View metadata, citation and similar papers at core.ac.uk
brought to you by CORE
provided by Hochschulschriftenserver - Universität Frankfurt am Main

Gralf-Peter Calliess

Globale Zivilregimes

Lex Mercatoria und ICANN UDRP*

Inhaltsverzeichnis

I. Transnationales Handelsvertragsrecht: Lex Mercatoria 2
1. Das Recht der internationalen Handelsverträge 3
2. Transnationales Handelsrecht: die neue Lex Mercatoria 7
a) Merchants of Law: Die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit 8
b) Moral Entrepreneurs: Lex Mercatoria in der Schiedsgerichtsbarkeit 10
c) Normunternehmer: die schleichende Kodifizierung der Lex Mercatoria 12
3. Verrechtlichung und Konstitutionalisierung der Lex Mercatoria 14
II. Transnationales Markenrecht: ICANN's UDRP 17
1. Verrechtlichung der UDRP 21
a) Vollstreckbarkeit 22
b) Rechtsanwendung 24
c) Normsetzung 26
2. Konstitutionalisierung der UDRP 29
III. Reflexives transnationales Recht 33

Global Governance bezeichnet ein produktives Zusammenwirken aller an einer effizienten und legitimen Lösung von grenzüberschreitenden Sachproblemen ernsthaft interessierten Akteure. Es handelt sich weder um Multilateralismus noch um Unilateralismus, sondern um eine Koalition des Weltbürgertums. Auf dem Gebiet des privaten Wirtschaftsrechts gibt es zwei Beispiele für von solchen zivilgesellschaftlichen Koalitionen geschaffene Regimes, anhand derer die Funktionsweise transnationaler Rechtssysteme aufgezeigt werden kann. Dabei handelt es sich einerseits um das Recht der Handelsverträge, wo bereits seit geraumer Zeit die Entstehung einer neuen Lex Mercatoria diskutiert wird (I.). Andererseits bildet die von ICANN errichtete Uniform Dispute Resolution Policy für Domain-Namen ein gutes Beispiel für die Entstehung eines transnationalen Markenrechts im Wege der Co-Regulierung (II.).

In beiden Fällen ist unter Juristen umstritten, ob es sich überhaupt um Rechtsphänomene, geschweige denn um (autonome) Rechtssysteme handelt. Wie der Konflikt zwischen Traditionalisten und Transnationalisten in der seit gut vierzig Jahren

---

* Frankfurt/Main, November 2004: www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/teubner/Mitarb/GC.html

andauernden Debatte um die Lex Mercatoria zeigt,[1] ist diese Frage auf der strukturellen Normebene nicht zu lösen. Es erscheint deshalb als sinnvoll, sich dem Phänomen transnationaler Zivilregimes zunächst unter Verwendung sozialwissenschaftlicher Kriterien beschreibend zu nähern, bevor in einem dritten Schritt gezeigt wird, wie man die Emergenz transnationaler Zivilregimes im Rahmen einer auf operativer Ebene ansetzenden Theorie des Rechts als autopoietisches Kommunikationssystem auch rechtstheoretisch in den Griff bekommen kann (III.).

Die folgenden Ausführungen orientieren sich dabei an den von Zangl und Zürn entwickelten Begriffen der Verrechtlichung und Konstitutionalisierung, weil diese eine Beschreibung anhand der der quantitativen Kategorien des Mehr oder Weniger anstelle des juristischen Alles oder Nichts (Recht/Nicht-Recht) ermöglichen. Die *Verrechtlichung* eines bestimmten Regimes ist danach hoch, wenn; (1) auf der Ebene der *Rechtsprechung* (a) ein Klagerecht für alle Rechtsadressaten vor (b) unabhängigen Richtern mit (c) obligatorischer Gerichtsbarkeit besteht; (2) auf der Ebene der *Rechtsdurchsetzung* Sanktionen durch ein den Parteien übergeordnetes Organ (a) angeordnet und (b) vollzogen werden; und (3) die *Rechtsetzung* (a) transparent (Öffentlichkeit) und (b) deliberativ (Beteiligung aller Betroffener) erfolgt. Die *Konstitutionalisierung* eines Regimes ist danach hoch, wenn (1) eine rechtliche Bindung des Rechts an fundamentale soziale *Grundwerte* besteht (jus cogens) und (2) im Hinblick auf die Konsistenz des Rechts klare *Kollisionsregeln* für das Zusammenspiel unterschiedlicher Regelungsebenen und –bereiche vorhanden sind.[2]

I. Transnationales Handelsvertragsrecht: Lex Mercatoria

Am Beispiel der Lex Mercatoria, dem transnationalen Recht der internationalen Handelsverträge, soll im folgenden gezeigt werden, unter welchen Bedingungen private Selbstregulierung auf globaler Ebene nicht nur effektiv, sondern auch legitim sein kann. Bevor genauer analysiert wird, wie in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit durch Zusammenwirken von Spruchpraxis, Privatkodifikationen und kommunikativer Vernetzung über Internet-Datenbanken „Hard Code“ entsteht (2), um daraus Rückschlüsse auf eine Verrechtlichung und Konstitutionalisierung der Lex Mercatoria zu ziehen (3), soll in einem ersten Schritt die Problemlage erläutert werden, vor deren Hintergrund sich die Entstehung der Lex Mercatoria als Reaktion auf ein Versagen des nationalen und internationalen Rechts der grenzüberschreitenden Handelsverträge verstehen lässt (1).

---

[1] Zu dieser Unterscheidung vgl. im Anschluss an Berger *Zumbansen*, Lex mercatoria: Zum Geltungsanspruch transnationalen Rechts, RabelsZ 2003, 637 ff. m.w.N.

[2] *Zangl/Zürn*, Make Law, Not War: Internationale und transnationale Verrechtlichung als Baustein für Global Governance, in: dies. (Hrsg), Verrechtlichung - Baustein für Global Governance?, Bonn 2004, mit ausführlichen Nachweisen.

