstaaten im Rat verursacht zunehmend Koordinationsprobleme. Wenn man sich nicht einmal auf verhältnismäßig einfache und beschränkte Projekte wie ein europäisches Kaufrecht für im Internet geschlossene Verträge einigen kann, wie sollte dann ein gemeinsames Handelsgesetzbuch verabschiedet werden?

Dieser Einwand ist allerdings nicht überzeugend. Ob ein Projekt Chancen auf Annahme hat oder nicht, muss sich im politischen Prozess selbst erweisen. Die Vergangenheit kennt genügend Beispiele, in denen sich die im Rat versammelten Staats- und Regierungschefs und das Europäische Parlament geeinigt haben, wenn es der Erhaltung der Lebensfähigkeit des europäischen Projekts diente. Leider ist es sehr verbreitet, auf der einen Seite die Unfähigkeit der EU zur Erzielung echter Wirtschaftseinheit zu beklagen, auf der anderen Seite aber jedes Projekt, das der Erzielung solcher Einheit beiträgt, schon im Vorhinein als „nicht machbar“ zu zerreden. Die Union steht an einem Scheideweg: Entweder es gelingt ihr, durch tiefere Integration ihre Lebensfähigkeit zu beweisen, oder sie scheitert. Daher ist ein großer Wurf nötig statt des bisherigen Pointillismus.

b) Etatisierung, Zentralisierung, Bürokratisierung

Selbst wenn ein europäisches Handelsrecht machbar sein sollte, werden viele es nicht wünschen. Eine Befürchtung ist, dass damit Rechtsideen importiert werden, die der Effizienz des Wirtschafts- und Handelsverkehrs abträglich

und unserem Recht aus gutem Grund bislang unbekannt sind. Als Beispiel könnte man eine Vorschrift des französischen *Code de commerce* nennen, nach der Verträge mit einem „erheblichen Ungleichgewicht“ (*deséquilibre significatif*) den bevorteilten Handelspartner zum Schadensersatz verpflichten.⁸⁷ Eine solche Vorschrift scheint etatistischen Vorstellungen zu entspringen und übermäßigen Eingriffen in die Privatautonomie Tür und Tor zu öffnen. Im konkreten Fall ließe sich zwar dagegen argumentieren, dass die Norm lediglich den in der EU-Klauselrichtlinie verankerten Maßstab der Missbräuchlichkeit⁸⁸ auf Handelsverträge überträgt und dass auch das deutsche Recht AGB in Verträgen zwischen Kaufleuten einer nicht unähnlichen Kontrolle unterwirft.⁸⁹ Jedoch geht die französische Vorschrift weiter, da sie nicht auf AGB beschränkt ist, sondern auch Individualverträge betrifft. Daneben wird es viele andere dem deutschen Recht und den deutschen Ordnungsvorstellungen fremde Normen in den Rechten anderer Mitgliedstaaten geben.

Es besteht die nicht von der Hand zu weisende Gefahr, dass im Zuge der Einführung eines europäischen Handelsgesetzbuchs solche und andere Normen Einzug halten, die zu einer Etatisierung, Zentralisierung und Bürokratisierung führen. Allerdings ist umgekehrt auch denkbar, dass sich gegenüber dem deutschen Recht liberalere Ideen anderer Staaten durchsetzen, zum Beispiel die Einschränkung der AGB-Kontrolle von Handelsverträgen, oder dass deutsche Rechtsvorstellungen dank des europäischen Handelsrechts als Transmissionsmechanismus Einfluss auf das Ausland gewinnen. Bei der Europäisierung handelt es sich um einen Prozess, dessen Ausgang offen ist und der wesentlich von der Überzeugungskraft der eigenen Vorstellungen abhängt.⁹⁰ Die grundsätzliche Frage, ob handelsrechtliche Normen auf der einzelstaatlichen oder der europäischen Ebene zu verankern sind, sollte getrennt von Sachproblemen beantwortet werden. Die Entscheidung betrifft die richtige Ebene der Regelung, nicht deren Inhalt. Ein europäisches Handelsgesetzbuch muss auch nicht notwendig zu einem engeren Normengeflecht führen, sondern könnte im Gegenteil das Normendickicht auf nationaler Ebene durch eine einheitliche Regelung ersetzen. Die Zusammenfassung bislang verstreuter Normen in einer Kodifikation würde in jedem Fall den Rechtszustand des derzeitigen europäischen Rechts konsolidieren.

87 Art. 446–1 Abs. 1 Nr. 2 *Code de commerce*, eingefügt durch Gesetz (*Loi de modernisation de l'économie*) vom 4. 8. 2008. Der französische Verfassungsrat hat die Vorschrift als verfassungsgemäß bezeichnet, siehe *Conseil constitutionnel*, Entscheidung Nr. 2010–85 vom 13. 1. 2011, ECLI:FR:CC:2011:2010.85.QPC, J.O. v. 14. 1. 2011, S. 813.

88 Siehe Art. 3 Klauselrichtlinie 93/13/EWG.

89 Siehe § 310 Abs. 1 BGB. In der Literatur wird sogar angenommen, das französische Recht vermeide die „starre Rigidität“ des deutschen Rechts, da es die Klauselkontrolle von Handelsverträgen von der Klauselkontrolle im Verbraucherbereich abtrenne, siehe *Müller/Schilling*, BB 2012, 2319, 2320.

90 *Joerges*, FS Heldrich, 2005, S. 205 ff.

c) Einheitliches Handelsrecht ohne einheitliches Zivilrecht?

Ein grundsätzlicher Einwand gegen ein europäisches Handelsgesetzbuch ist, dass dieses ohne ein einheitliches Zivilrecht überhaupt nicht möglich sei. Handelsrechtliche Regelungen bauen typischerweise auf zivilrechtlichen auf. Beispielsweise sind die Vorschriften über den Handelskauf auf allgemeine Regeln über den Vertragsschluss angewiesen. Kreditsicherheiten des Handelsverkehrs schränken allgemeine Institutionen wie das Eigentum ein, ohne die sie nicht gedacht werden können. Das Insolvenzrecht ist ebenfalls mit dem nationalen Sachenrecht eng verzahnt. Wie sollten angesichts dieses Befunds europäisch einheitliche Vorschriften über den Handelsverkehr eingeführt werden können, solange die zivilrechtlichen Verhältnisse auf nationaler Ebene unterschiedlich geregelt sind?

Das Problem ist ernst zu nehmen, aber nicht unlösbar. Ausländische Vorbilder wie der US-amerikanische UCC zeigen, dass verschiedene Zivilrechte auf einzelstaatlicher Ebene mit Handelsregelungen auf einer höheren (im konkreten Fall: föderalen) Ebene durchaus vereinbar sind. Selbst der Bundesstaat Louisiana, der als einziger der Civil Law-Tradition folgt, hat den UCC mit Ausnahme des Kaufrechts (Art. 2) in sein Recht übernommen. Zudem sind die Zivilrechte der Mitgliedstaaten zwar unterschiedlich, speisen sich aber aus einer gemeinsamen europäischen Tradition, die auf das *ius commune* zurückgeht. Mit dem Wirksamwerden des Austritts des Vereinigten Königreichs wird diese Einheitlichkeit noch stärker werden. Außerdem zeigt die rechtsvergleichende Erfahrung, dass die mitgliedstaatlichen Rechte trotz unbestreitbarer Unterschiede im Detail meist zu ähnlichen Ergebnissen gelangen.⁹¹ Damit besteht zumindest eine Grundlage, auf der sich aufbauen lässt.

