

## **Für die Einrichtung von Commercial Courts**

Am Eingang zum BGH-Gebäude in Karlsruhe steht der biblische Satz „Gerechtigkeit erhöht ein Volk.“<sup>1</sup> Jeder Jurist weiß, dass Recht nicht das Gleiche ist wie Gerechtigkeit. Aber ohne eine gute Rechtsordnung gibt es keine Gerechtigkeit. Die Worte, mit denen wir beim BGH empfangen werden, fordern uns auf, immer wieder nach einer guten Rechtsordnung zu streben.

Was hat das mit dem Commercial Court zu tun? In der Tat, wenn unsere Rechtsordnung eine Gute sein soll, dann brauchen wir den Commercial Court, bei dem ein Prozess auch in englischer Sprache geführt werden kann.

### **1. Zur Geschichte**

Als ZPO und GVG vor bald 150 Jahren erlassen wurden, gab es keine Globalisierung. Internationale Geschäftstransaktionen waren die Ausnahme. Heute gehören internationale Verträge zum Alltag, und Englisch hat sich zur internationalen Vertrags- und Verkehrssprache entwickelt. Unsere Justiz hat da nicht Schritt gehalten, und der Gesetzgeber hat nicht geholfen.

Der Bundesrat hatte schon im Jahr 2010 einen Gesetzentwurf für die Schaffung von Kammern für internationale Handelssachen eingebracht.<sup>2</sup> Die Bundesregierung und der Bundestag zeigten wenig Interesse an dem Thema. So fielen die vom Bundesrat mehrfach eingebrachten Entwürfe immer wieder der Diskontinuität zum Opfer. Jetzt könnte das anders sein, wie die öffentliche Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Bundestages zeigt.

### **2. Einwände und Fragen**

#### **2.1 Geringes Interesse?**

Dem Vorschlag, einen Commercial Court zu schaffen, an dem Verfahren in englischer Sprache geführt werden können, wurde manchmal entgegengehalten, dass es doch bei einigen Landgerichten schon Kammern gebe, vor denen auf Englisch verhandelt werden kann, und dass von dieser Möglichkeit nur wenig Gebrauch gemacht werde. Dieser Einwand trägt nicht.

Ich selbst bin seit 1972 Mitglied einer globalen Anwaltssozietät, und ich habe immer davon abgesehen, gegenüber ausländischen Kollegen mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der Verhandlung in englischer Sprache vor einigen Landgerichten in Deutschland zu werben. Das ist einfach zu wenig. Für ausländische Unternehmen wird ein Commercial Court in Deutschland erst dann wirklich interessant, wenn das ganze Verfahren – also bis zum BGH – durchgängig in englischer Sprache geführt werden kann, wenn also auch Schriftsätze, Protokolle, Urteile und Beschlüsse in englischer Sprache abgefasst werden können.

---

<sup>1</sup> Sprüche 14:34.

<sup>2</sup> BT-Drucks. 17/2163.

## 2.2 Kein kurzfristiger Erfolg

Allerdings dürfen wir keinen kurzfristigen Erfolg erwarten. Wer einen international attraktiven und erfolgreichen Commercial Court in Deutschland aufbauen will, „der muss dies konsequent, exzellent, langfristig und verlässlich tun.“ So formulierte es der SPD-Abgeordnete Lischka bei der Bundestagsdebatte über den vom Bundesrat im Jahr 2010 eingebrachten Antrag für die Einführung von Kammern für internationale Handelssachen.<sup>3</sup> Wir haben allen Grund, uns auf diesen herausfordernden Langstreckenlauf einzulassen. Es gibt einen Wettbewerb der Justizsysteme, und andere Länder, zum Beispiel die Niederlande und Belgien, haben sich schon früher als Deutschland für internationale Verfahren in englischer Sprache geöffnet.<sup>4</sup> Wenn wir da nichts tun, wird ein Bedeutungsverlust der deutschen Zivilgerichtsbarkeit unvermeidlich sein. Stillstand ist Rückschritt.

## 2.3 Vorbildfunktion des Commercial Court

In der Diskussion über den Commercial Court wurde gelegentlich die Frage gestellt, ob wir da nicht einen Schritt zu einer Zwei-Klassen-Justiz gehen.<sup>5</sup> Die Frage als solche ist nicht unberechtigt, aber die Antwort darauf ist klar: Wir brauchen den Commercial Court, und zwar in möglichst hoher Qualität. Der Commercial Court soll nach außen hin leuchten, damit ausländische Unternehmen die deutsche Justiz in Anspruch nehmen. Gleichzeitig kann und soll der Commercial Court eine Vorbildfunktion für andere Bereiche der deutschen Ziviljustiz haben. Unsere Ziviljustiz weiß selbst am besten, dass sie einen großen Erneuerungsbedarf hat,<sup>6</sup> und „Verbesserungen lassen sich erfahrungsgemäß leichter realisieren, wenn ein Vorbild dafür existiert.“<sup>7</sup> Ein solches Vorbild kann und soll der Commercial Court sein. Er soll ein Leuchtturm in zwei Richtungen sein - nach innen und nach außen.