1. Das Recht der internationalen Handelsverträge

Der Handel mit Waren und Dienstleistungen lebt vom Vertrauen darin, dass gegebene Versprechen eingelöst werden. Um sich vor den Risiken des Betrugs im weitesten Sinne der Nicht- oder Schlechterfüllung zu schützen, kann sich der Handel einer Reihe von Selbstschutzmechanismen bedienen, z.B. dem Rekurs auf Reputation (Marken, Wirtschaftsauskunfteien, Rating-Agenturen), der Einbeziehung vertrauenswürdiger Dritter (Akkreditiv), des Stellens von Geiseln (strategische Allianzen, relationale Verträge), der Internalisierung von Marktbeziehungen in hierarchische Organisationen (Konzernierung) sowie verschiedener Formen der Selbst- (marktbeherrschende Stellung) oder Fremdversicherung (Forfaitierung, Factoring).[3] 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. Zudem können auch unter redlichen und an langfristiger Kooperation interessierten Partnern Streitigkeiten bezüglich der Risikotragung für unvorhergesehen eingetretene Störungen auftreten.[4]

Eine Privatrechtsordnung stellt dem Handel diesbezüglich nicht nur einen Mechanismus zur friedlichen Konfliktlösung bereit, sondern erfüllt darüber hinaus die Funktion, das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit von Märkten zu stärken, indem primär ein hohes Maß an Rechtssicherheit (Reduktion von Transaktionskosten) und sekundär auch ein Mindestmaß an Gerechtigkeit (Vertrauen in die Fairness) gewährleistet wird. Gleichsam als Verfassung für ihre Binnenmärkte stellen die Nationalstaaten dem Handel deshalb eine staatliche Privatrechtsordnung zur Verfügung, welche es den Parteien ermöglicht, in den Grenzen der Vertragsfreiheit autonom begründete Rechte und Pflichten vor staatlichen Gerichten und gegebenenfalls unter Einschaltung staatlicher Zwangsvollstreckungsorgane durchzusetzen.

Im Bereich des grenzüberschreitenden Handels besteht hingegen kein vergleichbares Maß an Rechtssicherheit, da sich im System der nationalstaatlichen Privatrechtsordnungen bei Verträgen mit Berührung zum Ausland jeweils die Frage stellt, welche Gerichte international zuständig sind, welches Privatrecht 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

---

[3] Eine Einführung in diese Mechanismen des internationalen Handelsrechts bei *Altmann*, Außenhandel für Unternehmen, 2. Aufl. 2001, Kap. D-H; *Jahrmann*, Außenhandel, 10. Aufl. 2001, Kap. C, E, H, J; umfassend *Häberle* (Hrsg.), Handbuch für Kaufrecht, Rechtsdurchsetzung und Zahlungssicherung im Außenhandel, 2002; aus juristischer Sicht *Graf von Bernstorff*, Rechtsprobleme im Auslandsgeschäft, 4. Aufl. 2000; eine ökonomische Analyse bei *Schmidt-Trenz*, Außenhandel und Territorialität des Rechts, 1990.

[4] *Schmidtchen/Schmidt-Trenz*, The Division of Labour is limited by the extent of the Law, 1 Constitutional Political Economy (1990), 1 ff.; *Streit/Mangels*, Privatautonomes Recht und grenzüberschreitende Transaktionen, ORDO 47 (1996), 73 ff.; *Schmidtchen*, Lex Mercatoria und die Evolution des Rechts, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Vereinheitlichung, 2002, S. 1 ff.

grundsätzlich auch im Inland anerkannt und vollstreckt werden und die inländischen Gerichte auch ausländisches Privatrecht anwenden können (Comitas).[5] 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, so dass einem optimal informierten Kläger die Möglichkeit offen steht, die Erfolgsaussichten seiner 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 (Parteiautonomie).[6]

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 je unterschiedlichen Vorbehalten, wie etwa der Gegenseitigkeit, des Verstoßes gegen den Ordre Public oder zwingendes Recht. Auch Umfang und Grenzen der Parteiautonomie im Hinblick auf Formerfordernisse 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.[7] Um die mit der Privatrechtsvereinheitlichung verbundenen Probleme und die Diskussion um die besten Lösungsstrategien zu verstehen, erscheint ein kurzer Blick auf die Geschichte des Handelsrechts als 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, welches mit der rasanten Zunahme des Handels im Europa des späten 11. und 12. Jahrhunderts durch die an den praktischen Bedürfnissen und Bräuchen der Kauf-

---

[5] Zur „Fiktion" der internationalen Fungibilität der Gerichte vgl. nur *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2001, S. 16 R. 37 f. m.w.N.; zu Comitas und internationalprivatrechtlicher Gerechtigkeit vgl. z.B. *Leible*, Außenhandel und Rechtssicherheit, ZVglRWiss 1998, 286 ff.

[6] Zum Begriff der Parteiautonomie vgl. nur *Mankowski*, in: v.Bar/Mankowski, IPR Bd. 1, 2. Aufl. 2003, § 7 R. 67 ff. m.w.N.; zu Gerichtsstandsvereinbarung und Schiedsvereinbarung als Kompetenzverträge im Zivilprozessrecht vgl. *Wagner*, Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht, 1998, S. 556 ff.

[7] *Behrens*, Die Bedeutung des Kollisionsrechts für die Globalisierung der Wirtschaft, in: Basedow (Hrsg.), FS 75 Jahre MPI Privatrecht, 2001, S. 381 ff.; *Mankowski*, Europäisches Internationales Privat- und Prozessrecht, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen, 2002, S. 118 ff.; *Kronke*, Zur Komplementarität von IPR und Einheitsrecht bei der Modernisierung des Wirtschaftsrechts – eine Fallstudie, in: Basedow (Hrsg.), 75 Jahre MPI Privatrecht, 2001, S. 757 ff.

mannschaft orientierte Rechtsprechung der an den wichtigen Markt- und Messeplätzen sowie an Seehäfen eingerichteten Handelsgerichte entstand, und dessen universell geltende Regeln später z.B. in den „Rollen von Oléron“ oder dem „Consolato del Mare“ von Barcelona zusammengefasst und überliefert wurden.[8] Dieses *Ancient Law Merchant* existierte lange Zeit neben und außerhalb des allgemeinen, vor staatlichen Gerichten angewandten Privatrechts, welches 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.[9] Die mittelalterliche Lex Mercatoria als eigenständiges Rechtssystem starb einen stillen Tod, wenngleich ihre Traditionen und Institutionen etwa in Form des Verweises auf die „Handelsbräuche“ (§ 346 HGB) oder der mit ehrenamtlichen Richtern aus der Kaufmannschaft (an Seeplätzen auch Schiffahrtskundigen) besetzten Kammern für Handelssachen (§§ 93 ff. GVG) im staatlichen Handelsrecht fortleben.[10]

Die Idee eines universell gültigen Rechts der internationalen Handelsverträge hat die Rechtswissenschaft allerdings weiterhin fasziniert. Bereits in der Phase der wirtschaftlichen Prosperität und Globalisierung vor dem ersten Weltkrieg wurde von Zitelmann 1888 die Schaffung eines Weltprivatrechts auf völkervertragsrechtlicher Grundlage gefordert[11] und die Rechtswissenschaft widmete sich den damaligen Herausforderungen der Globalisierung durch Gründung der „Internationalen Vereinigung für Vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre“ von 1894[12] sowie der „Internationalen Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie“ von 1909, die sich der Herausarbeitung gemeinsamer, weltweit gültiger Rechtsprinzipien widmen sollten.[13] 1893 wurde die Haager Konferenz für internationales Privatrecht als erstes Diskussionsforum für Staatsverträge auf dem Gebiet des Privatrechts gegründet. Nach dem ersten Weltkrieg entstand als Spezialorganisation des Völkerbundes 1926 das Internationale Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts (UNIDROIT) mit Sitz in Rom[14] und im Jahr darauf rief Rabel den

---

[8] *Berman*, Recht und Revolution, 1991, S. 527 ff.; *Milgrom/North/Weingast*, The Role of Institutions in the Revival of Trade: The Medieval Law Merchant, Private Judges and the Champagne Fairs, 2 Economics and Politics (1990) 1 ff.; *Krieger*, Ursprung und Wurzeln der Rôles d'Oléron, 1970.

