

Dr. Graf-Peter Calliess, Frankfurt/Main

# Transnationales Handelsvertragsrecht

## Private Ordnung und staatlicher Rahmen

in: Michael Zürn/ Bernhard Zangl (Hrsg.), Verrechtlichung – Baustein für Global Governance, Bonn 2004

Das Prinzip *Global Governance* könnte man wie folgt formulieren: Auf dem Weg zur Lösung der drängenden Probleme der Weltgesellschaft ist jedes Mittel recht, sofern es zu einer effektiven und legitimen Regelung von Sachfragen beitragen kann. Wenn Global Governance auf das Zusammenwirken von internationalen Organisationen, transnationalen Unternehmen und Zivilgesellschaft durch Erarbeitung von globalen Standards (Principles, Guidelines, Codes of Conduct) und deren Umsetzung im Wege der von einer Weltöffentlichkeit kontrollierten Selbstbindung setzt, so kommt darin auch der Unmut der Beteiligten über den Zustand internationaler Verrechtlichung zum Ausdruck.

Transnationales Regieren als Alternative bedient sich vornehmlich informeller Steuerungsformen, deren Einsatz zwangsläufig die Frage nach der Effektivität und Legitimität von Global Governance auslöst. Täuschen gesellschaftlich nicht ausreichend legitimierte mächtige Akteure mit der Selbstbindung an Soft-Law nicht bloß Aktivität vor, um eine formal verbindliche internationale Verrechtlichung zu verhindern? So könnte man in Erinnerung an nationale Debatten zum Dauerthema „Selbstregulierung vs. staatliche Regulierung“ fragen. In Abwesenheit eines Weltstaates fällt die Gewichtung der Argumente auf globaler Ebene freilich anders aus, da Selbstregulierung besser als gar keine Regulierung ist. Es bleibt aber die Frage, ob das Ergebnis von transnationalem Regieren immer nur in „unverbindlichem“ und deshalb „ineffektivem“ Soft-Law bestehen muss, oder ob auch nichtstaatliche Akteure in der Lage sind, funktionale Äquivalente zum staatlichen Recht („Hard Code“) zu produzieren. Gibt es also ein „selbst geschaffenes Recht der globalen Zivilgesellschaft“ (Teubner 2000; Calliess 2003)?

Am Beispiel der *Lex Mercatoria*, dem transnationalen Recht der grenzüberschreitenden Handelsverträge, soll im Folgenden gezeigt werden, unter welchen Bedingungen private Selbstregulierung auf globaler Ebene nicht nur effektiv, sondern auch legitim sein kann. In einem ersten Schritt wird die Problemlage erläutert, vor deren Hintergrund sich die Entstehung der *Lex Mercatoria* als Reaktion auf ein Versagen des nationalen und internationalen Rechts der grenzüberschreitenden Handelsverträge verstehen lässt. Sodann wird analysiert, wie in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit durch Zusammenwirken von Spruchpraxis, Privatkodifikationen und kommunikativer Vernetzung über Internet-Datenbanken „Hard Code“ entsteht, um schließlich Rückschlüsse auf den Grad der Verrechtlichung und Konstitutionalisierung der *Lex Mercatoria* zu ziehen.

### A) Grenzüberschreitender Handel: Vom Versagen (inter-) nationaler Verrechtlichung

Der Handel mit Waren und Dienstleistungen lebt vom Vertrauen darin, dass gegebene Versprechen eingelöst werden. Um sich vor den Risiken der Nicht- oder Schlechterfüllung von Verträgen zu schützen, bedient sich der Handel einer Reihe von Selbstschutzmechanismen: der Reputation potentieller Handelspartner (Marken, Wirtschaftsauskunfteien,

Rating-Agenturen), der Einbeziehung vertrauenswürdiger Dritter in die Vertragsabwicklung (Akkreditiv), des Stellens von Geiseln (strategische Allianzen, relationale Verträge, Netzwerke), der Internalisierung von Marktbeziehungen in hierarchische Organisationen (Konzernierung) sowie verschiedener Formen der Selbst- (marktbeherrschende Stellung) oder Fremdversicherung (Forfaitierung, Factoring). Solche Mechanismen sind freilich kostspielig und strukturieren die Märkte in einer Weise, die den Handel unter Fremden und über größere Entfernungen sowie Transaktionen mit geringen Umsätzen tendenziell behindern (Schmidtchen 2002).

Eine Privatrechtsordnung stellt dem Handel diesbezüglich nicht nur einen Mechanismus zur friedlichen Konfliktlösung bereit, sondern stärkt auch das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit von Märkten, indem primär ein hohes Maß an Rechtssicherheit (Reduktion von Transaktionskosten) und sekundär auch ein Mindestmaß an Gerechtigkeit (Vertrauen in die Fairness) gewährleistet wird. Die Nationalstaaten verfassen ihre Binnenmärkte, indem sie staatliche Normen sowie staatliche Gerichte und Zwangsvollstreckungsorgane zur Verfügung stellen.

