

ist auch vor dem Hintergrund umso wichtiger, dass wir immer stärker mit methodischen Ansätzen konfrontiert werden, die zu unserem bisherigen Rechtsverständnis „quer“ stehen. Hier sei auf eine Diskussion verwiesen, die zur Zeit die Wirtschaftswissenschaften beschäftigt, nämlich der Streit zwischen dem stärker theoretisch-mathematisch ausgerichteten „amerikanischen Ansatz“ der Volkswirtschaft und dem deutschen „wirtschaftspolitischen“ Verständnis der Volkswirtschaft. Diese Debatte wird auch vor der Rechtswissenschaft nicht halt machen, ja sie hat uns bereits erreicht. In der Juristerei ist das vor allen Dingen an der Frage festzumachen, welchen Stellenwert wir der *Economic Analysis of Law* einräumen. Wenn Sie die Auswahlentscheidungen der großen Förderorganisationen beobachten, bekomme ich das Gefühl, „richtige Rechtswissenschaft“ könne überhaupt nur noch betrieben werden, wenn man etwas „ökonomisch analysiert“ – auch wenn das Ergebnis genau dem entspricht, was der manchmal jahrhundertealten europäischen Rechtstradition ohnehin entspricht. Das German Law Journal stand und steht dieser Entwicklung durchaus offen gegenüber, mit Blick auf die Zielländer durchaus zu Recht. Aber ich sehe Sie hier auch in der Pflicht und Verantwortung, den deutschen *code approach* transatlantisch zu verkaufen. Machen wir uns

in diesem Zusammenhang nichts vor: Die viel (und zu Recht) gerühmte Flexibilität des *common law* wird auch mit immensen Transaktionskosten erkaufte, die den beratenden Juristen zwar gefallen mögen, den betroffenen Bürgern aber nicht. Als Beispiel seien hier nur die praktisch nicht kodifizierten Regelungen zum Unternehmenskauf genannt.

Und hier kommt man dann unweigerlich zu „Bologna“. Denn über „Bologna“ droht die Gefahr, dass wir in der universitären rechtswissenschaftlichen Forschung Glasperlenspiele betreiben (müssen), anstatt die Basis für praktisch verwertbare wissenschaftliche Dogmatik zu legen. Die staatliche Abschlussprüfung, die die Universitäten zur Ausrichtung ihrer Arbeit auf die praktische Verwertbarkeit in Justiz und Anwaltschaft zwingt, sollte daher auch in der nächsten Legislaturperiode – und darüber hinaus – erhalten bleiben. Um diesen hohen deutschen Ausbildungsstand zu verteidigen, hoffe ich, auch auf Sie, Frau Ministerin, zählen zu können. Dafür spricht letztlich auch, dass deutsche staats-examinierte Juristen, insbesondere in den *law schools* der USA, immer beste Abschlüsse erzielen.

Mit nochmaligem Glückwunsch an das German Law Journal danke ich für Ihre Aufmerksamkeit.

## ► Buchbesprechung

Rechtsanwalt *Clemens Kochinke*, MCL, Attorney at Law

### Verhandeln in den USA

in: Heussen (Hrsg.), „**Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement**“, 3. Auflage 2007, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln.

Mit seinem Kapitel „Verhandeln in den USA“ im „Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement“ von Heussen (Hrsg.) gibt der Verfasser, der über eine langjährige Erfahrung mit transatlantischen Transaktionen verfügt, dem Leser wertvolle Tipps für das Gelingen von Verhandlungen mit Vertragspartnern aus den Vereinigten Staaten. Dabei legt der Verfasser Wert darauf, den deutschen Leser insbesondere mit den Gepflogenheiten der US-Amerikaner beim Aushandeln von Verträgen und dem US-amerikanischen Rechtssystem vertraut zu machen. Diese weichen zum Teil erheblich von den deutschen Gepflogenheiten und Vorstellungen ab, die Deutsche von US-Amerikanern und deren Rechtssystem haben, so dass es im Nachhinein nicht selten zu Unstimmigkeiten und sogar zu Prozessen kommt, die im Vorfeld leicht hätten vermieden werden können. Dies wiegt nach Ansicht des Verfassers umso schwerer, da in den USA eine Laiengruppe als Jury über die vertraglichen Rechte und Pflichten befindet und nicht wie in Deutschland ausgebildete Richter. Hinzu kommt, dass das Gesetz in den USA nicht im gleichen Umfang ein Auffangnetz darstellt wie die deutschen Gesetze. Im deutschen Recht werden Lücken des Vertrags, die dadurch entstehen, dass die Vertragsparteien regelungsbedürftige Punkte übersahen oder einzelne Bestimmungen des Vertrags unwirksam sind, durch das Gesetz ausgefüllt. Der amerikanische Vertrag dagegen greift weniger auf das geschriebene Recht zurück, sondern setzt vielmehr die einzelnen Fallentscheidungen und *Equity* – worunter man die Regeln zur Ergänzung des Common Law zum Ausgleich von Härten versteht – um.