[9] *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 461 ff.

[10] Vgl. *Stein*, Lex Mercatoria, Realität und Theorie, 1995, S. 17 et passim.

[11] Dazu auch *Berger*, The New Law Merchant and the Global Market Place: A 21st Century View of Transnational Commercial Law, in: ders. (ed.), The Practice of Transnational Law, 2001, S. 1 ff.

[12] Zur Geschichte der Rechtsvergleichung vgl. *Michaels*, Im Westen nichts Neues? 100 Jahre Pariser Kongreß für Rechtsvergleichung, RabelsZ 2002, 97 ff.

[13] Vgl. Kohler und Berolzheimer im Vorwort zum ersten Heft des Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie (heute: ARSP) von 1907; zur Idee der Schaffung eines „droit commun de l'humanité“ durch Rechtsvergleichung vgl. auch *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 2 f.

[14] *Kronke*, Ziele – Methoden, Kosten – Nutzen: Perspektiven der Privatrechtsharmonisierung nach 75 Jahren UNIDROIT, JZ 2001, 1149 ff.

Lesern seiner neu begründeten Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht zu:

> „Möge die Zeitschrift … die Erkenntnis stärken, dass bei aller Verschiedenheit der Rechte eine Wissenschaft vom Recht zu erstehen berufen ist, die eine breitere und tiefere Gemeinschaft der Völker begründen wird als selbst das zu Ende gegangene römische Recht".[15]

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 (CISG) ist deren Tätigkeit allerdings nur von mäßigem Erfolg gekennzeichnet, was im wesentlichen darauf zurück geführt wird, 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 ist.[16] Insgesamt steht man der Privatrechtsvereinheitlichung auf völkervertragsrechtlicher Grundlage heute ernüchtert bis kritisch gegenüber.[17]

Als Erfolg versprechendes Gegenmodell wird demgegenüber die Privatrechtsvereinheitlichung durch Soft-Law diskutiert. Damit ist die Ausarbeitung von abstrakten Prinzipien oder von konkreten Grundregeln für ein bestimmtes Rechtsgebiet durch internationale Expertenkommissionen gemeint. Solche Kommissionen können auf private Initiative oder unter dem Dach internationaler Organisationen tätig werden, verhandeln aber ohne einen formellen Rechtsetzungsauftrag, so dass die Teilnehmer sich nicht als Staatenvertreter verstehen, sondern Kraft Expertise und Interesse an der Sache argumentieren. Die formal unverbindlichen Ergebnisse verstehen sich auf der Grundlage einer funktionalen Rechtsvergleichung als Ausdruck universell gültiger „allgemeiner Rechtsprinzipien", die den gemeinsamen Kern der verschiedenen nationalen Privatrechtsordnungen ausmachen („Common Core") und zugleich als Formulierung einer „International Best Practice", die formale Gesetzgebungsverfahren auf nationaler, supra- und internationaler Ebene anleiten kann.[18]

Auf dem Gebiet des Vertragsrecht sind in den neunziger Jahren mit den „UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts" und den „Principles of European Contract Law" der Lando-Kommission zwei Privatkodifikationen entstanden, die nicht nur als Modellgesetze dienen wollen, sondern den expliziten Anspruch erheben, als Formulierung allgemeiner Rechtsprinzipien von Vertragsparteien als geltendes Recht gewählt und von Gerichten bei der Auslegung von Verträgen und staatlichem Privatrecht herangezogen werden zu können. Diese Prinzipienkataloge verstehen sich damit auch als Bestandteil der Lex Mercatoria, um deren

---

[15] Zitiert nach *Behrens* (FN 7).

[16] *Kronke* (FN 14); *O'Hara*, Economics, Public Choice, and the Perennial Conflict of Laws, 90 Georgetown Law Journal (2002) 941 ff.

[17] *Drobnig*, Vereinheitlichung von Zivilrecht durch soft law: neuere Erfahrungen und Einsichten, in: 75 Jahre MPI Privatrecht, 2001, S. 745 ff.

[18] *Drobnig* (FN 17).

Wiederbelebung bereits seit den 1960er Jahren eine lebhafte Debatte geführt wurde.[19]

2. Transnationales Handelsrecht: die neue Lex Mercatoria

Der Begriff des transnationalen Rechts wurde 1956 von Jessup als „all law which regulates actions or events that transcend national frontiers" mit dem Ziel definiert, unter Überwindung der traditionellen Schranken zwischen nationalem und internationalem, öffentlichem und Privatrecht eine gegenüber dem - in Zeiten des kalten Krieges zunehmend als statisch und irrelevant empfundenen - Völkerrecht umfassendere Wissenschaft vom Recht der grenzüberschreitenden sozialen, insbesondere wirtschaftlichen Phänomene zu begründen.[20] Während dieser Ansatz die Aufmerksamkeit von den Rechtsquellen weg in Richtung auf die zunehmende Transnationalität der Rechtstatsachen lenkte, wurde nahezu zeitgleich ein spezifisch nichtstaatliches Verständnis des Begriffs transnationalen Rechts von den europäischen Rechtsprofessoren Goldman und Schmitthoff entwickelt, die den Traum von einem globalen Recht der Handelsverträge durch eine Wiederbelebung der Lex Mercatoria in der Rechtsprechung der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit verwirklicht sehen wollten.[21]

Transnationales (Handels-) Recht bezeichnet hier eine *dritte Kategorie* von Recht jenseits der traditionellen Dichotomie von nationalem und internationalem Recht.[22] Die neue Lex Mercatoria (*New Law Merchant*) wird als autonomes Rechtssystem jenseits des Nationalstaats verstanden, das sich auf allgemeine Rechtsprinzipien, d.h. im Wege der funktionalen Rechtsvergleichung aus dem *Common Core* der nationalen Privatrechtssysteme abgeleitete Grundregeln (z.B. die UNIDROIT Principles), sowie auf die Handelsbräuche und Gewohnheiten der internationalen Kaufmannschaft (z.B. standardisierte Vertragsbedingungen wie die Incoterms der ICC oder Formularverträge)[23] gründet, und dessen Anwendung, Interpretation und Fortbildung in den Händen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit liegt.[24]