Im Bereich des grenzüberschreitenden Handels besteht hingegen kein vergleichbares Maß an Rechtssicherheit. Angesichts der Vielzahl nationalstaatlicher Privatrechtsordnungen stellt sich bei Verträgen mit Berührung zum Ausland die Frage, welche Gerichte international zuständig sind, welche Normen diese Gerichte anwenden sollen und ob ein im Ausland ergangenes Urteil auch im Inland vollstreckbar ist. Die klassische Lehre vom internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht behilft sich in diesem Zusammenhang mit einer doppelten Fiktion, nach der die verschiedenen nationalstaatlichen Prozess- und Vertragsrechtsordnungen im Prinzip gleichwertig sind (funktionale Äquivalenz), weshalb ausländische Gerichtsurteile grundsätzlich auch im Inland anerkannt und vollstreckt werden und die inländischen Gerichte auch ausländische Privatrechtsnormen anwenden dürfen. Tatsächlich unterscheiden sich die nationalen Verfahrensrechte, die Kollisionsregeln und die materiellen Vertragsrechte der Staaten jedoch in einer Weise, die erheblichen Einfluss auf den Ausgang eines Prozesses haben kann. Einem optimal informierten Kläger steht die Möglichkeit offen, die Erfolgsaussichten einer Klage durch „forum shopping“ zu beeinflussen. Um die mit dieser Rechtslage verbundenen Rechtsanwendungs- und Rechtsdurchsetzungsrisiken zu vermindern, wird den Parteien internationaler Verträge gemeinhin das Recht eingeräumt, sich durch Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln bereits bei Vertragsschluss auf die Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts und die Geltung eines bestimmten Privatrechts festzulegen (Behrens 2001; Mankowski 2002).

Beim so umrissenen internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht handelt es sich allerdings nicht um Völkerrecht, sondern jeder Nationalstaat regelt die betreffenden Fragen grundsätzlich autonom. Die Anwendung ausländischen Privatrechts sowie die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile stehen dabei unter einer Reihe von Vorbehalten, wie etwa der Gegenseitigkeit, des Vereinbarkeit mit dem Ordre Public oder zwingendem Recht. Auch Umfang und Grenzen der Rechtswahlfreiheit im Hinblick auf Form-erfordernisse oder den Schutz schwächerer Vertragsparteien werden von Staat zu Staat sehr unterschiedlich bestimmt. Zur Beseitigung der mit dieser Rechtsvielfalt verbundenen Probleme hat man sich seit geraumer Zeit um die Schaffung von materiellem Einheitsrecht oder wenigstens um eine Vereinheitlichung des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts im Wege von völkerrechtlichen Verträgen bemüht (Mankowski 2002). Um die mit der Privatrechtsvereinheitlichung verbundenen Probleme und die Diskussion um die besten Lösungsstrategien zu verstehen, ist ein Blick auf die Geschichte des Handelsrechts

erhellend. Denn ein einheitliches Recht der Handelsverträge ist bereits unter dem Namen der *Lex Mercatoria* bekannt.

*Lex Mercatoria* ist traditionell die Bezeichnung für das eigenständige, unabhängig von lokalen, kaiserlichen und kirchlichen Gewalten geltende Recht der Kaufleute. Es ist mit der rasanten Zunahme des Handels im Europa des späten 11. und 12. Jahrhunderts entstanden. Die Rechtsprechung der Handelsgerichte an den wichtigen Markt- und Messeplätzen sowie an Seehäfen orientierte sich an den praktischen Bedürfnissen und Bräuchen der Kaufmannschaft. Diese Regeln wurden später zum Beispiel in den „Rollen von Oléron“ oder dem „Consolato del Mare“ von Barcelona zusammengefasst und überliefert (Berman 1983: 527 ff.). Dieses *Ancient Law Merchant* existierte lange Zeit neben und außerhalb des allgemeinen, vor staatlichen Gerichten angewandten Privatrechts, das aufgrund seiner formalistischen Strenge für die Bedürfnisse des modernen Handels keine adäquaten Lösungen bereit hielt. Im 19. Jahrhundert wurde das allgemeine Privatrecht allerdings modernisiert und im Zuge der großen Privatrechtskodifikationen wurde auch das Handelsrecht weitgehend *nationalisiert* und *verstaatlicht*, die mittelalterliche *Lex Mercatoria* als eigenständiges Rechtssystem starb einen stillen Tod.

Die Idee eines universell gültigen Rechts der internationalen Handelsverträge hat die Rechtswissenschaft allerdings weiterhin fasziniert. Bereits 1888 wurde von Ernst Zitelmann die Schaffung eines Weltprivatrechts auf völkervertragsrechtlicher Grundlage gefordert; die Rechtswissenschaft widmete sich den damaligen Herausforderungen der Globalisierung durch Gründung der „Internationalen Vereinigung für Vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre“ von 1894. Im Jahr zuvor war die Haager Konferenz für internationales Privatrecht als erstes Diskussionsforum für Staatsverträge auf diesem Gebiet gegründet worden. Nach dem ersten Weltkrieg entstand als Spezialorganisation des Völkerbundes 1926 das Internationale Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts (UNIDROIT) mit Sitz in Rom (Kronke 2001).