Auch wenn es eines langen Atems bedarf, so haben wir doch Grund, optimistisch zu sein. Bei den deutschen Gerichten gibt es viele, besonders jüngere Richter, die Monate oder Jahre im Ausland verbracht haben und ausgezeichnet Englisch sprechen. Die wollen sich in die internationale Streitbeilegung einbringen.

## 3. Weniger starre AGB-Kontrolle für den unternehmerischen Geschäftsverkehr

Meinem vorbehaltlosen Plädoyer für einen Commercial Court muss ich ein Caveat hinzufügen, das für den Erfolg des Commercial Court von essentieller Bedeutung ist. Der Commercial Court wäre zum Misserfolg verdammt, wenn die starre AGB-Kontrolle, wie sie vom BGH für den unternehmerischen Geschäftsverkehr gehandhabt wird, nicht geändert wird.

---

<sup>3</sup> Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 17/130, 15379 (B), zitiert nach Gerhard Wagner, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb, 2017, S. 215. Wagner schreibt selbst: "Die Verbesserung der Position der deutschen Gerichte im internationalen Wettbewerb kann nicht von heute auf morgen gelingen, sondern erfordert einen langen Atem" (S. 214).

<sup>4</sup> Vgl. Selina Domhan, Internationale private Streitschlichtung, Impulse für die Errichtung eines Europäischen Handelsgerichts, 2022, S 62 ff., 74, 79. In dieser Konstanzer Dissertation sind viele hier einschlägige Fragen vertieft angesprochen.

<sup>5</sup> Vgl. Wagner (oben Fußnote 3), S. 236 ff.

<sup>6</sup> Vgl. im Internet: „Modernisierung des Zivilprozesses: Diskussionspapier der OLG-Präsidenten“.

<sup>7</sup> Wagner (oben Fußnote 3), S. 237.

### 3.1 Zur Gesetzeslage

Als das AGB-Gesetz Anfang der 70er Jahre von der sozialliberalen Koalition vorbereitet wurde, war es zunächst als reines Verbraucherschutzgesetz geplant. Die rechtspolitische Diskussion verlangte aber eine AGB-Kontrolle auch für den unternehmerischen Geschäftsverkehr,<sup>8</sup> und das musste in den Entwurf eines Verbraucherschutzgesetzes eingefügt werden. Das Resultat war keine gesetzgeberische Meisterleistung.

Die Begründung des Regierungsentwurfs war noch sehr klar. Der Zweck der AGB-Kontrolle wurde wie folgt definiert: „Aufgabe des Gesetzes muss es sein, die ... Überlegenheit des AGB-Verwenders zugunsten des AGB-Unterworfenen auszugleichen, ohne die Privatautonomie mehr als zur Erreichung dieses Ziels erforderlich einzuengen.“<sup>9</sup> Zur AGB-Kontrolle für den unternehmerischen Geschäftsverkehr hieß es, dass der kaufmännische Rechtsverkehr auf eine „stärkere Elastizität“ angewiesen sei.<sup>10</sup> Sachlich ganz ähnlich verlangte der Entwurf der Unionsfraktion für Kaufleute „eine differenzierte, ihren besonderen Verhältnissen Rechnung tragende Regelung.“<sup>11</sup>

Im Gesetz selbst wurde die Forderung nach stärkerer Elastizität dadurch zum Ausdruck gebracht, dass es in § 24 AGBG hieß: „...; auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen“ (heute § 310 Abs. 1 S. 2 HS 2 BGB).