Im folgenden soll diese neue Lex Mercatoria im Hinblick auf das Ausmaß an Verrechtlichung auf den drei Ebenen Normsetzung, Rechtsprechung und Vollstreckung untersucht werden. Schiedsgerichtsbarkeit und Lex Mercatoria sind dabei

---

[19] *Bonell*, The UNIDROIT Principles and Transnational Law, in: Berger (ed.), The Practice of Transnational Law, 2001, S. 23 ff.; *Lando*, Salient Features of the Principles of European Contract Law: A Comparison with the UCC, 13 Pace Int'l L. Rev. (2001) 339

[20] *Slaughter*, Breaking Out: The Proliferation of Actors in the International System, in: Garth/Dezalay (eds.), Global Prescriptions, 2002, S. 12 ff., 20.

[21] *Berger* (FN 11); *Zumbansen*, Lex mercatoria: Zum Geltungsanspruch transnationalen Rechts, RabelsZ 2003, 637 ff.

[22] *Berger*, The Creeping Codification of the Lex Mercatoria, 1999, S. 40, 42.

[23] *Garro*, Rule-Setting by Private Organizations, in: Fletcher/Mistelis/Cremona (eds.), Foundations and Perspectives of International Trade Law, 2001, S. 310 ff.

[24] *Derains*, Transnational Law in ICC Arbitration, in: Berger (ed.), The Practice of Transnational Law, 2001, S. 43 ff.; *Gaillard*, Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making? in: Berger (ed.), The Practice of Transnational Law, 2001, S. 53 ff.

nicht identisch. Internationale Schiedsrichter sind vielmehr in erster Linie als Unternehmer (*Merchants of Law*) auf dem Markt für Streitschlichtung tätig (a). Nur insoweit sie dabei auf die Lex Mercatoria Bezug nehmen, wirken sie gleichzeitig im öffentlichen Interesse an der Produktion von Rechtssicherheit für den globalen Geschäftsverkehr mit (*Moral Entrepreneurs*) (b).[25] Eine wichtige Funktion erfüllen schließlich „Normunternehmer"[26], die der internationalen Kaufmannschaft standardisierte Vertragsklauseln, Mustervertragsformulare und „Privatkodifikationen"[27] zur Verfügung stellen und über Internet-Datenbanken den weltweiten und kostengünstigen Zugang zum transnationalen Handelsrecht ermöglichen (c).

a) Merchants of Law: Die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit

Die Schiedsgerichtsbarkeit ist ein privates Streitschlichtungsverfahren, das sich von anderen Formen der alternativen Streitschlichtung wie etwa der Mediation durch ein hohes Maß an Verrechtlichung auszeichnet.[28] 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 erst nach Auftreten eines konkreten Konfliktes oder bereits im Vorhinein in Form einer Schiedsklausel z.B. in einen Kaufvertrag aufgenommen werden, nach der alle zukünftigen Streitigkeiten aus diesem Kaufvertrag der Schiedsgerichtsbarkeit unterliegen. Im Streitfalle müssen sich dann beide Parteien auf eine unabhängige Person als Schiedsrichter einigen, bzw. bei aus drei Richtern bestehenden Schiedsgerichten wählt jede Partei einen Schiedsrichter und diese bestimmen dann einvernehmlich eine dritte Person zum Vorsitzenden des Schiedsgerichts. Neben diesen „ad hoc"-Schiedsgerichten gibt es auch fest institutionalisierte Schiedsgerichte, auf deren Zuständigkeit sich die Parteien einigen können.

Einen Mittelweg bieten diesbezüglich Schiedsinstitutionen wie die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) oder der „International Court of Arbitration" der Internationalen Handelskammer (ICC) in Paris. Diese bieten zwar keine

---

[25] *Dezelay/Garth*, Dealing in Virtue, International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order, 1996, S. 33.

[26] *Engert*, Wettbewerb der Normen und Sanktionierung durch das Recht, in: Witt et al. (Hrsg.), Die Privatisierung des Privatrechts, JJZ 2002, 2003, S. 31 ff.

[27] *Michaels*, Privatautonomie und Privatkodifikation. Zu Anwendung und Geltung allgemeiner Vertragsprinzipien, RabelsZ 1998, 580 ff.

[28] Im Überblick *Berger*, Understanding International Commercial Arbitration, in: Central (ed.) Understanding Transnational Commercial Arbitration, 2000, S. 5 ff.; *Raeschke-Kessler/Berger*, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl. 1999; Staudinger-*Hausmann*, Anhang II zu Art. 27-37 EGBGB (2002), R. 227 ff.; *Geimer*, IZPR, 4. Aufl. 2001, 16. Teil, S. 1061 ff.; *Lehmkuhl*, Structuring Dispute Resolution in Transnational Trade: Competition and Co-evolution of Public and Private Institutions, in: Djelic/Quack (eds.), Globalization and Institutions, 2003, S. 278 ff.

Schiedsgerichte mit fester Besetzung an, stellen jedoch Musterschiedsklauseln und Schiedsordnungen zur Verfügung, in denen sich Vorschriften über Zusammensetzung des Schiedsgerichts, Auswahl der Richter, 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 (dazu sogleich) und sind gegebenenfalls bei der Suche nach geeigneten Schiedsrichtern behilflich.[29]

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 ZPO) verabschiedet haben, nach denen 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 wird (Sperrwirkung der Schiedsklausel), *zweitens* der Inhalt von Schiedssprüchen anerkannt wird (formelle und materielle Rechtskraft), und *drittens* Schiedssprüche wie Urteile der Zivilgerichte staatlich vollstreckt werden können.