4. Europäische Handelsgerichtsbarkeit?

Die europäische Gerichtsbarkeit besteht derzeit aus zwei Gerichten mit sehr weiten Zuständigkeiten, die vorwiegend mit Spezialisten des öffentlichen Rechts besetzt sind. Die Auslegung eines europäischen Handelsgesetzbuchs würde den EuGH jedenfalls in seiner jetzigen organisatorischen Verfassung überfordern. Notwendig wäre entweder die Schaffung einer besonderen Kammer oder eines besonderen Gerichts mit der Zuständigkeit für Vorabentscheidungsverfahren. Man könnte auch an die Einrichtung einer europäischen Handelsgerichtsbarkeit denken.⁹² Dies bedürfte aber einer Änderung der Verträge. Einfachgesetzliche Regelungen über entsprechende Gerichte könnten sich im europäischen Handelsgesetzbuch finden, entsprechend etwa

91 Ausdruck dieser Erfahrung sind akademische Werke wie die PECL oder der DCFR, die auf rechtsvergleichender Basis einheitliche europäische Regeln aufstellen, siehe dazu oben II. 1. b).

92 Siehe das Plädoyer für einen europäischen Handelsgerichtshof von Pfeiffer, ZEuP 2016, 795 ff. Ebenfalls denkbar wären erstinstanzliche europäische Handelsgerichte.

der französischen oder spanischen Rechtstradition, die diese Regeln im Handelsgesetzbuch aufnehmen.

IV. Begriff und Konzept des „europäischen Handelsrechts“

Damit gibt es gute Gründe für die Einführung eines europäischen Handelsgesetzbuchs. Jedoch stehen ihr nicht geringe begriffliche und konzeptionelle Schwierigkeiten entgegen. Diese muss man zunächst klären, bevor man ein solches Gesetzbuch einführen kann.

1. Das Handelsrecht – eine Chimäre?

Häufig wird der unklare Charakter des Handelsrechts und seine fehlende Relevanz bemängelt.⁹³ So hat *Claus-Wilhelm Canaris* vom „transitorischen Charakter des Handelsrechts als eigenständiger Materie“, von seinem „kontinuierlichen materiellen Bedeutungsverlust, ... wenn nicht gar seiner Destruktion“ gesprochen.⁹⁴ Er hebt hervor, dass es sich nicht um ein einheitliches Rechtsgebiet handle, sondern um einzelne Vorschriften, die verschiedenen Gebieten zuzuordnen seien, wie beispielsweise dem Schuldrecht, dem Sachenrecht oder dem Gesellschaftsrecht.⁹⁵ Resignierend stellt auch *Dieter Brügge-mann* fest, dass sich Merkmale für die Abgrenzung des Handelsrechts zum allgemeinen bürgerlichen Recht bis heute nicht haben finden lassen.⁹⁶

Erst recht problematisch ist es, einen europäisch akzeptierten Begriff des Handelsrechts zu formulieren. Beispielhaft dafür ist folgende, auf *Roy Goode* zurückgehende Definition: „Commercial law is that branch of law which is concerned with rights and duties arising from the supply of goods and services in the way of trade.“⁹⁷ Zwar ist diese Begriffsbestimmung allgemein genug für ein supranationales Gesetzeswerk. Jedoch ist sie einerseits zu weit, weil sie jegliche Rechte und Pflichten erfasst, z.B. auch solche aus Delikt. Andererseits ist sie zu eng, weil sie die Versorgung mit Waren und Dienstleistungen erfasst, aber z.B. nicht das Organisationsrecht der Kaufleute, wie etwa die Bestimmungen über das Handelsregister, welche zumindest nach kontinentaler Auffassung integraler Bestandteil des Handelsrechts sind. Die größte Schwäche der Definition liegt aber darin, dass sie mit dem Wort *trade* eine große Unbekannte enthält. Sie verschiebt damit das Definitionsproblem nur von einem Begriff (*commercial*) auf den anderen (*trade*).

Diese Verschiebetaktik ist nicht selten. Ihr folgen auch *Georges Ripert* und *René Roblot* in ihrem berühmten, von *Michel Germain* fortgeführten Lehr-

93 Siehe die provokante Formulierung: „Wovon handelt das Handelsrecht?“, *Zöllner*, ZGR 1983, 82.

94 *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 1 Rdn. 45, S. 16.

95 Siehe *Canaris* (Fn. 94), § 1, Rdn. 4–8, S. 3 f.

96 *Staub/Brügge-mann*, HGB, Bd. 1, 4. Aufl. 1995, Einl. Rdn. 2.

97 *McKendrick*, *Goode on Commercial Law*, 4. Aufl. 2010, S. 8.

buch. Sie formulieren den Satz: „Le droit commercial est la partie du droit privé relative aux opérations juridiques faites par les commerçants, soit entre eux soit avec leurs clients.“⁹⁸ Hier wird dem Kaufmannsbegriff entscheidende Bedeutung beigemessen, ohne ihn zu erklären. Ähnlich problematisch sind Aussagen in der deutschen Literatur, wie etwa „Handelsrecht ist Kaufmannsrecht“⁹⁹ oder das „Sonderprivatrecht der Kaufleute“¹⁰⁰. In allen diesen Fällen wird an die Stelle des „Handels“ der Begriff des Kaufmanns gesetzt und damit das Problem nur vom Definiendum in das Definiens verlagert. Nicht einmal dieser Mühe unterzieht sich, wer wie *Robert Bradgate* das Handelsrecht als „law relating to commercial activity“¹⁰¹ „definiert“. Das ist keine Definition, sondern eine bloße Tautologie.

2. Objektives oder subjektives System

Innerhalb der europäischen Mitgliedstaaten scheint es an einem einheitlichen Konzept des Handelsrechts zu fehlen. Insoweit ist eine Zweiteilung zu beobachten: Entweder wird gesagt, das Handelsrecht regle eine bestimmte Art von Geschäften, die „Handelsgeschäfte“, oder eine bestimmte Art von Personen, die „Kaufleute“. Entsprechend werden die nationalen Rechtssysteme eingeteilt in ein „objektives“ und ein „subjektives“ System.

Im objektiven System gelten eine Reihe von Transaktionen und einseitigen Erklärungen als Handelsgeschäfte, unabhängig davon, von wem sie vorgenommen werden. Solche Handelsgeschäfte oder *actes de commerce* sind beispielsweise in Frankreich die Vermietung beweglicher Gegenstände, das Kommissionsgeschäft oder das Frachtgeschäft.¹⁰² Das objektive System hat sich in anderen Staaten romanischer Tradition fortgesetzt, z.B. Spanien,¹⁰³ Portugal¹⁰⁴ und Belgien¹⁰⁵.

Das subjektive System knüpft dagegen nicht an die Vornahme gewisser Geschäfte, sondern an eine Eigenschaft der Handelnden an. Dies ist z.B. die Eigenschaft als „Kaufmann“ oder „Unternehmer“. Dem subjektiven System folgen u.a. Deutschland¹⁰⁶ und Österreich¹⁰⁷.

Auf den ersten Blick ist die Kluft zwischen objektivem und subjektivem System unüberwindbar. Die Unterschiede sind allerdings in Wirklichkeit

98 *Ripert/Roblot/Germain*, *Traité de droit commercial*, Bd. 1, 15. Aufl. 1993, S. 1.