Mit dieser Formulierung wird die Definition des Handelsbrauchs in § 346 HGB aufgenommen. Aber Handelsbräuche im Sinne des Gesetzes gibt es praktisch nicht mehr. Der BGH verlangt für einen Handelsbrauch, dass die „Regelung auch ohne besondere Vereinbarung oder Empfehlung freiwillig befolgt würde.“<sup>12</sup>

Auf dieser Grundlage sind die „Tegernseer Gebräuche für die Vermittlung von Holzgeschäften“ als Handelsbrauch anerkannt.<sup>13</sup> Aber darüber hinaus? Fehlanzeige! Ich habe erfahrenen Anwälten und Richtern immer wieder die Frage gestellt: „Haben Sie in ihrer Praxis schon einmal einen Fall gehabt, der auf der Grundlage eines Handelsbrauchs entschieden worden wäre?“ Die Antwort war stets die gleiche: „Nein!“ Die Anforderungen, die der BGH an die Herausbildung von Handelsbräuchen stellt, sind so streng, dass es Handelsbräuche im Sinne des Gesetzes so gut wie nicht mehr gibt. Wenn das Gesetz auf etwas verweist, was es nicht gibt, dann ist der Verweis selbst bedeutungslos, und das ist § 310 Abs. 1 S. 2 HS 2 BGB für die Rechtsprechung zur AGB-Kontrolle – bedeutungslos. An dieser Stelle rächte sich, dass das AGB-Gesetz zunächst nur als Verbraucherschutzgesetz konzipiert war. Das, was für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr wesentlich ist, die größere Elastizität, wurde in § 24 AGBG nur unzureichend zum Ausdruck gebracht.

Der BGH hätte das korrigieren können, indem er § 310 Absatz 1 S. 2 HS 2 BGB im Sinne des Gesetzeszwecks interpretiert und eine elastische AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr ermöglicht hätte. Aber das hat der BGH nicht getan. In keinem seiner Urteile

---

<sup>8</sup> Näher dazu: Dauner-Lieb, ZIP 2010, 309, 311 f.; vgl. auch Müller, IWRZ 2018, 153.

<sup>9</sup> BT-Drucks. 7/3919, 13.

<sup>10</sup> BT-Drucks. 7/3919, 24.

<sup>11</sup> BT-Drucks. 7/3200, 8.

<sup>12</sup> BGH, NJW 2017, 2986, 2990 Rn. 57 (Bearbeitungsentgelt).

<sup>13</sup> BGH, BB 1986, 1395; näher dazu Hopt, 42. Auflage, 2023, § 346 HGB Rn. 15.

hat der BGH die Frage diskutiert, was mit der Formulierung in § 310 Abs. 1 S. 2 HS 2 BGB gemeint ist. Wenn für die rechtliche Beurteilung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die im täglichen Geschäftsverkehr standardmäßig benutzt werden, „auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen“ ist, dann kann das nicht als Hinweis auf etwas zu verstehen sein, was es in der geschäftlichen Realität nicht gibt.

### 3.2 Zur Rechtsprechung des BGH

Der BGH hat die Forderung nach einer elastischeren AGB-Kontrolle für den unternehmerischen Geschäftsverkehr standhaft ignoriert, und das hat zu krassen Fehlentscheidungen geführt. Eine davon, die Entscheidung zum Bearbeitungsentgelt der Banken, soll hier näher erläutert werden.

Im Jahr 2014 hatte der BGH den Banken untersagt, bei Darlehen an Verbraucher ein Bearbeitungsentgelt zu verlangen.<sup>14</sup> Mit zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2017 hat der BGH diese Rechtsprechung auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr übertragen.<sup>15</sup> Dabei geht der BGH davon aus, dass im BGB nur Zinsen als Gegenleistung für ein Darlehen vorgesehen sind. Von diesem „Leitbild“ des Gesetzes könne nicht abgewichen werden. Ein krasses Fehlurteil.

- 3.2.1 Als das BGB im letzten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts geschaffen wurde, war die Darlehenshingabe Vertrauenssache. Der Zins genügte als Entgelt. Für eine gesonderte Bearbeitungsgebühr bestand mangels Bearbeitungsaufwand kein Anlass. Heute ist das anders. Die Banken sind systemrelevant. Das öffentliche Interesse verlangt von ihnen, dass sie bei der Kreditvergabe sehr vorsichtig sind. Deshalb müssen sie einen hohen Bearbeitungsaufwand auf sich nehmen. Die Orientierung des BGH an einem Leitbild, das dem Hier und Heute nicht gerecht wird, ist unbefriedigend und unverständlich.
- 3.2.2 Bearbeitungsentgelte von bis zu 2% waren in der früheren Rechtsprechung des BGH unbeanstandet geblieben.<sup>16</sup> Dass ein Bearbeitungsentgelt jetzt sogar bei einem Unternehmensdarlehen unzulässig sein soll, wird vom BGH nicht mit sachlich kaufmännischen Erwägungen begründet, etwa der Art, dass ein Bearbeitungsentgelt zu einer unzumutbaren finanziellen Gesamtbelastung des Darlehensnehmers führe. Die Höhe des Bearbeitungsentgelts wird ausdrücklich als „unerheblich“ bezeichnet.<sup>17</sup>
- 3.2.3 Der BGH sieht keinen Anlass, dem unternehmerischen Geschäftsverkehr eine größere Elastizität zuzubilligen. Im Gegenteil, der BGH hält eine „überindividuelle und generalisierende Betrachtungsweise“ für geboten.<sup>18</sup> Eine Differenzierung „zwischen verschiedenen Gruppen von Unternehmern“ wird ebenso abgelehnt wie eine Berücksichtigung der "Verhandlungsmacht".<sup>19</sup> Unternehmen wie Daimler oder Siemens werden genauso behandelt wie ein Änderungsschneider oder ein Tankstellenpächter. Das ist kein sinnvolles Ergebnis, und das ist keine AGB-Kontrolle, welche „die Überlegenheit des AGB-Verwenders zugunsten des AGB-Unterworfenen“ ausgleicht.<sup>20</sup>