Aufgrund dieser formalrechtlichen Gleichstellung können die Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit im übrigen voll zum Tragen kommen: Schiedsverfahren enden mit dem Schiedsspruch, während sich Verfahren vor den staatlichen Gerichten im Instanzenzug jahrelang hinziehen können. Schiedsverfahren finden unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt und die Beteiligten können darüber hinaus eine Schweigepflicht vereinbaren, 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 Kosten anfallen.[30]

Erfreut sich die Schiedsgerichtsbarkeit aus diesen Gründen bereits auf nationaler Ebene einer wachsenden Beliebtheit, so ist sie für Streitigkeiten mit grenzüberschreitenden Bezügen der Rechtsverfolgung vor staatlichen Gerichten nahezu konkurrenzlos überlegen. Das Recht der internationalen Handelsverträge ist nämlich durch ein komplexes Geflecht von Einheitsrecht, Kollisionsregeln und nationalen Rechten gekennzeichnet, zudem folgt der internationale Handel einer Reihe von besonderen Bräuchen, nutzt standardisierte Vertragsbedingungen (Incoterms der ICC) und spezielle Rechtsinstitute (Akkreditiv). International erfahrene Schiedsrichter kennen sich auf diesem Rechtsgebiet vielfach besser aus als staatliche Richter, ihre Autorität kraft Sachkenntnis kann sich auch auf Vergleichsverhandlungen positiv auswirken. Gleiches gilt für die Verständigungsmöglichkeiten: während vor staatlichen Gerichten mündlich und in der Amtssprache am Gerichtsort verhandelt wird, sind Schiedsgerichte bezüglich der verwendeten Sprache, dem Tagungsort und

---

[29] *Derains*, The ICC Arbitration Rules, in: Central (ed.) Understanding Transnational Commercial Arbitration, 2000, S. 57 ff.

[30] Ausführlich zu den Vor- und Nachteilen *Benson*, To Arbitrate or to Litigate: That is the Question, European Journal of Law and Economics 1999, 91 ff.

dem Verfahren (z.B. Einsatz von Video- und Telefonkonferenzen) frei und können sich auf die Anforderungen des Einzelfalles einrichten. Schiedsgerichte können zudem multinational besetzt werden, während 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. Der *entscheidende* Vorteil besteht schließlich darin, dass im Ausland ergangene Schiedssprüche nach dem New Yorker UN Übereinkommen von 1958 (UNÜ) in mehr als 120 Staaten anerkannt und vollstreckt werden, während die Verhandlungen in Den Haag über ein vergleichbares Instrument für Urteile staatlicher Zivilgerichte bis heute nicht abgeschlossen sind.[31]

Vor dem Hintergrund dieser Sachlage hat die internationale Kaufmannschaft in den vergangenen Jahrzehnten zunehmend die „Flucht in die Schiedsgerichtsbarkeit" vollzogen, ca. 90 Prozent aller zwischen Kaufleuten im internationalen Verkehr geschlossenen Verträge enthalten eine Schiedsklausel, so dass von einer Privatisierung des Handelsrechts gesprochen wird.[32]

b) Moral Entrepreneurs: Lex Mercatoria in der Schiedsgerichtsbarkeit

Eine vollständige Privatisierung des Handelsrechts setzte allerdings über die Nutzung privater Schiedsgerichte hinaus auch den Rekurs auf privat gesetzte Normen sowie eine privat organisierte Vollstreckung voraus.[33] Bezüglich der Vollstreckung wird gern darauf verwiesen, dass 99 Prozent aller Schiedssprüche ohne Rückgriff auf staatliche Vollstreckungsorgane befolgt werden, ungeklärt bleibt dabei allerdings, inwieweit dies auf soziale Zwangsmechanismen wie den drohenden Abbruch von Geschäftsbeziehungen bei Verletzung der „Kaufmannsehre" zurückzuführen ist.[34] Denn die bloße Möglichkeit der staatlichen Vollstreckbarkeit führt auch bei staatlichen Gerichtsurteilen zu einer relativ geringen Vollstreckungsquote weil durch „freiwillige" Erfüllung unnötige Kosten vermieden werden. Von einer Privatisierung der Vollstreckung kann bei der Schiedsgerichtsbarkeit – von einigen Ausnahmen in formal organisierten Handelsclubs abgesehen[35] – im Ergebnis nicht die Rede sein. Interessant bleibt aber die Frage, warum der Staat seine Vollstreckungsorgane für eine nicht-staatliche, a-nationale Rechtsordnung wie die Lex Mercatoria zur Verfügung stellt, obwohl er auf deren Inhalt keinerlei Einfluss hat.

---

[31] Zum UNÜ siehe *Nienaber*, The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, in: Central (ed.) Understanding Transnational Commercial Arbitration, 2000, S. 99 ff.; zum Haager GVÜ *Baumgartner*, The Proposed Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgements, 2003.

[32] *Berger et al.*, The CENTRAL Enquiry on the Use of Transnational Law in International Contract Law and Arbitration, in: ders. (Hrsg.), The Practice of Transnational Law, 2001, S. 91 ff.; *Hadfield*, Privatizing Commercial Law, Regulation 2001, 40 ff.

[33] Nach *Hadfield*, Privatizing Commercial Law, Regulation 2001, 40 ff., reicht bereits eine Privatisierung der Normsetzung aus, während die Vollstreckung nicht unbedingt privat organisiert sein muss.

[34] *Berger* (FN 28), S. 38.

[35] Am Beispiel der Baumwollindustrie *Bernstein*, Private Commercial Law in the Cotton Industry, 99 Mich. L. Rev. (2001) 1724 ff.

Zum in der Schiedsgerichtsbarkeit angewendeten Recht ist zunächst festzuhalten, dass der Großteil aller in nationalen und internationalen Fällen tätigen Schiedsgerichte staatliches Recht anwendet, das Konzept der staatlichen Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen ist im Ausgangspunkt auf eine bloße Verfahrensprivatisierung gerichtet. Sie ist private Rechtsprechung unter Aufsicht der staatlichen Gerichte.[36] Dieser Befund gilt grundsätzlich auch für die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, die empirisch nur einen Ausschnitt der Schiedsgerichtsbarkeit insgesamt ausmacht. Sofern Schiedssprüche auf diesem Gebiet z.B. von der ICC herausgegebene standardisierte Vertragsklauseln oder Musterverträge als „Handelsbräuche der internationalen Kaufmannschaft" in Bezug nehmen, bewegen sie sich ohne weiteres im Rahmen nationalen Privatrechts, welches auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Bräuche verweist (§ 346 HGB). Warum verbindet sich die Idee der Lex Mercatoria also gerade mit der Schiedsgerichtsbarkeit?

Die im 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 als geltendes Recht anwenden. Soweit die Lex Mercatoria sich aus den Rechtsquellen abstrakten (allgemeine Rechtsgrundsätze) und konkreten (Übung) Naturrechts i.S.v. nicht staatlich positivierten Rechtssätzen speist, können staatliche Gerichte diese allenfalls vermittelt über Verweisungsnormen im Rahmen der Auslegung von Vertrag (Handelsbräuche) und Gesetz (allgemeine Rechtsgrundsätze) nutzen.[37] Nach den älteren staatlichen Schiedsgesetzen galt dies vielfach auch für Schiedsgerichte. Der Vorteil der Schiedsgerichtsbarkeit liegt freilich darin, dass der Inhalt von Schiedssprüchen vor staatlichen Gerichten nur auf einen Verstoß gegen den *ordre public* überprüft werden kann. Ein Schiedsspruch bleibt damit auch dann vollstreckbar, wenn er nicht-staatliches Recht anwendet, zumal dieser Befund durch die Nennung des Begriffs Lex Mercatoria hinreichend verschleiert werden kann, weil damit auch lediglich der Bezug auf Handelsbräuche gemeint sein könnte, weshalb der Charakter der Lex Mercatoria als autonome Rechtsordnung auch lange umstritten blieb.[38]

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 ge-

---

[36] *Wolf*, Zwischen Schiedsverfahrensfreiheit und notwendiger staatlicher Kontrolle, RabelsZ 1993, 643 ff.