99 *Canaris* (Fn. 94), § 1 Rdn. 1, S. 2.

100 *Karsten Schmidt*, *Handelsrecht*, 6. Aufl. 2014, § 1 I 1, Rdn. 1, S. 3.

101 *Bradgate*, *Commercial Law*, 3. Aufl. 2005, S. 4.

102 Siehe Art. L110–1 und L 110–2 französischer *Code de commerce*.

103 Siehe Art. 2 spanischer *Código de Comercio*.

104 Siehe Art. 2 portugiesischer *Código Comercial*.

105 Siehe Art. 2 und 3 belgischer *Code de commerce*.

106 §§ 1 ff. HGB.

107 § 4 Abs. 1 österreichisches UGB.

nicht so groß.¹⁰⁸ Zum einen ist die subjektive Definition im französischen Recht vor allem für die Zuständigkeit der Handelsgerichte von Bedeutung. Außerhalb dieses speziellen Bereichs finden sich im französischen Recht zahlreiche Vorschriften, die an die Kaufmannseigenschaft anknüpfen, z.B. die Verpflichtung zur Eintragung in das Handelsregister oder zur Führung der Handelsbücher.¹⁰⁹ Zum anderen ist auch ein deutscher Kaufmann nicht immer und stets dem Handelsrecht unterworfen, sondern nur, soweit er Geschäfte tätigt, die „zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören“.¹¹⁰ Außerdem gilt das deutsche HGB in gewissem Umfang auch für gemischte Rechtsgeschäfte zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten.¹¹¹ Die europäischen Rechtsordnungen sind also in der Realität viel ähnlicher, als die Gegenüberstellung von „objektivem“ und „subjektivem“ System nahelegt. Die Unterschiede sind rein legislativtechnischer Natur. Sie stellen kein unüberwindbares Hindernis für eine Rechtsvereinheitlichung dar.

3. Alternative Konzeptionen

Zunehmend wird das Handelsrecht als solches jedoch als überholt in Frage gestellt. Die modernen Rechtstexte zu diesem Thema beschränken sich schon lange nicht mehr auf Fragen des „Handels“. Längst hat man erkannt, dass ein auf den Absatz und den Vertrieb von Waren und Dienstleistungen begrenztes Sonderrecht viel zu eng ist.¹¹² Daher wird eine Reihe neuer Konzeptionen vorgeschlagen.

So hat man zur Einbeziehung der industriellen Produktion, der Landwirtschaft, der Bauwirtschaft und herkömmlich als freischaffend angesehener Berufe in Deutschland den Terminus „Unternehmensrecht“ vorgeschlagen.¹¹³ Der österreichische Gesetzgeber ist diesen Weg konsequent gegangen und hat im Jahr 2007 die alte reichsrechtliche Kodifikation des Handelsgesetzbuchs durch ein „Unternehmensgesetzbuch“ (UGB) ersetzt.¹¹⁴ Auch in anderen

108 Siehe *Sonnenberger/Damann*, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2008, S. 29, Rdn. II 1.

109 Art. L123–1 ff., L123–12 ff. französischer *Code de commerce*.

110 § 343 HGB.

111 Siehe § 345 HGB. Zu einem Anwendungsfall siehe z.B. die Normen über das Kontokorrent, §§ 355 ff. HGB.

112 Siehe Staub/*Brüggemann* (Fn. 96), Einl. Rdn. 3; *Guyon* (Fn. 35), S. 1. Für einen weiten Begriff des „merchant“ auch *Goode*, 14 Mon LR (1988) 135, 141 („in the broad sense [of the word] as professionals as opposed to consumers“).

113 *Raisch*, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinneswandel des Handelsrechts, 1965, S. 17; *ders.*, JA 1990, 259, 260; *ders.*, JA 1990, 369, 375; *ders.*, JuS 1967, 583; *ders.*, ZHR 154 (1990) 567, 571. Vgl. zu dieser Diskussion aus rechtstheoretischer Sicht *Bydlinski*, Handels- oder Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht, 1990, S. 22 ff.

114 ÖBGBl. I Nr. 120/2005. Dazu *Fritz*, GmbHR 2007, 34–37; *Lurger*, RIW 2006, 408, 411.

Ländern sind Ausdrücke wie „Droit de l'entreprise“¹¹⁵ oder „Direito empresarial“¹¹⁶ oder „business law“¹¹⁷ verbreitet. Allerdings weckt der Begriff den Eindruck, dass vorrangig Innenbeziehungen des Unternehmens geregelt und die Außenbeziehungen vernachlässigt werden, obwohl diese für den Handel von entscheidender Bedeutung sind.

Um diesen Bedenken Rechnung zu tragen, wird das Handelsrecht oft als ein professionelles Sonderrecht für den Unternehmensverkehr konzipiert. *Karsten Schmidt* hat vom „Außenprivatrecht der Unternehmen“ gesprochen.¹¹⁸ Das erscheint deckungsgleich mit der modernen Einteilung von *business-to-business*-(B2B)-Rechtsgeschäften im Gegensatz zu *business-to-consumer*-(B2C)-Verhältnissen. Diese Konzeption hat zugleich den Vorteil, dass sie eine saubere Abgrenzung zum Verbraucherrecht erlaubt. Problematisch ist jedoch, dass eine solche Charakterisierung zu sehr auf Vertragsverhältnisse zugeschnitten scheint.

Um die zunehmenden öffentlich-rechtlichen Einflüsse widerzuspiegeln, etwa im Registerrecht¹¹⁹ oder Bilanzrecht,¹²⁰ ist häufig auch vom *economic law* die Rede.¹²¹ Im europäischen Recht ist der Einfluss des öffentlichen Rechts sehr stark, so dass der Terminus besonders angemessen erscheint. Allerdings birgt die deutsche Übersetzung als „Wirtschaftsrecht“ die Gefahr einer Verwechslung mit dem öffentlichen Wirtschaftsrecht. Auch der Begriff „Europäisches Wirtschaftsrecht“ ist bereits besetzt und meint etwas ganz anderes als das hier behandelte europäische Handelsrecht, nämlich den Marktzugang und die Regulierung von Märkten.¹²²

Trotz der definitorischen und konzeptionellen Schwierigkeiten wird man sich zumindest darauf einigen können, dass es das Handelsrecht als solches in vielen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gibt. Man muss dies vorläufig als Tatsache hinnehmen. Ob man einen europäischen Kodex im Englischen „European Commercial Code“ oder „European Business Code“ und im Französischen „Code européen de commerce“ oder „Code européen du droit des affai-

115 Vgl. *Bertel* u.a., *Droit de l'entreprise*, 19. Aufl. 2014/2015.

116 So ein in Brasilien verbreitetes Konzept, siehe z.B. *Carvalhosa*, *Estudos de direito empresarial*, 2010.

117 *Schmitthoff* (Fn. 25), S. 129; wieder abgedruckt in: *Cheng* (Fn. 25.), S. 20 f.

118 *Karsten Schmidt* (Fn. 100), § 1 II 3 c, Rdn. 27, S. 15; *ders.*, *Das HGB und die Gegenwartsaufgaben des Handelsrechts*, 1983, S. 31; ablehnend: *Canaris* (Fn. 94), § 1, Rdn. 43 f., S. 15 f.

119 *MünchKommHGB/Krafka*, 4. Aufl. 2016, § 13 Rdn. 38; *Canaris* (Fn. 94), § 1 Rdn. 10, S. 4.