Nach dem zweiten Weltkrieg wurde UNIDROIT in Folge der Dekolonisierung als industriestaatennah und eurozentristisch empfunden, weshalb man 1966/67 die United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) als Ausschuss der UN-Vollversammlung gründete. Abgesehen vom Wiener UN-Kaufrecht von 1980 ist deren Tätigkeit allerdings nur mäßig erfolgreich. Dies wird im Wesentlichen darauf zurückgeführt, dass die punktuelle Ausrichtung, das Verfahren der multilateralen Aushandlung sowie die umständliche Ratifikation von Staatsverträgen einer sachlichen Diskussion und effizienten Regelung von Fragen des Vertragsrechts nicht dienlich sind. Sobald die Verantwortlichen hinter Namensschildern wie „China“, „France“ oder „United States of America“ am Verhandlungstisch Platz nehmen, ändern sich Argumentationsstil, Evaluationskriterien und Zielorientierung der Verhandlungen: Es kommt dann weniger auf die Lösung eines Sachproblems als vielmehr auf Identitätserwägungen und Souveränitätsinteressen der beteiligten Staaten an (Kronke 2001). Insgesamt steht man der Privatrechtsvereinheitlichung auf völkervertragsrechtlicher Grundlage heute ernüchert bis kritisch gegenüber (Drobnig 2001).

### *B) Transnationales Handelsrecht: die neue Lex Mercatoria*

Bereits in den 1960er Jahren wurde von Berthold Goldman und Clive Schmitthoff behauptet, dass sich eine Wiederbelebung der *Lex Mercatoria* in der internationalen Handelschiedsgerichtsbarkeit vollziehe. Transnationales Handelsrecht wird dabei als *dritte Kate-*

gorie von Recht jenseits der traditionellen Dichotomie von nationalem und internationalem Recht verstanden. Es gründet sich auf allgemeine Rechtsprinzipien sowie auf die Handelsbräuche und Gewohnheiten der internationalen Kaufmannschaft. Seine Anwendung, Interpretation und Fortbildung liegt in den Händen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (Berger 2001; Zumbansen 2003). Im Folgenden soll diese neue *Lex Mercatoria* im Hinblick auf den Grad an *Verrechtlichung* auf den drei Ebenen Rechtsetzung, Rechtsprechung und Rechtsdurchsetzung untersucht werden.

### *I. Rechtsprechung durch Schiedsgerichte*

Schiedsgerichte sind von den Parteien eines Konflikts eingesetzte private Entscheidungsorgane, die einen Streit auf der Grundlage eines gerichtsförmigen Verfahrens anhand von Rechtsregeln verbindlich durch Schiedsspruch entscheiden. Grundlage der Durchführung eines Schiedsverfahrens ist ein Vertrag, in welchem sich die Streitparteien der Schiedsgerichtsbarkeit unterwerfen und nähere Bestimmungen zur Zusammensetzung des Schiedsgerichts, zur Auswahl der Schiedsrichter und zum Verfahren treffen. Diese Schiedsvereinbarung kann als Schiedsklausel bereits vorab in einen Handelsvertrag aufgenommen werden. Im Streitfall wählt dann jede Partei einen Schiedsrichter und diese bestimmen dann einvernehmlich eine dritte Person zum Vorsitzenden des Schiedsgerichts (Berger 2000).

Schiedsinstitutionen wie der „International Court of Arbitration“ der Internationalen Handelskammer (ICC) in Paris stellen Musterschiedsklauseln und Schiedsordnungen zur Verfügung, in denen sich Vorschriften über Zusammensetzung des Schiedsgerichts, Auswahl der Richter sowie über Verfahren und Kosten der unter dem Schirm dieser Institutionen durchgeführten Schiedsverfahren finden. Die Schiedsinstitutionen überwachen zudem die Form der ergangenen Schiedssprüche im Hinblick auf ihre Vollstreckbarkeit und sind gegebenenfalls bei der Suche nach geeigneten Schiedsrichtern behilflich. Insgesamt wird so – wie bei gerichtsförmigen Verfahren üblich – nicht nur das Klagerecht der Vertragsparteien, sondern insbesondere auch die Unabhängigkeit des Schiedsgerichts und dessen obligatorische Gerichtsbarkeit gesichert.

Die Schiedsgerichtsbarkeit bietet folgende Vorteile: Schiedsverfahren enden mit dem Schiedsspruch, während sich Verfahren vor den staatlichen Gerichten im Instanzenzug jahrelang hinziehen können. Sie finden unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt, so dass eine Rufschädigung, die Schaffung von Präzedenzfällen oder die Veröffentlichung von Geschäftsgeheimnissen vermieden werden können. Als Schiedsrichter können im Hinblick auf den Streitgegenstand besonders sachkundige Personen ausgewählt werden und die Gebühren der Schiedsrichter können frei ausgehandelt werden, so dass insbesondere bei sehr hohen Streitwerten keine unangemessenen Gerichtskosten anfallen. Während vor staatlichen Gerichten mündlich und in der Amtssprache am Gerichtsort verhandelt wird, sind Schiedsgerichte bezüglich Sprache, Tagungsort (Internationale Flughäfen) und Verfahren (Schriftlichkeit, Video- und Telefonkonferenzen) frei. Schiedsgerichte können zudem *multinational besetzt* werden, wohingegen durch eine Gerichtsstandsklausel nur nationale Gerichte am Sitz der einen oder der anderen Partei oder in einem neutralen Staat, in dem beide Parteien sich nicht auskennen, berufen werden können.