[37] Vgl. Staudinger-*Magnus*, Art. 27 EGBGB (2002) R. 45 ff.; *Michaels*, FN 27; differenzierend *Grundmann*, General Principles of Private Law and Ius Commune Modernum as Applicable Law?, FS Buxbaum, 2000, S. 213 ff. m.w.N.

[38] Ausführlich *Berger*, FN 22, S. 89 ff.; *Zumbansen*, RabelsZ 2003, 637 ff. m.w.N.

schlossen wurden. Eine postkoloniale Unterwerfung unter das Heimatrecht und die Gerichtsbarkeit z.B. der Royal Dutch/Shell schied dabei ebenso aus wie umgekehrt die Vereinbarung von z.B. irakischem Recht und Gerichtsbarkeit, 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.[39] Ein häufig zitiertes Beispiel ist 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.[40]

1985 hat UNCITRAL ein Modellgesetz zur internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit verabschiedet, welches von 36 Staaten umgesetzt wurde und in zahlreichen anderen Staaten wie 1998 in Deutschland als Vorbild für eine Reform der nationalen Schiedsgesetze diente.[41] Art. 28 Abs. 1 des Modellgesetzes (= § 1051 Abs. 1 ZPO) 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 international privatrechtlichen Rechtswahl („Recht des Staates“) wird überwiegend geschlossen, dass der Gesetzgeber damit die schiedsgerichtliche Praxis der Anwendung nicht-staatlicher Rechtsvorschriften anerkennen wollte.[42] Fraglich ist dann nur noch, welche nicht-staatlichen Rechtsvorschriften ein Schiedsgericht anwenden soll, wenn die Parteien in der Schieds- und Rechtswahlklausel die Lex Mercatoria als auf den Vertrag anwendbares Recht berufen haben.

c) Normunternehmer: die schleichende Kodifizierung der Lex Mercatoria

Die Geltung ungeschriebener „allgemeiner Rechtsprinzipien“ sowie von „Gewohnheitsrecht“ ist aus dem Völkerrecht bekannt. Vielfach wird von der Unterstellung eines Vertrages unter die Lex Mercatoria allerdings abgeraten, weil diese nicht kodifiziert ist und die Entscheidung des Schiedsgerichtes damit unvorhersehbar werde, ja der Willkür Tür und Tor geöffnet werde.[43] Solche Bedenken entspringen freilich einer durch die großen Privatrechtskodifikationen des 19. Jahrhunderts geprägten spezifisch kontinentaleuropäischen Sichtweise. Denn Rechtssicherheit kann, wie im Common Law oder der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erkennbar, auch durch Präjudizienbindung entstehen. Normen werden von einem Gericht nämlich quasi automatisch in Form der hinter einer Einzelfallentscheidung stehenden *ratio decidendi* produziert und im fortlaufenden Prozess

---

[39] *Dezelay/Garth*, FN 25, Kapitel 4;

[40] *Berger*, FN 11, S. 3 f.

[41] *Sanders*, The Harmonizing Influence of the Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation, in: Central (ed.) Understanding Transnational Commercial Arbitration, 2000, S. 43 ff.

[42] *Berger* (FN 28), S. 30; Staudinger-*Magnus*, Art. 27 EGBGB (2002) R. 50 m.w.N.

[43] So eindringlich *Mankowski*, Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl in Verträgen des internationalen Wirtschaftsverkehrs, RIW 2003, 2 ff.

der Rechtsprechung kondensiert und konfirmiert.[44] Je mehr Schiedssprüche zur Lex Mercatoria ergehen, desto dichter wird daher das Netz der Normen, von denen nur bei Übernahme der Argumentationslast abgewichen werden kann. Richterliche Normproduktion nach dem Grundsatz *da mihi factum, dabo tibi ius* wird so zur treibenden Kraft der Verrechtlichung und Konstitutionalisierung des internationalen[45] und transnationalen[46] Handels- und Wirtschaftsrechts.

Freilich setzt eine solche schleichende Rechtsproduktion durch Selbstreferenz in der schiedsrichterlichen Entscheidungspraxis voraus, dass die entsprechenden Schiedssprüche bekannt sind. Diesbezüglich 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 finden sich eine zunehmende Zahl von veröffentlichten Schiedssprüchen. Der weltweite Zugang zu Präjudizien wird dabei durch die Einrichtung von Internetdatenbanken extrem 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 Volltext-Referenzen auf Schiedssprüche, Gerichtsurteile, wissenschaftliche Aufsätze, nationale Gesetze, internationale Konventionen, Modellgesetze und Restatements etc.[47] Auch die Datenbank UNILEX bietet einen systematischen Volltextzugriff auf das UN-Kaufrecht und die UNIDROIT Principles in Verbindung mit dazu ergangenen Urteilen und Schiedssprüchen sowie Literaturhinweisen.[48]

Neben dem so vermittelten Zugriff auf Präjudizien sind als Rechtsquellen der Lex Mercatoria insbesondere noch die Incoterms sowie Musterformularverträge der ICC zu erwähnen.[49] Nach traditionellem Verständnis haben Vertragsklauseln zwar nicht selbst den Charakter von Rechtsvorschriften. Aus der Diskussion um Allgemeine Geschäftsbedingungen als „selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft" ist jedoch bekannt, dass Formularverträge, insbesondere wenn sie von unbeteiligten Dritten wir 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 abweichen-

---

[44] Dazu *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993: „Realitätswert haben Strukturen nur dadurch, dass sie zur Verknüpfung kommunikativer Ereignisse verwendet werden; Normen nur dadurch, dass sie, explizit oder implizit, zitiert werden; …" (S. 46).

[45] Am Beispiel der Rechtsprechung des Appelate Body der WTO *Cass*, The 'Constitutionalization' of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade, 12 European Journal of International Law (2001) 39 ff.

[46] *Calliess*, Reflexive Transnational Law, ZfRSoz 2002, 185 ff.