120 Siehe etwa *MünchKommHGB/Ballwieser*, 3. Aufl. 2013, § 242, Rdn. 1; *Canaris* (Fn. 94), § 1, Rdn. 5, S. 3.

121 Siehe *Tallon* in: *International Encyclopedia of Comparative Law* (Fn. 37), Nr. 2–18, S. 10.

122 Weiter verstanden allerdings von *Kilian*, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, 5. Aufl. 2016, S. 48, Rdn. 30 f., der das Schuldvertragsrecht als Bestandteil des Binnenmarktrechts unter die Bezeichnung „Europäisches Wirtschaftsrecht“ fasst.

res“ nennt, ist ebenso wenig entscheidend wie die Frage, wie man diese Begriffe in das Deutsche überträgt – etwa als „Europäisches Handelsgesetzbuch“, „Europäisches Unternehmensgesetzbuch“ oder „Europäisches Wirtschaftsgesetzbuch“. Für die Zwecke dieses Beitrags soll der Begriff Europäisches Handelsgesetzbuch als Arbeitstitel beibehalten werden. Viel wichtiger als der Name ist, wie ein solches Werk inhaltlich aussehen soll. Daraus mag sich die eine oder andere Bezeichnung als naheliegender ergeben.

V. Umrisse eines europäischen Handelsgesetzbuchs

Im Folgenden sind die Umrisse des hier befürworteten europäischen Kodex in den Blick zu nehmen. Insbesondere seine äußere Gestalt und sein Anwendungsbereich sind zu erörtern.

1. Gestalt

a) Rechtliche Form

Das europäische Handelsgesetzbuch sollte sich vorrangig mit zwingenden Regelungen befassen, die zwischen den Mitgliedstaaten variieren und nicht durch Rechtswahl überwunden werden können. Vorzugswürdig wäre daher die Form einer verbindlichen Gesetzgebung. Der US-amerikanische UCC beweist jedoch, dass auch ein Modellgesetz erfolgreich sein kann. Das europäische Gesetzbuch könnte ebenso den Mitgliedstaaten freistellen, entsprechende Vorschriften anzunehmen. Damit wäre möglichen Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsbedenken¹²³ Rechnung getragen. Zugleich wäre die politische Machbarkeit eines nur unverbindlichen Modellgesetzes sicher höher als die verpflichtender Regelungen.

Ebenso offen ist, von wem und in welcher Form ein solches Gesetz zu erlassen ist. Ideal positioniert dafür scheint die EU. Diese könnte beispielsweise eine horizontale Verordnung erlassen, welche die existierenden wirtschaftsrechtlichen Texte zusammenfasst, die Terminologie vereinheitlicht und bestehende Lücken füllt. Sollte die Form des Modellgesetzes gewählt werden, so genügte auch die Ausarbeitung durch eine wissenschaftliche Vereinigung. Ohne Mitwirkung der EU könnte dies aber den *acquis* nicht ändern, sondern müsste ihn übernehmen.

b) Regelungstiefe

Das europäische Gesetzbuch muss nicht umfassend sein. Nicht alle Lücken im Handels- oder Wirtschaftsrecht sind notwendigerweise von der EU zu schließen. Zwar dürfte die Binnenmarktkompetenz die gesamte Materie in zu-

¹²³ Siehe Art. 5 Abs. 3 und 4 EUV.

ständigkeitsrechtlicher Hinsicht abdecken.¹²⁴ Doch können viele Fragen weiterhin auf nationaler Ebene geregelt werden. Man denke etwa an die nicht zwingenden Vorschriften des Vertragsrechts, z.B. über den Handelskauf, das Kommissionsgeschäft oder das Franchising.

Das Auslassen bestimmter Fragen steht dem Nutzen eines europäischen Handelsgesetzbuchs nicht entgegen. Dieses könnte sich komplementär zu den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen verhalten. So regelt etwa auch der US-amerikanische UCC nicht alle Rechtsprobleme, sondern überlässt den Einzelstaaten beispielsweise das allgemeine Vertragsrecht. Insoweit könnte sich aus verschiedenen mitgliedstaatlichen Regeln durchaus ein wohlfahrtsstiftender „Wettbewerb der Rechtssysteme“ entwickeln.¹²⁵

2. Anwendungsbereich

a) Grenzüberschreitende und inländische Rechtsbeziehungen

Für die Erreichung des Ziels des Binnenmarkts ist die Angleichung der Rechtsvorschriften von besonderer Bedeutung, die in grenzüberschreitenden Sachverhalten zur Anwendung kommen. Einheitliches Unions-Handelsrecht sollte in erster Linie dazu dienen, Hindernisse für die Ausübung der Grundfreiheiten zu beseitigen, welche durch unterschiedliche nationale Regelungen kreiert werden. Daher ist die Schaffung eines einheitlichen Rechtsrahmens für grenzüberschreitende Handelsbeziehungen besonders relevant.

Allerdings kann sich ein europäisches Gesetzbuch nicht auf ein Sonderrecht für Handelsbeziehungen mit Auslandsberührung beschränken. Das folgt schon daraus, dass die Ausübung der Grundfreiheiten auch die Aufnahme einer selbstständigen wirtschaftlichen Tätigkeit im jeweiligen Gastland und die Ausübung durch eine Tochtergesellschaft vor Ort umfasst.¹²⁶ Die so entwickelten Rechtsbeziehungen sind zwar als inländisch zu qualifizieren, jedoch haben sie eine europäische Dimension, weil sie mit der Ausübung der Grundfreiheiten im Binnenmarkt zusammenhängen. Daher beschäftigen sich zahl-

¹²⁴ Die EU hat nach dem Vertrag von Lissabon weit gehende Befugnisse zur Privatrechtsvereinheitlichung, vgl. *Streinz*, Der Vertrag von Lissabon und die Privatrechtsangleichung, in: *Stürner*, Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?, 2010, S. 23–43. Das muss erst recht für das Handelsrecht gelten, bei dem der Binnenmarktbezug mit Händen zu greifen ist.

¹²⁵ Siehe oben III. 1. b). Ebenso im Ergebnis *Grundmann*, ZHR 163 (1999) 635, 677, der hervorhebt, dass es primär der Privatinitiative überlassen bleibt und bleiben sollte, im Bereich des Vertragsrechts Segmente des Binnenmarkts entstehen zu lassen. Anders *Magnus*, FS Drobnig, 1998, S. 57, der die Vereinheitlichung gerade im Bereich der Handelsverträge für vordringlich hält.