---

<sup>14</sup> BGH, NJW 2014, 2420.

<sup>15</sup> BGH, NJW 2017, 2986 und Beck RS 2017, 121112.

<sup>16</sup> BGH, NJW 2014, 2420, 2422 Rn. 23 mwN.

<sup>17</sup> BGH, NJW 2017, 2986, 2989 Rn. 43.

<sup>18</sup> BGH, NJW 2017, 2986, 2991 Rn. 71.

<sup>19</sup> BGH, NJW 2017, 2986, 2991 Rn. 69 und 71.

<sup>20</sup> Vgl. oben unter 3.1 zu FN 9.

3.2.4 International ist ein Bearbeitungsentgelt bei Bankdarlehen gegenüber Unternehmen absolut üblich und zulässig. Deshalb geht eine Empfehlung an deutsche Banken dahin, dass sie ihre Darlehensverträge möglichst einem ausländischen Recht untersteilen sollen. Das kann das höchste deutsche Zivilgericht nicht für erstrebenswert halten.

Hier liegt die Crux des deutschen materiellen Zivilrechts. Wegen der starren AGB-Kontrolle für den unternehmerischen Geschäftsverkehr ist das deutsche Recht für ausländische Unternehmen ausgesprochen unattraktiv.<sup>21</sup>

Mit dem Commercial Court will die deutsche Justiz aber für internationale Rechtsstreitigkeiten attraktiv sein. In Verträgen mit ausländischen Vertragsparteien soll die Zuständigkeit der deutschen Gerichte vereinbart werden. Das wird nur dann möglich sein, wenn in dem Vertrag auch das materielle deutsche Recht vereinbart wird. Kein ausländischer Unternehmer wird die Zuständigkeit deutscher Gerichte akzeptieren, wenn der Vertrag dem materiellen Recht eines anderen Staates unterliegt. Aber, wie wir gesehen haben, der BGH unterwirft B2B-Verträge, also Verträge im unternehmerischen Geschäftsverkehr (business to business), einer ähnlich strikten AGB-Kontrolle wie Verträge mit Verbrauchern. Damit wird die Vertragsfreiheit für den unternehmerischen Geschäftsverkehr extrem eingeschränkt, und damit ist das deutsche materielle Recht für ausländische Vertragspartner unattraktiv.

Es kann nicht damit gerechnet werden, dass der BGH seine ständige Rechtsprechung zur starren AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr ändert. Deshalb muss der Gesetzgeber aktiv werden, wie es von der Justizministerkonferenz und von der Unionsfraktion gefordert wird.

Jetzt nur zur Klarstellung: Es geht hier nicht um die AGB-Kontrolle für Verbraucherverträge. Die kann und soll völlig unangetastet bleiben. Aber wenn der Commercial Court eine reale Erfolgchance haben soll, dann brauchen wir eine Gesetzesänderung für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr.

### **3.3 Zur Gesetzesänderung**

3.3.1 Wie soll diese Gesetzesänderung aussehen? Der Zivilrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins hat einen konkreten Vorschlag ausgearbeitet.<sup>22</sup> Von diesem Vorschlag können und sollten wir ausgehen. Der ist nicht nur inhaltlich, sondern auch politisch richtig. Der DAV ist keine Lobby, sondern dem guten Recht verpflichtet. Herr Buschmann, der Bundesjustizminister, hat das beim letzten Anwaltstag selbst ausdrücklich betont.