In seiner Einleitung skizziert der Verfasser zunächst den groben Ablauf der Vertragsverhandlungen. Ein häufiger Fehler im

Vorfeld von Vertragsverhandlungen ist, dass beispielsweise Anteilsverhältnisse durch Redewendungen wie die leicht dahingehende Formulierung „We are Partners.“ unüberlegt verschönt werden. Diese Wortwahl kann – meist ungewollt – als 50/50-Gemeinschaftsunternehmen oder sogar als gemeinsame Firma verstanden werden.

Das Kapitel „Verhandeln in den USA“, wurde in der dritten Auflage des Standardwerks von Benno Heussen neu eingefügt und ist in 5 Abschnitte entsprechend den verschiedenen Stadien der Vertragsverhandlungen unterteilt. Dementsprechend steht am Anfang des Kapitels der Abschnitt über die Vertragsplanung, woran sich die Abschnitte über das Vertragsdesign, die Vertragsverhandlung und der Abschnitt über die Vertragsdurchführung anschließen. Den Schluss bildet der Abschnitt über das Vertragscontrolling.

Im Abschnitt über die Vertragsplanung wird deutschen Vertragsparteien nahe gelegt, trotz der damit verbundenen hohen Kosten, bereits im Vorfeld der Verhandlungen einen Anwalt einzuschalten, der sowohl im deutschen als auch im US-amerikanischen Recht bewandert ist. Auch wenn es sich hierbei auf den ersten Blick um eine Selbstverständlichkeit handeln mag, wird dieser Punkt häufig unterschätzt. Kenntnisse über das Rechtssystem in den USA sind nicht zuletzt deshalb erforderlich, weil das Rechtssystem der USA über 50 unterschiedliche Rechtssysteme in sich birgt, nämlich das Recht des Bundes und der 50 Staaten, des Bezirks der Hauptstadt Washington als District of Columbia, sowie von Puerto Rico, Guam und den Virgin Islands. Kennt sich der Anwalt nur im deutschen oder nur im US-amerikanischen Rechtssystem aus, besteht die Gefahr von Missverständnissen, da derselbe Begriff im deutschen Recht für ein anderes Rechtsinstitut stehen oder ungewollte Rechtsfolgen auslösen kann.

Im Abschnitt über die Vertragsverhandlung erläutert der Verfasser dem deutschen Leser das „Bargaining“, wonach beiden Vertragsparteien ein Spielraum für die Verhandlungen gelassen werden muss. Da es sich hierbei um eine wesentliche Wirksamkeitsvoraussetzung für den amerikanischen Vertrag

handelt, soll der anderen Vertragspartei nicht gleich zu Beginn ein vollständiger schriftlicher Vertrag vorgelegt werden, der der anderen Vertragspartei aufgezwungen wird. Dies gilt umso mehr, je mehr man die wirtschaftliche oder kaufmännische Oberhand besitzt.

Auch im Hinblick auf die Vertragsstrafe zur Leistungserzwingung oder Verzugsvergütung besteht in den USA ein erheblicher Unterschied: Da die Strafe in den USA zivilrechtlich unwirksam und dem Strafrecht vorbehalten ist, darf die Vertragsstrafe unter keinen Umständen als Strafe bezeichnet werden. Begriffe wie „Penalty“ und „Pressure“ sollten deshalb weder in den Verhandlungen noch in den eigenen Unterlagen oder der Korrespondenz verwendet werden. Daher ist auf den Begriff „Liquidated Damages“ auszuweichen. Dieser Begriff steht konzeptionell für den bei Vertragsschluss von den Parteien für den Fall einer Vertragsverletzung als angemessen angesehenen Schadensersatz, ohne strafendes Druckmittel zu sein.

Ein weiterer wertvoller Tipp besteht beispielsweise in der Empfehlung, gewisse Materien nicht in die Verhandlungen einzubringen, die nur im deutschen Recht problematisch sind. Mit dem Aufwerfen einer Fragestellung, die in den USA kein Problem darstellt, gibt man dem amerikanischen Vertragspartner die unnötige Gelegenheit, den Verzicht auf ein nichtexistentes Recht als eine Leistung darzustellen, für den dieser eine Gegenleistung verlangen kann. Als Beispiel nennt der Verfasser den Ausgleichsanspruch für den Handelsvertreter, der den meisten Rechtskreisen in den USA nicht bekannt ist.

Gegen Ende seines Kapitels „Verhandeln in den USA“ räumt der Verfasser mit einigen Fehlvorstellungen auf. So herrscht unter deutschen Investoren die weit verbreitete Annahme, sie seien aus Gründen des Staatsangehörigenrechts gezwungen, ihr Geschäft unter Beteiligung von US-Amerikanern durchzuführen. Der Verfasser weist in diesem Zusammenhang

darauf hin, dass Ausländer Gesellschaften auch ohne Beteiligung eines US-Amerikaners gründen und unterhalten, im Aufsichtsrat und im Management einer US-Gesellschaft sitzen sowie Ausschüttungen und Dividenden der Gesellschaft vornehmen dürfen.