### *II. Rechtsdurchsetzung mittels staatlicher Vollstreckung*

Die Schiedsgerichtsbarkeit bezieht ihre große Attraktivität in der Praxis der Handelsverträge aus der Tatsache, dass die meisten Staaten der Welt Schiedsgesetze (in Deutschland das zehnte Buch der Zivilprozessordnung) verabschiedet haben. Nach diesen wird bei

Einhaltung der vorgesehenen Mindestanforderungen an die Gültigkeit einer Schiedsklausel (freier Konsens) sowie an die Fairness des Verfahrens (Rechtsstaatlichkeit) den Parteien *erstens* der Zugang zu den staatlichen Gerichten verwehrt (Sperrwirkung der Schiedsklausel), *zweitens* der Inhalt von Schiedssprüchen anerkannt (formelle und materielle Rechtskraft), und *drittens* können Schiedssprüche wie Urteile der Zivilgerichte staatlich vollstreckt werden. Der *entscheidende* Vorteil besteht schließlich darin, dass im Ausland ergangene Schiedssprüche nach der UN „Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards“ von 1958 (die „New York Convention“) *in mehr als 120 Staaten anerkannt und vollstreckt* werden. Dagegen sind die Verhandlungen in Den Haag über ein vergleichbares Instrument für Urteile staatlicher Zivilgerichte jüngst gescheitert.

Vor dem Hintergrund dieser Sachlage hat die internationale Kaufmannschaft in den vergangenen Jahrzehnten zunehmend die „Flucht in die Schiedsgerichtsbarkeit“ vollzogen. Ungefähr 90% aller zwischen Kaufleuten im internationalen Verkehr geschlossenen Verträge enthalten eine Schiedsklausel, so dass bereits von einer Privatisierung des Handelsrechts gesprochen wird (Hadfield 2001). Eine vollständige Privatisierung des Handelsrechts setzte allerdings über die Nutzung privater Schiedsgerichte hinaus eine privat organisierte Vollstreckung voraus. Bezüglich der Vollstreckung wird gern darauf verwiesen, dass 99 Prozent aller Schiedssprüche ohne Rückgriff auf staatliche Vollstreckungsorgane befolgt werden (Berger 2000). Ungeklärt bleibt dabei allerdings, inwieweit dies auf soziale Zwangsmechanismen wie den drohenden Abbruch von Geschäftsbeziehungen bei Verletzung der „Kaufmannsehre“ oder auf die pure Möglichkeit der staatlichen Vollstreckung zurückzuführen ist.

### *III. Rechtsetzung durch nicht-staatliche Instanzen*

Der Großteil aller in nationalen und internationalen Fällen tätigen Schiedsgerichte wendet staatliche Rechtsnormen an. Das Konzept der staatlichen Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen ist im Ausgangspunkt auf eine bloße *Verfahrensprivatisierung* gerichtet. Dieser Befund gilt grundsätzlich auch für die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, die empirisch nur einen Ausschnitt der Schiedsgerichtsbarkeit insgesamt ausmacht. Warum verbindet sich die Idee der Lex Mercatoria also gerade mit der Schiedsgerichtsbarkeit?

Die im staatlichen internationalen Privatrecht vorgesehene Rechtswahlfreiheit für Parteien von grenzüberschreitenden Verträgen bezieht sich explizit auf die Wahl einer staatlichen Privatrechtsordnung. Staatliche Gerichte dürfen nicht-staatliches Recht daher nicht anwenden. Der Inhalt von Schiedssprüchen kann vor staatlichen Gerichten nur auf einen Verstoß gegen den *ordre public* überprüft werden. Ein Schiedsspruch bleibt damit auch dann vollstreckbar, wenn er nicht-staatliches Recht anwendet. Dieser Tatbestand wird zudem durch die Nennung des Begriffs Lex Mercatoria verschleiert, weil damit auch lediglich der Bezug auf Handelsbräuche gemeint sein kann.