[47] Siehe www.tldb.de

[48] Siehe www.unilex.info

[49] Siehe http://www.iccwbo.org/incoterms/understanding.asp

des vereinbaren; tun sie dies aber nicht, so gilt automatisch die in den Musterverträgen vorgesehene Regelung.[50]

Schließlich sind die UNIDROIT und Lando-Principles zu erwähnen. Beide Texte 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 diesbezüglich 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. Im Gegensatz zum erwähnten Modellgesetz zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit von 1985, dass zwar ebenfalls von einer Expertenkommission ausgearbeitet wurde, aber von UNCITRAL formal als zur Umsetzung durch die Nationalstaaten empfohlen wurde, sind die UNIDROIT Principles unter völkerrechtlichem Gesichtspunkt völlig irrelevant und deshalb ebenso wie die Lando-Principles als Privatkodifikation einzustufen.[51]

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 einer unmittelbaren Anwendung vergleichbar einem Gesetzestext zugänglich sind.[52] 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).

3. Verrechtlichung und Konstitutionalisierung der Lex Mercatoria

Festzuhalten ist, dass sich die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit durch ein hohes Maß an Verrechtlichung auszeichnet.[53] Bezüglich der Vollstreckbarkeit sind Schiedssprüche den Urteilen staatlicher Zivilgerichte gleichgestellt. Bezüglich der Unabhängigkeit der Spruchkörper sowie der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens finden sich detaillierte Regelungen in den staatlichen Schiedsgesetzen, die sich aufgrund des UNCITRAL Modellgesetzes auf globaler Ebene zunehmend annähern. Die Einhaltung der Grundanforderungen an die Fairness des Verfahrens wird auf globaler Ebene sichergestellt, indem das New Yorker UN-Übereinkommen von 1958 die Beachtung dieser Mindeststandards zur Voraussetzung der staatlichen Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen macht. Schiedsinstitutionen wie die

---

[50] *Garro*, Rule-Setting by Private Organizations, in: Fletcher/Mistelis/Cremona (ed.), Foundations and Perspectives of International Trade Law, 2001, 310 ff.

[51] *Berger*, Einheitliche Rechtsstrukturen durch außergesetzliche Rechtsvereinheitlichung, JZ 1999, S. 369 ff.

[52] *Drobnig*, Vereinheitlichung von Zivilrecht durch soft law, in: Basedow (Hrsg.), 75 Jahre MPI Privatrecht, S. 745 ff.

[53] Für die hier verwendeten Begriffe von Verrechtlichung und Konstitutionalisierung vgl. *Zangl/Zürn*, in: dies. (Hrsg.), Verrechtlichung - Baustein für Global Governance?, 2004.

ICC überwachen die Einhaltung dieser Regeln bezüglich unter ihrem Dach ergangener Schiedssprüche deshalb aus Eigeninteresse an der Vollstreckbarkeit der Titel. Im übrigen zeichnet sich die internationale Schiedsgerichtsbarkeit 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 wird, sondern Inländer auch aus wirtschaftspolitischen Erwägungen bevorzugt werden könnten.[54] Ein Grund für den Erfolg der Schiedsgerichtsbarkeit ist damit ihre potentiell *größere Neutralität* bei grenzüberschreitenden Sachverhalten.

Das Problem der Lex Mercatoria bestand demgegenüber lange Zeit in einer unzureichenden Verrechtlichung auf der *Normebene*. Schiedssprüche als Referenzmaterial waren nur in wenigen Fällen veröffentlicht und sehr schwer zugänglich, der Inhalt allgemeiner Rechtsprinzipien blieb lange Zeit unklar, man hielt Schiedsgerichte mit der Durchführung von funktional rechtsvergleichenden Studien zwecks Herausarbeitung solcher Grundsätze im Einzelfall zu recht für überfordert.[55] Nach den ersten 25 Jahren der Diskussion über die neue Lex Mercatoria zählte Lord Mustill gerade einmal 20 relativ vage Regeln zum in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit anerkannten Bestand.[56] Ein wahre Revolution erfolgte demgegenüber in den neunziger Jahren 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 70 Schiedssprüche und sogar 18 Urteile staatlicher Gerichte im Volltext veröffentlicht, die die UNIDROIT Principles als geltendes Recht anwenden oder jedenfalls bei der Auslegung von nationalen, supra- und internationalen Rechtsvorschriften und von Verträgen in Bezug nehmen.[57]

Die Legitimität der Privatkodifikationen 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,

---

[54] *Geimer*, IZPR, 2001, S. 296; *Mankowski*, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts, 2002, S. 118 ff., spricht diesbezüglich vom schamhaft verschwiegenen „Rechts-Chauvinismus“ staatlicher Gerichte (S. 123).

[55] *Berger*, The Creeping Codification of Lex Mercatoria, 1999, S. 61 ff.

[56] *Mustill*, The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years, Arbitration International 1988, 86 ff., 114.

[57] Siehe www.unilex.info (August 2004).

ihren Vertrag dem Recht Englands als neutralem Drittstaat zu unterstellen,[58] obwohl beide Parteien in England nicht wahlberechtigt sind und deshalb keine demokratische Legitimationskette besteht, so besteht unter diesem Gesichtspunkt kein qualitativer Unterschied zur Vereinbarung der Geltung einer nicht-staatlichen Rechtsordnung kraft Parteiautonomie.

Die Konstitutionalisierung der Lex Mercatoria in Bezug auf die Einbindung in das (inter-) nationale Recht ist im UNCITRAL-Modellgesetz (bzw. den nationalen Schiedsgesetzen) in Verbindung mit dem New Yorker UN-Übereinkommen von 1958 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 ordentlichen 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. Da ein dem New Yorker UN-Übereinkommen von 1958 entsprechendes völkerrechtliches Instrument in Bezug auf die Anerkennung und Vollstreckung staatlicher Zivilgerichtsurteile nicht existiert, ist die Schiedsgerichtsbarkeit diesbezüglich besser konstitutionalisiert.