¹²⁶ Siehe Art. 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit), zur primären und sekundären Niederlassung siehe *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff*, Das Recht der Europäischen Union, 59. Erg.-Lfg. 2016, Art. 49 AEUV, Rdn. 52 ff.

reiche Sekundärrechtsakte auch mit der Erbringung von Leistungen vor Ort.¹²⁷

Zudem wäre eine Trennung in „europäische“ und „inländische“ Rechtsbeziehungen kaum zweckmäßig, weil sie sich nur schwer durchführen ließe. Es fehlt an eindeutigen Abgrenzungskriterien, um beide unterscheiden zu können. Der US-amerikanische UCC beschränkt sich ebenfalls nicht auf grenzüberschreitende Transaktionen, sondern regelt das Handelsrecht ganz allgemein. Das hat mit seiner Natur als Modellgesetz für die Einzelstaaten zu tun, erspart jedoch viele Einzelprobleme und dürfte ein Grund seines Erfolgs sein. Das Europäische Handelsgesetzbuch sollte daher ebenfalls sowohl grenzüberschreitende als auch inländische Transaktionen umfassen.

b) Mitgliedstaaten der EU oder nur der Eurozone

Eine weitere Frage betrifft den räumlichen Anwendungsbereich des Europäischen Gesetzbooks: Soll es alle – derzeit – 28 Mitgliedstaaten der EU erfassen, oder nur die 19 Staaten der Eurozone? Es besteht einerseits kein Zweifel, dass die Vereinheitlichung des Handels- und Wirtschaftsrechts für die Eurozone am dringlichsten ist. Sie würde das Gegenstück zur Währungsunion bilden. Andererseits ist das einheitliche Handels- und Wirtschaftsrecht ein wichtiges Instrument zur Schaffung des Binnenmarkts. Es wäre alles andere als hilfreich und würde auf eine Trennung von zwei Handelsräumen hinauslaufen, wenn es nicht alle EU-Staaten erfasste. Letztlich wird man diese Frage nicht rechtlich beantworten können. Sie hängt von politischen Gegebenheiten ab. Sollten sich einzelne Mitgliedstaaten der Harmonisierung verweigern, wäre es durchaus denkbar, diese im so genannten Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit zu beschließen und auf einen gewissen Raum, z.B. die Eurozone, zu beschränken. Bei der Wahl eines Modellgesetzes ist der räumliche Anwendungsbereich noch flexibler und hängt von der Übernahme durch die einzelnen nationalen Gesetzgeber ab.

c) Unionstypische Kombination von Privatrecht und Regulierung

Es gehört zu den besonderen Kennzeichen europäischer Gesetzgebung, dass Unionsrechtsakte nicht nur rein privatrechtliche Vorschriften enthalten, sondern auch Bestimmungen anderer Natur. Paradigmatisch ist in dieser Hinsicht etwa die E-Commerce-Richtlinie. Sie verbindet Fragen des Marktzugangs und der Aufsicht mit solchen des Privatrechts in einem Rechtsakt.¹²⁸ Bei manchen ihrer Vorschriften ist nicht einmal klargestellt, ob sie durch öffentlich-rechtliche, strafrechtliche oder privatrechtliche Regelungen im nationalen Recht umzusetzen sind.¹²⁹ Dieser Besonderheit des EU-Rechts entspre-

127 Siehe z.B. die Dienstleistungsrichtlinie (RL 2006/123/EG) oder die MiFID (RL 2004/39/EG).

128 Siehe RL 2000/31/EG, Art. 4 einerseits sowie Art. 9–11 andererseits.

129 Siehe z.B. Art. 8 RL 2000/31/EG über reglementierte Berufe.

chend muss ein europäisches Handelsgesetzbuch alle diejenigen Vorschriften enthalten, die für den Wirtschaftsverkehr in der Union von Interesse sind, gleichgültig, wie sie das nationale Recht einordnet. Es wird keine rein privatrechtliche Kodifikation sein, sondern ein Gemisch aus verschiedenen Gebieten. Seit jeher befinden sich in handelsrechtlichen Kodifikationen auch Vorschriften, die ihrer Natur nach dem öffentlichen Recht und dem Strafrecht zuzuordnen sind, wie das Registerrecht oder das Bilanzrecht und die seiner Durchsetzung dienen den Sanktionen.¹³⁰ Im Europäischen Handelsgesetzbuch wird der Anteil nicht privatrechtlicher Vorschriften noch höher sein müssen.¹³¹

d) Sektoraler oder allumfassender Ansatz

Die französischen Ordonnances des 17. Jahrhunderts enthielten noch getrennte Regeln für den Handel zu Lande und zur See.¹³² Moderne Gesetzbücher verfolgen einen integrativen Ansatz. Sie umfassen alle Wirtschaftssektoren, seien sie auch noch so verschieden. So finden sich etwa im US-amerikanischen UCC Vorschriften über Kaufverträge Seite an Seite mit solchen über die Miete beweglicher Sachen, den Zahlungsverkehr und die Kreditsicherung.¹³³ Wie weit man den Umfang einer Kodifikation treibt, ist eine Frage legislativ-technischer Zweckmäßigkeit. Wegen des besonderen Umfangs der Vorschriften für manche, gut abgrenzbare Sektoren kann es angezeigt sein, ein eigenes Gesetzbuch zu erlassen. Ein Beispiel dafür ist etwa das Bank- und Kapitalmarktrecht. Dieses hat sich inzwischen vom allgemeinen Unternehmensrecht so weit verselbstständigt, dass es einer eigenen Kodifikation bedarf, statt mit dem Handelsrecht gemeinsam behandelt zu werden.

VI. Struktur und Inhalt

Jede Kodifikation braucht eine Gliederung, nach der sie den Rechtsstoff einteilt. Im Folgenden soll eine Gliederung nach „Organisationsrecht“, „Marktregeln“, „Infrastruktur“ und „Marktaustrittsrecht“ gewählt werden. Die Differenzierung zwischen Organisationsrecht einerseits und Marktregeln andererseits fängt die in der Regulierungsdebatte und in der institutionen-ökonomischen Analyse häufig vorkommende Unterscheidung zwischen der Ordnung des Markts und des Verhaltens auf dem Markt ein.¹³⁴ Die Hervorhe-

130 §§ 331 ff. HGB.

131 Zu Bestimmungen der Marktorganisation sogleich Teil VI. 3.

132 Siehe oben Teil II. 2. a).

133 Art. 2, 2A, 4A, 9 UCC.

134 Siehe etwa *Engelkamp/Sell*, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, 6. Aufl. 2013, S. 410f., die „Wirtschaftsverfassung/Ordnungspolitik“ als Schaffung der Rahmenbedingungen und „Wirtschaftsprozess/Prozesspolitik“ als Steuerung der Abläufe unterscheiden.

bung der Infrastruktur ist u.a. der Besonderheit vieler Richtlinien geschuldet, welche sich mit den besonderen materiellen Voraussetzungen des Handelsverkehrs beschäftigen. Dazu gehört insbesondere die Sicherung der Finanzierung und des Zahlungsverkehrs. Unter „Marktaustrittsrecht“ wird hier das Insolvenzrecht verstanden.

Natürlich sind auch ganz andere Einteilungen denkbar. Wichtig ist die Erkenntnis, dass die hier vorgeschlagene Struktur nicht den systematischen Anspruch derjenigen einer Zivilrechtskodifikation erfüllen kann, die strengen dogmatischen Kategorien folgt, beispielsweise der Unterscheidung zwischen Schuldrecht und Sachenrecht. Da noch keine Systematik des europäischen Handelsrechts existiert, kann es nur darum gehen, die bestehenden Regelungen unter einigen schlagwortartigen Überschriften zusammenzufassen. Viele der Bereiche, die im Folgenden vorgestellt werden, wird man im einzelstaatlichen Recht an anderer Stelle als im europäischen Handelsgesetzbuch finden. Dies erklärt sich daraus, dass die rechtsvergleichende Klassifikation häufig eine andere ist als die des heimischen Rechts. Das EU-Recht im Besonderen verlangt eine weitgehende Autonomie in der Verwendung von Begriffen der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten.¹³⁵ Die folgende Aufzählung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Sie ist als Anstoß für eine Diskussion gedacht, nicht als deren Abschluss.