Kombinierte Rechtswahl- und Schiedsklauseln, die ein Schiedsgericht explizit zur Streitentscheidung nach „allgemeinen Rechtsgrundsätzen“ oder der „Lex Mercatoria“ verpflichten, sind in der Praxis zunächst in Fällen aufgetreten, in denen der Verweis auf die Privatrechtsordnung eines bestimmten Staates als *besonders unangemessen* empfunden wurde. Zum einen sind dies Fälle von Investitionsverträgen zwischen einem Staat und einem multinationalen Unternehmen, wie diese etwa im Gefolge der Dekolonisierung zwischen den Ölstaaten und den Ölkonzernen geschlossen wurden. Eine postkoloniale Unterwerfung unter das Heimatrecht und die Gerichtsbarkeit zum Beispiel der Royal

Dutch/Shell schied dabei ebenso aus wie umgekehrt die Vereinbarung von zum Beispiel irakischem Recht, zumal bei staatlichen Vertragspartnern die Gefahr einer nachträglichen Gesetzesänderung droht. Deshalb einigte man sich auf eine als unabhängig empfundene Schiedsgerichtsbarkeit, die nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen entscheiden sollte (Dezalay/Garth 1996). Ein häufig zitiertes Beispiel ist auch der Vertrag über den Bau des Ärmelkanaltunnels, bei dem die Parteien anordneten, das Schiedsgericht solle die Prinzipien, die dem englischen und französischen Recht gemeinsam sind, und in Abwesenheit solcher die allgemeinen Prinzipien des internationalen Handelsrechts anwenden (Berger 2001: 3). Gesucht wird hier ein *neutrales Recht*.

1985 hat UNCITRAL ein Modellgesetz zur internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit verabschiedet, das von 36 Staaten umgesetzt wurde und in zahlreichen anderen Staaten – wie 1998 in Deutschland – als Vorbild für eine Reform der nationalen Schiedsgesetze diente. Art. 28 Abs. 1 des Modellgesetzes sieht vor, dass das Schiedsgericht die Streitigkeit in Übereinstimmung mit den „*rules of law*“ („Rechtsvorschriften“) zu entscheiden hat, die von den Parteien als anwendbar bezeichnet worden sind. Aus der abweichenden Formulierung gegenüber der internationalen privatrechtlichen Rechtswahl („Recht des Staates“) wird allgemein geschlossen, dass der Gesetzgeber damit die schiedsgerichtliche Praxis der Anwendung nicht-staatlicher Rechtsvorschriften anerkennen wollte (Berger 1999; 2000). Fraglich ist dann nur noch, *welche* nicht-staatlichen Rechtsvorschriften ein Schiedsgericht anwenden soll, wenn sich die Parteien in der Schieds- und Rechtswahlklausel auf die Lex Mercatoria als auf den Vertrag anwendbares Recht berufen haben.

Die Geltung ungeschriebener „allgemeiner Rechtsprinzipien“ und von „Gewohnheitsrecht“ ist aus dem Völkerrecht bekannt. Vielfach wird von der Unterstellung eines Vertrages unter die Lex Mercatoria allerdings abgeraten, weil diese nicht kodifiziert und die Entscheidung des Schiedsgerichtes damit unvorhersehbar ist. Solche Bedenken entspringen einer spezifisch kontinentaleuropäischen Sichtweise. Denn Rechtssicherheit kann auch aufgrund von Präjudizien entstehen, wie im Common Law, aber auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Normen werden von einem Gericht quasi automatisch in Form der hinter einer Einzelfallentscheidung stehenden *ratio decidendi* generiert und im fortlaufenden Prozess der Rechtsprechung *kondensiert* und *konfirmiert*. Je mehr Schiedssprüche zur Lex Mercatoria ergehen, desto dichter wird das Netz der Normen. Richterliche Normproduktion wird so zur treibenden Kraft der Verrechtlichung und Konstitutionalisierung des transnationalen Handelsrechts (Calliess 2002).

Freilich setzt eine solche schleichende Rechtsproduktion durch Selbstreferenz in der schiedsrichterlichen Entscheidungspraxis voraus, dass die entsprechenden Schiedssprüche bekannt sind. Hier besteht ein gewisses Spannungsverhältnis zur Vertraulichkeit der Schiedsgerichtsbarkeit, die einer Veröffentlichung der Schiedssprüche an das Einverständnis der Parteien bindet. Solche Konflikte können aber durch eine abstrahierende Darstellung des Tatbestandes aufgehoben werden. In der Praxis findet sich eine zunehmende Zahl von veröffentlichten Schiedssprüchen. Der weltweite Zugang zu Präjudizien wird dabei durch die Einrichtung von Internetdatenbanken erleichtert. So enthält die „Transnational Law Database“ des „Center for Transnational Law (CENTRAL)“ an der Universität Köln eine Liste mit Prinzipien und Regeln der neuen Lex Mercatoria mit Volltextreferenzen auf Schiedssprüche, Gerichtsurteile, wissenschaftliche Aufsätze, nationale Gesetze, internationale Konventionen, Modellgesetze, Restatements etc. ([www.tldb.de](http://www.tldb.de)).