3.3.2 Der Vorschlag des DAV hat im wesentlichen zwei Elemente

- a. „Wenn über den Vertrag zwischen den Parteien im Einzelnen verhandelt worden ist“, dann soll im unternehmerischen Geschäftsverkehr eine Individualvereinbarung vorliegen, die nicht der AGB-Kontrolle unterliegt.
- b. Soweit eine AGB-Kontrolle stattfindet, dann soll im unternehmerischen

---

<sup>21</sup> „Why would we ever choose German law again?“ So zitiert Finkelmeier den amerikanischen General Counsel eines weltweit tätigen Industrieunternehmens, dem gerade die Rechtsprechung des BGH zur AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr erklärt worden war (ZIP 22, 563, 564).

<sup>22</sup> Abrufbar unter: <https://www.anwaltverein.de/de/newsroom/id-2012-23>.

Geschäftsverkehr eine Bedingung nicht unzulässig sein, wenn sie „von vernünftiger unternehmerischer Praxis nicht grob abweicht.“ An dieser Stelle würde ich ergänzen „ ... und wenn ein Schutzbedürfnis der anderen Vertragspartei nicht besteht.“

- 3.3.3 Man könnte den DAV-Vorschlag mit einer weiteren Ergänzung versehen. Kleinstunternehmen (entsprechend § 267 a HGB, also mit nicht mehr als 10 Arbeitnehmern) könnten, soweit sie Klauselgegner sind, generell wie Verbraucher behandelt werden. Das würde den Gerichten die Arbeit erleichtern und bei kleinen Fällen für Rechtssicherheit sorgen. Für Startups - das sind oft Kleinstunternehmen - wäre es aber möglich, die eigene Haftung zu begrenzen, denn da sind sie nicht "Klauselgegner".
- 3.3.4 Ein letzter Punkt: Soll die Gesetzesänderung zur AGB-Kontrolle im B2B-Verkehr mit der Gesetzesänderung zum Commercial Court verknüpft werden? Um den Erfolg eines Commercial Court zu ermöglichen, brauchen wir eine Gesetzesänderung für B2B + AGB. Allerdings ist eine Gesetzesänderung zur AGB-Kontrolle für B2B politisch nicht ebenso unstrittig wie der Commercial Court. Im Koalitionsvertrag vom Februar 2018 - das war die letzte große Koalition - war das Thema mit dem ausdrücklichen Hinweis angesprochen, dass der Schutz für KMUs gewährleistet bleiben müsse. Das gilt auch heute, und das wird von dem obigen Gesetzesvorschlag gezielt berücksichtigt. Im unternehmerischen Geschäftsverkehr soll eine Bedingung nur dann nicht unzulässig sein, wenn sie „von vernünftiger unternehmerischer Praxis nicht grob abweicht und wenn ein Schutzbedürfnis der anderen Vertragspartei nicht besteht“. <sup>23</sup>

Bei dieser Formulierung muss der AGB-Verwender im Streitfall darlegen und beweisen, dass eine Klausel „von vernünftiger unternehmerischer Praxis nicht grob abweicht“ und dass „ein Schutzbedürfnis der anderen Vertragspartei nicht besteht“. Dem Schutzbedürfnis von KMUs wird damit in hohem Maße Rechnung getragen. Eine sachliche Grundlage für politischen Widerstand gäbe es bei einer solchen Regelung nicht. Es gäbe auch keine Rechtfertigung für eine weitere Untätigkeit des BMJ zu dieser Frage.<sup>24</sup> Wir haben hier ein Problem, und dieses Problem wird sich nicht von selbst durch weiteres Abwarten erledigen.

Auf dieser Grundlage ist die Antwort auf die obige Frage klar. Für den Erfolg des Commercial Court brauchen wir eine Gesetzesänderung für B2B + AGB. Deshalb sollte die Gesetzesänderung zur AGB-Kontrolle im B2B-Verkehr mit der Gesetzesänderung zum Commercial Court verknüpft werden. Die politische Diskussion dazu ist im Gange. Warten bringt nichts. Jetzt ist das BMJ gefordert.

Dr. Werner Müller

Rechtsanwalt in Frankfurt am Main

im Februar 2023

---

<sup>23</sup> Vgl. oben unter 3.3.2 lit. b.

<sup>24</sup> In einer mir im Text vorliegenden Email aus dem BMJV vom Februar 2021 heißt es: "Es kann keine Rede davon sein, dass der das AGB-Recht betreffende Prüfauftrag aus dem Koalitionsvertrag ignoriert wird. ... Aufgrund der Komplexität der zu berücksichtigenden Fragen konnten die Prüfungen bislang nicht abgeschlossen werden."