1. Organisationsrecht

Die unter dem Stichwort Organisationsrecht zusammengefassten Vorschriften beschäftigen sich mit der Ordnung der dem Unternehmensverkehr dienenden Einrichtungen.

a) Handelsregister

Zu den grundlegenden Einrichtungen des Unternehmensverkehrs gehört das Handelsregister. Es dient der Publizität der handelsrechtlichen Verhältnisse.¹³⁶ Diese ist Voraussetzung für die notwendige Schnelligkeit und Sicherheit im Unternehmensverkehr. Der Idee der Publizität ist mit der Einführung des elektronischen Handelsregisters neues Leben eingehaucht worden.

Die Vorschriften über das Handelsregister sind bislang zu großen Teilen den Mitgliedstaaten überlassen. Auf europäischer Ebene gibt es das *European Business Register*, eine informelle technische Zusammenarbeit zwischen den Unternehmensregistern von 20 EU-Mitgliedstaaten und sechs weiteren europäischen Ländern und Gebieten.¹³⁷ Das Angebot verweist aber lediglich auf

135 Siehe dazu Riesenhuber/*ders.*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, S. 201 f., Rdn. 4–7.

136 *Canaris* (Fn. 94), § 4 Rdn. 1–3, S. 43 f., Staub/*Koch* (Fn. 36), § 8, Rdn. 1.

137 Bei den sechs weiteren Ländern und Gebieten handelt es sich um Gibraltar, Guernsey, Jersey, Mazedonien, Norwegen, Serbien. Siehe die Übersicht unter <http://www.ebr.org/> (zuletzt abgerufen am 6. 11. 2016).

bestehende Auskunftangebote nationaler Register und private Dienstleister, die Informationen aus diesen bestehenden Registern zur Verfügung stellen. Angesichts des zusammenwachsenden Binnenmarkts wäre es sinnvoll, wenn Informationen auch grenzüberschreitend aus einem einheitlichen, öffentlichen Register abgerufen werden könnten. Diesem Thema könnte sich ein Abschnitt über ein europäisches Handelsregister widmen.

b) Bilanzrecht

Zum Organisationsrecht gehört weiterhin das Bilanzrecht. Dieses ist schon heute in hohem Maße europäisiert. Es bestehen jedoch zahlreiche Wahlrechte der Mitgliedstaaten. Zur Vereinheitlichung und zur Verbesserung der Transparenz erscheint es sinnvoll, das harmonisierte Bilanzrecht im Europäischen Handelsgesetzbuch übersichtlich festzuhalten.

c) Handelsvertreter und -gehilfen

Ähnlich verhält es sich mit dem Recht der Handelsvertreter. Dieses gehört untrennbar zur Organisation des kaufmännischen Betriebs. Die Handelsvertreterrichtlinie¹³⁸ hat es bereits vorgeformt. Es muss daher in jedem Fall in ein europäisches Handelsgesetzbuch aufgenommen werden. Dieses sollte weitergehend auch Vorschriften über Handelsgehilfen, etwa über deren Vertretungsmacht, enthalten.

d) Gesellschaftsrecht?

Das Gesellschaftsrecht steht in enger Verbindung zum Handelsrecht. Zahlreiche Bücher zum „Handels- und Gesellschaftsrecht“ sowie die Tatsache, dass das Gesellschaftsrecht in weiten Teilen aus dem Handelsgesetzbuch hervorging und noch heute dort verortet ist, lassen daran keinen Zweifel. Die EU und ihre Vorgängerorganisationen haben sich in mehr als zehn Richtlinien mit Fragen des Gesellschaftsrechts beschäftigt.¹³⁹ Allerdings decken diese Richtlinien keine Kerngebiete wie das Verhältnis verschiedener Gesellschaftsorgane zueinander oder die Haftung ab. Ob sich ihnen einheitliche Prinzipien entnehmen lassen, die einer Kodifikation zugänglich sind, bleibt abzuwarten.

In ein europäisches Handelsgesetzbuch aufnahmefähig sind dagegen die verschiedenen Regelungen über europäische Gesellschaftsformen, denen jeweils ein eigener Abschnitt gewidmet werden sollte. Zu ihnen gehören die Europäische Wirtschaftliche Interessengemeinschaft (EWIV), die Europäische Aktiengesellschaft (SE), die Europäische Genossenschaft (SCE) und die derzeit im Gesetzgebungsverfahren befindliche Einpersonengesellschaft (SUP). Auch eine Verordnung über die Societas Privata Europaea (SPE), soweit sie

138 RL 86/653/EWG des Rates vom 18. 12. 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbstständigen Handelsvertreter, ABl. L 382 vom 31. 12. 1986, S. 17.

139 Übersicht in *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, § 4 II.

verabschiedet werden sollte, gehört in das Europäische Handels- oder Wirtschaftsgesetzbuch. In dieses könnten auch europäische Vorschriften zum Umwandlungs- und Konzernrecht aufgenommen werden.

2. Marktregeln

a) Transaktionsrecht

Zum Marktrecht zählt man üblicherweise das Transaktionsrecht, d.h. die Vorschriften über besondere Handelsverträge. Zu ihnen gehören etwa der Handelskauf, der Kommissionsvertrag, der Frachtführervertrag, der Speditionsvertrag, aber auch neue Vertragsformen wie Franchising und Factoring. Europäische Vorschriften über diese Verträge sind selten; die meisten Regelungen entspringen entweder nationalem Recht oder der vertraglichen Praxis. Ein Vereinheitlichungsbedarf wäre erst noch für den jeweiligen Fall nachzuweisen.

Ein solcher Bedarf könnte aber für das Versicherungsrecht bestehen.¹⁴⁰ Wegen des zwingenden Charakters seiner Regelungen und der nur sehr eingeschränkt zulässigen Rechtswahl (vgl. Art. 7 Abs. 3 Rom I-VO) sind insoweit private Gestaltungen ebenso limitiert wie ein Wettbewerb der Rechtssysteme. Zwar existieren zahlreiche Richtlinien zum Versicherungsrecht, doch ist der Versicherungsmarkt der EU nach wie vor in 28 nationale Teilmärkte gespalten. Will man dies ändern, bedarf es einheitlicher Regelungen.¹⁴¹

b) Firmenrecht

Ebenfalls in ein europäisches Handelsgesetzbuch aufzunehmen wären Vorschriften über den Schutz der Bezeichnung des Handelsgeschäfts. Die Frage, wie sich Kaufleute in der Union nennen sollen und dürfen, wenn sie sich auf den Markt begeben, interessiert alle Mitgliedstaaten gleichermaßen. Wie die Entscheidung des EuGH im Falle *Inspire Art* gezeigt hat, besteht gerade im grenzüberschreitenden Verkehr Bedürfnis nach Klarheit über das Firmenrecht.¹⁴²

In den Kontext des Firmenrechts gehören auch die Vorschriften über die Fortführung eines Handelsgeschäfts. Die Vorschriften der §§ 25–28 HGB sind keine Besonderheit des deutschen Rechts. Andere Mitgliedstaaten verfü-

140 Dazu bereits: Roth, Internationales Versicherungsvertragsrecht, 1985, S. 699–702.

141 Beckmann/Matusche-Beckmann/Mönnich, Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2015, 1. Teil, 1. Abschnitt, § 2, B. – „Harmonisierung des Versicherungsrechts als Voraussetzung für einen Versicherungsbinnenmarkt“. Zum Vorschlag eines optionalen EU-Versicherungsrechts siehe Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss/Loacker, Principles of European Insurance Contract Law (PEICL), 2. Aufl. 2016.