Neben dem so vermittelten Zugriff auf Präjudizien sind als Rechtsquellen der Lex Mercatoria insbesondere noch die Incoterms sowie Musterformularverträge der ICC zu er-

wählen. Nach traditionellem Verständnis haben Vertragsklauseln zwar nicht selbst den Charakter von Rechtsvorschriften. Aus der Diskussion um Allgemeine Geschäftsbedingungen als „selbst geschaffenes Recht der Wirtschaft“ ist jedoch bekannt, dass Formularverträge, insbesondere wenn sie von unbeteiligten Dritten wie der ICC ausgearbeitet und empfohlen werden, eine derart umfassende Verbreitung finden können, dass die in ihnen vorgesehene Ausgestaltung von bestimmten Arten von internationalen Verträgen kraft Gewohnheitsrecht einen dem dispositiven staatlichen Vertragsrecht vergleichbaren Rechtscharakter erhalten können. Die Parteien internationaler Verträge können dann zwar ausdrücklich etwas abweichendes vereinbaren; tun sie dies aber nicht, so gilt automatisch die in den Musterverträgen vorgesehene Regelung (Garro 2001).

Schließlich sind die *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* und die *Principles of European Contract Law* der Lando-Kommission als Beitrag zu einer „schleichenden Kodifizierung der Lex Mercatoria“ (Berger 2001) zu erwähnen. Beide Rechtstexte sind auf private akademische Initiative hin in einem Kreis international anerkannter Rechtswissenschaftler auf der Grundlage von rechtsvergleichenden Studien ausgearbeitet worden. Im Falle der UNIDROIT Principles wurde quasi die „Schirmherrschaft“ einer internationalen Organisation gewählt. Die Prinzipien wurden aber weder im Auftrag der Mitgliedstaaten ausgearbeitet noch nachträglich in irgendeiner Weise von diesen anerkannt (Bonell 2001). Im Gegensatz zum erwähnten Modellgesetz zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit von 1985 sind die UNIDROIT Principles unter völkerrechtlichem Gesichtspunkt irrelevant und deshalb ebenso wie die Lando-Principles als *Privatkodifikation* einzustufen. Obwohl beide Texte sich selbst „Prinzipien“ nennen, geht ihr Inhalt weit über die vage Formulierung allgemeiner Rechtsgrundsätze hinaus. In der deutschen Übersetzung werden die Texte daher zutreffend als „Grundregeln“ bezeichnet, die einem Gesetzestext vergleichbar sind (Drobnig 2001). Eine Datenbank bietet systematischen Volltextzugriff auf zu den UNIDROIT Principles ergangene Urteile und Schiedssprüche sowie Literaturhinweise ([www.unilex.info](http://www.unilex.info)). Beide Prinzipienkataloge gehen davon aus, dass Parteien grenzüberschreitender Verträge deren Geltung *als* unmittelbar auf den Vertrag anwendbares *Recht* im Wege der Rechtswahl vereinbaren können, und dass die Prinzipien angewendet werden können, wenn die Parteien die Geltung der Lex Mercatoria vereinbart haben (Präambel der UNIDROIT Principles; Art. 1:101 Lando-Principles).

### *C) Verrechtlichung der Lex Mercatoria*

Die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit zeichnet sich durch ein hohes Maß an Verrechtlichung aus. Bei der *Rechtsdurchsetzung* sind Schiedssprüche den Urteilen staatlicher Zivilgerichte gleichgestellt, im internationalen Rechtsverkehr aufgrund der weltweiten Anerkennung durch die „New York Convention“ sogar besser gestellt. Bezüglich der *Rechtsprechung* ist durch staatliche Schiedsgesetze sicher gestellt, dass im Falle einer wirksamen Schiedsvereinbarung die Gerichtsbarkeit der Schiedsgerichte obligatorisch ist. Auch die Unabhängigkeit der Schiedsrichter sowie die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens (*due process*) werden so gesichert. Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit zeichnet sich zudem durch eine *Denationalisierung der Spruchkörper* aus, während bei staatlichen Gerichten der Verdacht besteht, dass Ausländern nicht nur aus sprachlich-kulturellen Gründen der Zugang zum Recht erschwert ist, sondern Inländer auch aus wirtschaftspolitischen Erwägungen bevorzugt werden könnten (Mankowski 2002: 123). Ein Grund für den Er-

folg der Schiedsgerichtsbarkeit ist damit ihre *größere Neutralität und Unabhängigkeit* bei grenzüberschreitenden Sachverhalten. Die Einhaltung der in den staatlichen Schiedsgesetzen enthaltenen Vorgaben wird von der „New York Convention“ zur Voraussetzung der gegenseitigen Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen gemacht. Schiedsinstitutionen wie die ICC überwachen die Einhaltung dieser Regeln deshalb aus Eigeninteresse an der Vollstreckbarkeit der Titel.