Insgesamt bietet das Kapitel „Verhandeln in den USA“ einen tiefen Einblick in die US-amerikanischen Regeln bei Vertragsverhandlungen. Der Verfasser gibt dem Leser zahlreiche wertvolle Tipps, die zu einem Gelingen der Vertragsverhandlungen maßgeblich beitragen können. Gegen Ende des Kapitels erteilt der Verfasser noch einige taktische Ratschläge. In diesem Zusammenhang warnt er insbesondere davor, der anderen Vertragspartei zu früh Zugeständnisse zu machen. Je länger man Zugeständnisse in der Hinterhand behalte, desto eher bekomme man einen angemessenen Ausgleich hierfür. Darüber hinaus gibt der Verfasser dem Leser Möglichkeiten an die Hand, wie einer Krise und Unstimmigkeiten ohne großen Aufwand vorgebeugt werden kann. Für den Fall der Krise warnt der Verfasser davor, der US-amerikanischen Vertragspartei – wie im deutschen Recht üblich – eine Frist zu setzen, wenn die Fristsetzung und Klageandrohung von der Gegenseite als „Anticipatory Repudiation“ ausgelegt werden kann, also als Vertragsbruch in Form einer bevorstehenden Leistungsverweigerung. Dies kann der anderen Vertragspartei eventuell unerwartet Gegenforderungen einräumen.

Der Verfasser bezieht den Leser unmittelbar durch direkte Fragen mit ein und regt den Leser auf diese Weise zum Nachdenken an. Es gelingt ihm, den Leser im Hinblick auf die besonderen Schwierigkeiten bei länderübergreifenden Vertragsverhandlungen zu sensibilisieren und das Augenmerk auf scheinbar unwichtige Dinge zu lenken, für deren Unterschätzung häufig ein hoher Preis bezahlt werden muss.

Rechtsanwältin *Carolyn Schosser*, Stuttgart

## Neue Entwicklungen im US-amerikanischen Recht

*Professor Dr. Winfried Brugger, LL.M., Heidelberg*

### Entscheidungen des US Supreme Court

#### Eingriff in versus Förderung von Redefreiheit von Angestellten im öffentlichen Dienst

Bis zum Jahr 2003 konnten in Idaho Angestellte im öffentlichen Dienst gegenüber ihrem Dienstherrn einwilligen in Abzüge von ihrem Gehalt zugunsten von Gewerkschaften, die, basierend auf einer schriftlichen Einverständniserklärung, dann der begünstigten Gewerkschaft überwiesen wurden. Rechtsgrundlage dafür war Idahos Right to Work Act, Idaho Code § 44-2001 ff. (Michie 2003). Dabei machte das Gesetz keinen Unterschied zwischen allgemeinen Gewerkschaftsaktivitäten einerseits und politisch-parteilichen Aktivitäten andererseits. Das änderte sich im Jahr 2003 durch Gesetzesänderungen, die Lohnabzüge politischen Charakters ausschlossen: „Deductions for political activities ... shall not be deducted from the wages, earnings or compensation of an employee“, § 44-2004 (2). Der Begriff „politische Aktivitäten“ wurde definiert im Sinne von „electoral activities, independent expenditures, or expenditures made to any candidate, political party, political action committee or political issues committee or in support of or against any ballot measure“, § 44-2602 (1) (e). Im Ver-

letzungsfall waren Geldstrafen vorgesehen. Diese Vorschriften galten für alle staatlichen Ebenen, von der Gliedstaatenregierung bis zu den lokalen Trägern öffentlicher Gewalt allgemein oder in speziellen Bereichen, wie etwa den School Boards.

Gegen diese Gesetzesänderungen wandten sich mehrere Gewerkschaften, die den Ausschluss des Abzugs- und Überweisungsverfahrens für die besagten politischen Aktivitäten der Gewerkschaften auf der lokalen Ebene als Verletzung des First Amendment ansahen, das über den 14. Zusatzartikel die Gliedstaaten – also auch Idaho – bindet. Vor den Untergerichten bekamen die Gewerkschaften recht, der Supreme Court hielt die Gesetzesänderung in **Ben Yursa v. Pocatello Education Association et. al.** (77 U.S. Law Week 4105) für verfassungsgemäß.

Zwei zentrale Rechtsfragen stellen sich: Liegt hier ein Eingriff in die Redefreiheit vor oder eher eine Ablehnung der Förderung von Rede? Und: Sind insoweit alle Ebenen von Gliedstaatengewalt – von der Regierung bis zur lokalen Schulbehörde – gleich zu behandeln als „state actors“ oder gibt es Unterschiede bezüglich der Behandlung der lokalen Ebene?