142 EuGH v. 30. 9. 2003, Rs. C-167/01 (*Inspire Art*), ECLI:EU:C:2003:512, Slg. 2003 I-10155.

gen über funktional ähnliche Normen.¹⁴³ Wie *Robert Freitag* nachgewiesen hat, lassen sie sich im grenzüberschreitenden Kontext kaum noch durchsetzen.¹⁴⁴ Trotz gelegentlich geäußelter Kritik¹⁴⁵ ist der Gedanke einer Haftung des Fortführers des Erwerbsgeschäfts jedoch nicht falsch, sondern bewahrenswert. Um ihm zur Durchsetzung zu verhelfen, ist eine einheitliche europäische Regelung unabdingbar. Die geeignete Stelle für eine solche Regelung ist ein EU-Handelsgesetzbuch.

c) Wettbewerbsrecht

Das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellrecht und Fusionskontrolle) ist bereits weit gehend europäisiert. Grundlegende Vorschriften finden sich im EU-Primärrecht.¹⁴⁶ Dies steht einer Aufnahme in ein sekundärrechtliches Handels- oder Wirtschaftsgesetzbuch entgegen. Allenfalls könnte man Vorschriften wie die Verordnung 1/2003¹⁴⁷ in ein Handelsgesetzbuch aufnehmen.

Das Recht des unlauteren Wettbewerbs – in europäischer Nomenklatur: unlautere Geschäftspraktiken¹⁴⁸ – weist unmittelbaren Handelsbezug auf. Manche Staaten, wie z.B. Frankreich, haben es daher in das Handelsgesetzbuch aufgenommen.¹⁴⁹ Dem könnte auch das europäische Recht folgen.

d) Immaterialgüterrecht und Gewerblicher Rechtsschutz?

Der Schutz von Unternehmens- und Produktkennzeichen wie etwa einer Marke oder von Erfindungen durch Patente ist wichtiger Bestandteil des modernen Handels- und Wirtschaftsrechts. Der damit angesprochene Bereich des Immaterialgüterrechts geht zwar über den Handel und die Wirtschaft hinaus und erfasst z.B. auch das Urheberrecht, das seinerseits Querverbindungen zum Persönlichkeitsrecht aufweist und auch im nicht wirtschaftsrelevanten Bereich Schutz verleiht. Dennoch vereinheitlichen schon heute einige In-

143 Siehe z.B. Art. L141–22 Abs. 2 französischer *Code de commerce*; Art. 479 griechisches Zivilgesetzbuch; Art. 2558 italienischer *Codice civile*. Rechtsvergleich bei *Georgios Koumantos*, Erwerberhaftung bei Unternehmensveräußerung, 1955, S. 105–139; *Merkt/Dunckel*, RIW 1996, 533, 533–536; *Tiedemann*, Die Haftung aus Vermögensübernahme im internationalen Recht, 1995, S. 19–23.

144 *Freitag*, ZHR 174 (2010) 429 ff. Auch eine Einordnung der Vorschriften als Eingriffsnormen würde das Ziel nur teilweise erreichen, siehe *Lehmann*, IPRax 2015, 495, 498 f.

145 Siehe nur *Karsten Schmidt* (Fn. 100), § 8 I 1 c, Rdn. 32–37, S. 302–304.

146 Art. 101 ff. AEUV.

147 VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1 v. 4. 1. 2003, S. 1.

148 Siehe RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABl. L 149 v. 11. 6. 2005, S. 22.

149 Siehe Livre IV, Titre IV (Art. L440–1 ff.) *Code de commerce*.

strumente der Union die für den Handel wichtige Dimension des Immaterialgüterrechts.¹⁵⁰ Diese Aspekte ließen sich unter dem Stichwort „gewerblicher Rechtsschutz“ in ein europäisches Handelsgesetzbuch aufnehmen. Die übrigen Aspekte des geistigen Eigentums würden dagegen auf nationaler Ebene verbleiben.

3. Infrastruktur

a) Zahlungsverkehr

Bezüglich der infrastrukturellen Voraussetzungen des Handelsverkehrs zu nennen sind insbesondere die Vorschriften über den Zahlungsverkehr. Der deutsche Gesetzgeber hat diese in §§ 675c–676c BGB integriert. Sie sind allerdings oft technischer Natur und ließen sich auch sehr gut außerhalb einer bürgerlich-rechtlichen Kodifikation vorstellen. Man mag zwar Bedenken dagegen haben, den Zahlungsverkehr insgesamt dem Handelsrecht zuzuschlagen, werden Zahlungsdienste doch auch von Verbrauchern in Anspruch genommen. Sollte das europäische Bank- und Kapitalmarktrecht in einem gesonderten Akt kodifiziert werden, wäre die Materie dort dementsprechend besser aufgehoben.

b) Übertragung von Finanzinstrumenten

Ebenso finden sich im UCC Vorschriften über *securities*, also Finanzinstrumente. Hier geht es um Fragen des Eigentumsrechts an unverkörpernten Aktien, Anleihen und Derivaten.¹⁵¹ Auf europäischer Ebene finden sich Teilregelungen zu diesen Fragen in der Finalitäts- und in der Finanzsicherheitsrichtlinie.¹⁵² Für das *Clearing* und *Settlement* von Derivaten gilt zusätzlich die European Market Infrastructure Regulation (EMIR).¹⁵³ Diese Rechtsakte sollten in einem europäischen Gesetzbuch zusammengefasst werden. Wenn das Bank- und Kapitalmarktrecht in einem gesonderten Akt kodifiziert werden sollte, wäre dieser allerdings der geeignetere Ort.

150 Vgl. vor allem die supranationalen Schutzrechte, insbesondere die Unionsmarke (ehemals Gemeinschaftsmarke, VO (EG) Nr. 207/2009) und das Gemeinschaftsschmacksmuster (VO (EG) Nr. 6/2002); ferner z.B. die RL 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft oder die RL 2009/24/EG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen.

151 Art. 9 UCC.

152 RL 1998/26/EWG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. 5. 1998 über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen, ABl. L 166 v. 11. 6. 1998, S. 45; RL 2002/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. 6. 2002 über Finanzsicherheiten, ABl. L 168 v. 27. 6. 2002, S. 43.

153 VO (EU) 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. 7. 2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister, ABl. L 201 vom 27. 7. 2012, S. 1.

c) Kreditsicherheiten

Fragen der Kreditsicherung betreffen die finanziellen Grundlagen des Unternehmens. Auch sie gehören in eine handelsrechtliche Kodifikation. Offensichtlich ist dies etwa für die *floating charge* des englischen und des irischen Rechts, weil sie an den Betrieb und das Unternehmen als solches anknüpft. Eine Vereinheitlichung hätte den Vorteil, dass dieses Sicherungsinstrument nicht länger nur für Gesellschaften englischen und irischen Rechts zur Verfügung stünde, sondern auch deren kontinentaleuropäischen Wettbewerbern zugänglich wäre.¹⁵⁴ Auch könnten EU-Regelungen über Kreditsicherheiten dem unhaltbaren Zustand abhelfen, dass in einem Staat begründete Sicherungsinstrumente in anderen nicht anerkannt werden, z. B. die deutsche Sicherungsübertragung in Österreich. An dieser Stelle zeigt sich nochmals deutlich, welche erheblichen Vorteile von einer EU-Kodifikation des Handels- oder Unternehmensrechts für ein *level playing field* im Binnenmarkt ausgehen könnten. Ebenfalls in ein europäisches Handelsgesetzbuch aufzunehmen wären Regeln mit sachenrechtlichem Bezug, z. B. über die Bestellung, den (gutgläubigen und sonstigen) Erwerb und die Verwertung von Kreditsicherheiten. Sie bedürfen aufgrund ihrer Wirkung gegenüber Dritten zwingend einer einheitlichen Regelung im Binnenmarkt.