Das Problem der Lex Mercatoria besteht demgegenüber in einer fehlenden Verrechtlichung der Rechtsetzung. Das Verfahren, durch welches Rechtsnormen geschaffen oder geändert werden können, ist unterbestimmt, weil die Normen der Lex Mercatoria nicht durch formale Gesetzgebungsakte in Kraft gesetzt werden, sondern von den Schiedsrichtern im Einzelfall aus Handelspraktiken (Gewohnheitsrecht) oder rechtsvergleichend (allgemeine Prinzipien) erschlossen werden. Eine wahre Revolution im Hinblick auf die *Transparenz* erfolgte durch die Veröffentlichung von Privatkodifikationen und die Etablierung von Internet-Datenbanken. Die UNIDROIT Principles haben den zum Stillstand gekommenen völkerrechtlichen Rechtsvereinheitlichungsprozess auf privater bzw. hybrider Basis fortgesetzt, indem das UN-Kaufrecht von 1980 um ein allgemeines Vertragsrecht ergänzt wurde. Trotz ihrer völkerrechtlichen Irrelevanz sind diese Prinzipien in hohem Maße erfolgreich. In der Datenbank UNILEX sind derzeit 69 Schiedssprüche und sogar 16 Urteile staatlicher Gerichte im Volltext veröffentlicht, die die UNIDROIT Principles in Bezug nehmen.

Die *Beteiligung* der Rechtsgenossen ergibt sich dabei in zweifacher Weise: Zum einen nehmen die Prinzipien für sich in Anspruch, auf der Grundlage einer funktionalen Rechtsvergleichung den „Common Core“ der weltweit geltenden Privatrechtsordnungen zum Ausdruck zu bringen. Als bloße „Restatements“ greifen sie deshalb auf die Legitimation der Gesetzgeber der staatlichen Privatrechte zu, indem sachlich äquivalente Lösungen verfolgt werden. Zum anderen knüpfen die Prinzipien ihren Geltungsanspruch an den in der Rechtswahl der Vertragsparteien zum Ausdruck gekommenen Konsens der Betroffenen. Wenn es nach dem staatlichen internationalen Privatrecht einem Franzosen und einem Deutschen erlaubt ist, ihren Vertrag dem Recht eines neutralen Drittstaates zu unterstellen (zum Beispiel englischem Recht), obwohl beide Parteien in England nicht wahlberechtigt sind und deshalb keine demokratische Legitimationskette vorhanden ist, so besteht unter diesem Gesichtspunkt kein qualitativer Unterschied zur Vereinbarung der Geltung einer nicht-staatlichen Rechtsordnung kraft Parteiautonomie. Auf multinationaler wissenschaftlicher Analyse beruhende Normformulierung (Angebot) und auf individueller Vereinbarung der Betroffenen beruhende Inkraftsetzung dieser Normen durch Rechtswahl (Nachfrage) führen im Wettbewerb zwischen nationalstaatlichen und zivilgesellschaftlichen Handelsrechtsordnungen zu einem System deliberativer Rechtsetzung.

#### *D) Konstitutionalisierung der lex mercatoria*

Die Konstitutionalisierung der Lex Mercatoria wird in Bezug auf ihre Konsistenz mit nationalem und internationalem staatlichen Recht im UNCITRAL-Modellgesetz (bzw. den nationalen Schiedsgesetzen) in Verbindung mit der „New York Convention“ geregelt. Private Streitschlichtungsverfahren und in diesen etablierte private Ordnungen wie die Lex Mercatoria werden vom staatlichen Recht anerkannt, wenn bestimmte Anforderungen an die freiwillige Unterwerfung unter diese Ordnung und an die Rechtstaatlichkeit des Verfahrens eingehalten werden. Ist dies der Fall, dann ist der Rechtsweg zu den ordentli-

chen Gerichten ausgeschlossen und die Schiedssprüche werden unter Einsatz staatlicher Gewalt vollstreckt. In allen anderen Fällen geht das staatliche Recht vor, so dass eine sehr klare Kollisionsregel besteht.

Was schließlich die Bindung der Lex Mercatoria an *fundamentale Grundwerte* betrifft, so ist eine Vertragsrechtsordnung ohne *ius cogens* gar nicht denkbar. Vergleichbar dem staatlichen Privatrecht kann hier nur fraglich sein, in welcher Weise die Grundrechte ihre Kraft zwischen Privaten entfalten. In nationalstaatlichen Verfassungen niedergelegte Grundrechtskataloge spezifizieren die allgemeinen Freiheits- und Gleichheitsrechte für einen bestimmten Kontext. Eine direkte Eins-zu-Eins-Übertragung aus diesem nationalstaatlichen Kontext auf globale Zivilregimes führt freilich in die Irre (Teubner 2003). Die auch nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nur „hinter“ dem positiven Verfassungsrecht stehende „objektive Werteordnung“ ist in einer abstrakteren, vom Bürger-Staat-Verhältnis abstrahierenden Fassung auch Bestandteil der Lex Mercatoria, weil diese auf allgemeinen Rechtsprinzipien beruht. Die Prinzipien der Freiheit und Gleichheit werden in den UNIDROIT Principles für den Bereich des transnationalen Handels nicht nur als Vertragsfreiheit (Art. 1.1), sondern auch als deren Grenzen im Hinblick auf das Allgemeinwohl (Art. 1.4: Vorrang von international zwingendem Recht) sowie als Prinzip der Rücksichtnahme auf die Interessen des Vertragspartners (Art 1.7: „Good faith and fair dealing“) konkretisiert. Schiedssprüchen, die in grober Weise gegen diese Werte verstoßen, wird die staatliche Anerkennung und Vollstreckung wegen Verstoßes gegen den *ordre public* vorenthalten.