4. Marktaustrittsrecht

Das Insolvenzrecht ist ein wichtiger Bereich, in dem eine Rechtsvereinheitlichung dringend notwendig ist.¹⁵⁵ Bislang verfügt die EU lediglich über uniformes Internationales Insolvenzrecht in Gestalt der EuInsVO.¹⁵⁶ Die Verordnung enthält einheitliche Regelungen über die Zuständigkeit und die Anerkennung von Insolvenzverfahren sowie über das Kollisionsrecht; das materielle Insolvenzrecht der Mitgliedstaaten berührt sie jedoch nicht. Einheitliches (materielles) Insolvenzrecht ist unabdingbar für einen einheitlichen Wirtschaftsraum. Der geordnete Marktaustritt gescheiterter Unternehmen ist eine Grundbedingung für das Funktionieren der Marktwirtschaft. Der Handelsverkehr muss wissen, welche Regelungen im Fall der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des Vertragspartners gelten. Um ein *level playing field* sicherzustellen, muss derselbe Rahmen für alle Gesellschaften gelten, unabhängig davon, wo sie den Mittelpunkt ihrer wirtschaftlichen Interessen haben. Der französische *Code de commerce* enthält aus diesem Grund Regelungen

154 Siehe dazu das Model Law on Secured Transactions (European Bank for Reconstruction and Development, 1994).

155 Zum Bedarf der Harmonisierung des Insolvenzrechts in der EU allgemein siehe Maas, Kreditwesen 2016, 16–17; für den Sonderbereich der Insolvenzverschleppungshaftung siehe Stöber, ZHR 176 (2012) 326–363.

156 VO (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 5. 2015 über Insolvenzverfahren, ABl. L 141 vom 5. 6. 2015, S. 19.

über das Insolvenzrecht.¹⁵⁷ Auch Rechtsordnungen wie die der USA, die das Gesellschaftsrecht den Gliedstaaten überlassen, sehen einheitliche Vorschriften über den Marktaustritt vor, die sich allerdings nicht im UCC, sondern in einem getrennten *Bankruptcy Code* finden.¹⁵⁸

VII. Fazit

Um die Währungsunion durch eine Wirtschaftsunion zu komplettieren, bedarf es europäischen Handelsrechts. Eine Wirtschaftsunion im Sinne eines einheitlichen Binnenmarkts ist ohne einheitliche Regeln nicht denkbar. In Bereichen wie dem Vertragsrecht mag man sich mit der freien Wahl zwischen nationalen Rechtsordnungen als Substitut der Rechtsvereinheitlichung begnügen. Bei Regeln, die der Ordnung der Märkte dienen, Allgemeininteressen schützen oder Wirkungen auf Dritte haben, ist eine Rechtswahl jedoch nicht möglich oder nicht ausreichend. Insoweit bedürfen Akteure und ihre Transaktionen eines uniformen Rahmens.

Zwar sind viele der für das Wirtschaftsrecht relevanten Bereiche bereits durch europäisches Sekundärrecht harmonisiert. Doch verbleiben Abweichungen durch unterschiedliche Umsetzung in den Mitgliedstaaten und bedeutende inhaltliche Lücken. Der EU-Gesetzgebung im Bereich des Wirtschaftsrechts fehlt es darüber hinaus an einheitlicher Terminologie und systematischer Geschlossenheit. Zudem sind die vielen verstreuten Texte nur schwer zugänglich. Ein europäischer Kodex, gleich ob man ihn als Handels-, Unternehmens- oder Wirtschaftsgesetzbuch bezeichnet, könnte die Situation grundsätzlich ändern. Mit ihm ließe sich die Einheitlichkeit der Bedingungen herstellen, die für die Konstituierung des Binnenmarkts unbedingt notwendig ist. Er würde das Unternehmen in den Mittelpunkt stellen, statt sich auf Verbraucher und Banken zu fokussieren. Ein solcher Kodex wäre ein Meilenstein des europäischen Einigungsprojekts und ein Symbol für seine fortbestehende Vitalität. Gleichzeitig wäre er ein wichtiges Zeichen dafür, dass sich die EU wieder stärker auf ihre Kernaufgabe besinnt, das Wirtschaftsrecht zu harmonisieren.

Bevor ein solches Großprojekt in Angriff genommen werden kann, sind zahlreiche offene Fragen zu klären. Diese betreffen z.B. die rechtliche Form, den räumlichen Anwendungsbereich, den Umfang und die Aufteilung des Kodex. Der vorliegende Beitrag hat insoweit verschiedene Vorschläge unterbreitet und Handlungsoptionen aufgezeigt, z.B. mit der Gliederung in Organisationsrecht, Marktregeln, Infrastruktur und Marktaustrittsrecht. Abschließende Antworten konnten und sollten nicht gegeben, sondern eine Diskussionsgrundlage gelegt werden.

¹⁵⁷ Livre VI (Art. L610–1 ff.) *Code de commerce*.

¹⁵⁸ Title 11 U.S.C.

Der European Model Company Act (EMCA)

Von Jessica Schmidt*

ZHR 181 (2017) 43–86

Im ersten Quartal 2017 wird mit einer Veröffentlichung der finalen Fassung des European Model Company Act (EMCA) gerechnet. Dieses von einer Expertengruppe ausgearbeitete Modellkapitalgesellschaftsgesetz soll als Vorbild für die nationale Gesetzgebung der Mitgliedstaaten dienen. Der folgende Beitrag gibt zunächst einen allgemeinen Überblick über Grundkonzept, Aufbau und wesentliche Inhalte des EMCA. Anschließend werden ausgewählte Regelungsbereiche einer kritischen Würdigung unterzogen.

Inhalt

I. Grundidee und Ziele des EMCA	44
II. Entstehung	45
III. Konzeption und Umfang	46
1. Gesellschaftsrechtliche Gesamtkodifikation	46
2. Einheitsmodell	46
IV. Überblick über die einzelnen Kapitel und Analyse ausgewählter Regelungsaspekte	48
1. Allgemeine Vorschriften und Prinzipien	48
2. Gründung	50
3. Eintragung und Rolle der registerführenden Stelle	52
4. Formwechsel	53
5. Anteile	53
6. Finanzierung	58
7. Gesellschaftskapital	58
8. Leitungsverfassung	62
9. Pflichten der directors	67
10. Organhaftung	68
11. Gesellschafterversammlung und Minderheitenschutz	70
12. Rechnungslegung und Abschlussprüfung	75
13. Restrukturierungen	75
14. Auflösung und Liquidation	81
15. Unternehmensgruppen	82
16. Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften	86
V. Resümee	86

* Dr., LL.M. (Nottingham), Professorin an der Universität Bayreuth; Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches, europäisches und internationales Unternehmens- und Kapitalmarktrecht.