### *E) Schlussfolgerung*

Am Beispiel der Lex Mercatoria zeigt sich, dass die globale Zivil(rechts)gesellschaft *Hard Code* produzieren kann, wenn hierfür eine Rahmenordnung zur Verfügung steht, deren Kern in der Gerichtsverfassung und der Anerkennung und Vollstreckung der Urteile liegt, während die Normsetzung nur von peripherer Bedeutung ist. Autonome Spontanverfassung der Lex Mercatoria (Schiedsinstitutionen, Privatkodifikationen, Datenbanken) und öffentliche Rahmenverfassung (Schiedsgesetze, UN-Übereinkommen) ergänzen sich dabei wechselseitig zu einer hybriden *Zivilverfassung*, die sich als Blaupause einer globalen Herrschaft des Rechts auch in anderen Politikbereichen eignet (Calliess 2003; Teubner 2003).

### *Literatur*

- Behrens, Peter, 2001: Die Bedeutung des Kollisionsrechts für die Globalisierung der Wirtschaft, in: Basedow, Jürgen (Hg.), Festschrift zum 75jährigen Bestehen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, S. 381-397
- Berger, Klaus Peter, 1999: The Creeping Codification of the Lex Mercatoria, The Hague, London, Boston
- Berger, Klaus Peter, 2000: Understanding International Commercial Arbitration, in: Center for Transnational Law (Hg.) CENTRAL Practice and Study Guides, Bd. 2: Understanding Transnational Commercial Arbitration, Münster, S. 5-41
- Berger, Klaus Peter, 2001: The New Law Merchant and the Global Market Place, in: Berger, Klaus Peter (Hg.), The Practice of Transnational Law, S. 1-22.
- Berman, Harold J., 1991: Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition, 1983; deutsch: Recht und Revolution, Frankfurt/Main 1991

- Bonell, Michael Joachim, 2001: The UNIDROIT Principles and Transnational Law, in: Berger, Klaus Peter (Hg.), The Practice of Transnational Law. Den Haag/London/Boston, S. 23-41.
- Calliess, Galf-Peter, 2002: Reflexive Transnational Law, The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law, Zeitschrift für Rechtssoziologie, Jg. 23, Heft 2, S. 185-216.
- Calliess, Galf-Peter, 2003: Das Zivilrecht der Zivilgesellschaft, in: Joerges, Christian/Gunther Teubner (Hg.), Rechtsverfassungsrecht, Baden-Baden, S. 239-269.
- Dezelay, Yves/ Bryant Garth, 1996: Dealing in Virtue, International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order, Chicago.
- Drobnig, Ulrich, 2001: Vereinheitlichung von Zivilrecht durch soft law, in: Festschrift zum 75jährigen Bestehen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, S. 745-761
- Garro, Alejandro, 2001: Rule-Setting by Private Organizations, in: Fletcher, Ian F./Loukas Mistelis/Marise Cremona (Hg.), Foundations and Perspectives of International Trade Law, London, S. 310-319
- Hadfield, Gillian, 2001: Privatizing Commercial Law, Regulation Magazine, Jg. 24/1, S. 40-45
- Kronke, Herbert, 2001: Perspektiven der Privatrechtsharmonisierung nach 75 Jahren UNIDROIT, Juristenzeitung, Jg. 56, Heft 23, S. 1149-1157
- Mankowski, Peter, 2002: Europäisches Internationales Privat- und Prozessrecht, in: Ott, Claus/Hans-Bernd Schäfer (Hg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen, S. 118-151
- Schmidtchen, Dieter, 2002: Lex Mercatoria und die Evolution des Rechts, in: Ott, Claus/Hans-Bernd Schäfer (Hg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen, S. 1-31
- Teubner, Gunther, 2000: Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft?, in: Simon, Dieter/Manfred Weiss (Hg.), Zur Autonomie des Individuums. Liber Amicorum Spiros Simitis. Baden-Baden, S. 437-453.
- Teubner, Gunther, 2003: Globale Zivilverfassungen, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Bd. 63/1, S. 1-28
- Zumbansen Peer, 2003, Lex mercatoria, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Bd. 67/4, S. 637-682

### *Materialien im Internet*

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration:

<http://www.uncitral.org/english/texts/arbitration/ml-arb.htm>

1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards:

<http://www.uncitral.org/english/texts/arbitration/NY-conv.htm>

UNILEX (CISG and UNIDROIT Principles: Case Law and Bibliography): <http://www.unilex.info/>

Commission on European Contract Law, Principles of European Contract Law, Part I, II, and III

[http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission\\_on\\_ecl/Skabelon/pecl\\_engelsk.htm](http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/Skabelon/pecl_engelsk.htm)

CENTRAL Transnational Law Database: <http://www.tldb.de/>

ICC Incoterms 2000: <http://www.iccwbo.org/incoterms/understanding.asp>

ICC International Court of Arbitration (1998 Arbitration Rules): [http://www.iccwbo.org/index\\_court.asp](http://www.iccwbo.org/index_court.asp)