Was schließlich die Bindung der Lex Mercatoria an fundamentale Grundwerte wie etwa die universellen Menschenrechte betrifft, so ist schon für das staatliche Privatrecht weitgehend umstritten, in welcher Form die Grundrechte ihre Kraft zwischen Privaten entfalten.[59] Das in den UNIDROIT-Principles niedergelegte allgemeine Vertragsrecht ist allerdings bereits für sich ein besonders reiner Ausdruck der in den Menschenrechtserklärungen kodifizierten Werte der Aufklärung, nämlich Freiheit und Gleichheit. In nationalstaatlichen Verfassungen niedergelegte Grundrechtskataloge spezifizieren diese allgemeinen Freiheits- und Gleichheitsrechte für einen bestimmten Kontext. Eine direkte Eins-zu-Eins-Übertragung aus dem nationalstaatlichen Kontext auf globale Zivilregimes führt freilich in die Irre.[60] Die auch nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nur hinter dem positiven Verfassungsrecht stehende „objektive Werteordnung“ ist freilich in einer abstrakteren, vom Bürger-Staat-Verhältnis abstrahierenden Fassung auch Bestandteil der Lex Mercatoria, weil diese im Ausgangspunkt auf der Geltung und Anerkennung von 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 inter- und supranational zwingendem Recht) sowie die Rücksichtnahme auf Interessen des Vertragspartners (Art 1.7: „Good faith and fair dealing“) konkretisiert. Der Inhalt von Generalklauseln wie

---

[58] *Sandrock*, Die Vereinbarung eines „neutralen“ internationalen Gerichtsstands, 1997

[59] Umfassend *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, 2001; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001.

[60] *Teubner*, Globale Zivilverfassungen, ZaöRV 2003, 1 ff.

„truly international public policy“[61] oder dem „Prinzip der Rücksichtnahme und Fairness“[62] ist dabei zwar denkbar abstrakt. Gleiches gilt aber auch für die Grundrechte, in die das Bundesverfassungsgericht in den vergangenen Jahren zunehmend Maßstäbe für das Privatrecht hineininterpretiert hat.[63] Über die in den Prinzipienkatalogen enthaltenen Generalklauseln ist in gleicher Weise auch die Lex Mercatoria offen für den Einfluss von Grundwerten.

II. Transnationales Markenrecht: ICANN's UDRP

Die Internet Corporation for Assigned Names and Numbers ("ICANN") ist eine gemeinnützige juristische Person des Privatrechts, die unter anderem für die Verwaltung des globalen Adressierungssystems für das Internet („Domain Name System“) verantwortlich ist.[64] Domain-Namen sind die nutzerfreundliche Form der numerischen Internet Protokoll Adressen (IP-Nummern), die einem mit dem Internet verbundenen Rechner zugewiesen werden. Mit der Kommerzialisierung des Internet entwickelten diese auch eine Bedeutung als Erkennungszeichen im Geschäftsverkehr, woraus sich Konflikte mit Rechten an Marken, Firmen, Namen und anderen geschützten Bezeichnungen ergeben konnten. Streitigkeiten um Domain-Namen entstanden vornehmlich aufgrund der Praxis des "Cybersquatting“, d.h. aus der Registrierung von Markennamen als Domain-Namen durch unberechtigte Dritte. „Cybersquatter" nutzen das "first-come, first-served"-Verfahren bei der Registrierung von Domain-Namen aus, um diese meistbietend zu versteigern oder dem betroffenen Unternehmen zum Kauf zu Preisen weit jenseits der Registrierungskosten anzubieten.[65]

---

[61] *Voser*, Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration, 7 Am.Rev.Int.Arb. (1996) 319, 349 f.

[62] Zu diesem Prinzip und seiner Integration in die Lando-Principles vgl. *Lurger*, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der EU, 2002, S. 360 ff., 376 ff.; vgl. auch *Wolf*, Willensmängel und sonstige Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit in einem europäischen Vertragsrecht, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 2000, S. 85 ff.; zu den Grenzen *Micklitz*, Verbraucherschutz in den Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, ZvglRWiss 2004, 88 ff., 101 f.

[63] Vgl. dazu *Diederichsen*, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht, AcP 1998, 171 ff.; *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts, AcP 2000, 273 ff.; zu den neueren Ehevertragsentscheidungen des BverfG vgl. *Zumbansen*, Public Values, Private Contracts, and the Colliding Worlds of Family and Market, 11 Feminist Legal Studies (2003), 73 ff.

[64] Zur Entstehungsgeschichte ausführlich *Hutter*, Global Regulation of the Internet Domain Name System: Five Lessons from the ICANN Case, in: *Ladeur* (Hrsg.), Innovationsoffene Regulierung des Internet, 2003, S. 39 ff.; vgl. auch *Bernstorff*, Democratic Global Internet Regulation? Governance Networks, International Law and the Shadow of Hegemony, European Law Journal Vol. 9 No. 4 (2003), 511 ff.

[65] Dazu und zu den verbundenen Problemen der Rechtsdurchsetzung *Efroni*, A Barcelona.com Analysis: Towards a Better Model for Adjudication of International Domain Name Disputes, 14 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. (2003) 29, 31 ff.

Problematisch ist „Cybersquatting“ aus verschiedenen Gründen. Den Vergabestellen von Domain-Namen ist eine präventive Überprüfung der Berechtigung eines Antragstellers angesichts der Masse der zu bearbeitenden Fälle kaum zumutbar, weshalb Domain-Namen nach dem Prioritätsprinzip vergeben werden. Für einen Markeninhaber ist das Vorgehen gegen einen „Cybersquatter“ im Wege des staatlichen Rechtsschutzes extrem kompliziert und langwierig.[66] Schon innerhalb eines nationalen Rechtssystems ist zweifelhaft, ob dem Rechtsinhaber gegen den Domain-Inhaber nur ein Anspruch auf Unterlassung oder auch ein Anspruch auf Übertragung der Domain zusteht.[67] Da das Internet ein globales Medium ist und ein Domain-Name daher Zugang zu einem globalen Publikum verschafft, ist häufig unklar, welche Gerichte zuständig sind, welches Recht anwendbar ist und ob ein Urteil vollstreckbar sein wird.[68] Insbesondere wenn sich ein „Cybersquatter“ einer Offshore-Jurisdiktion bedient, ist staatlicher Rechtsschutz praktisch nicht erhältlich. Unklar ist auch, ob der Markeninhaber direkt gegen die Vergabestelle vorgehen kann. Kurzum: die Tatsache, dass im internationalen Rechtssystem kein effektiver Rechtsschutz geboten wird, verbessert die Verhandlungsposition der „Cybersquatter“ beim Verkauf von Domain-Namen.

Auf Vorschlag der U.S.-Regierung[69] hat die World Intellectual Property Organization (WIPO) 1998 einen umfangreichen internationalen Konsultationsprozess zu den Auswirkungen des Domain-Namen Systems auf den Schutz von geistigem Eigentum durchgeführt, wobei die Errichtung eines schnellen, effektiven und kostengünstigen Streitschlichtungsverfahrens im Vordergrund stand.[70] Während in einem Zwischenbericht ein Schiedsgerichtsverfahren für alle aus der Registrierung von Domain-Namen entstehenden Immaterialgüterrechtsstreitigkeiten erwogen wurde, sah der Abschlussbericht die Durchführung eines obligatorischen Verwaltungsverfahrens („mandatory administrative procedure“) vor, welches auf Fälle des Cybersquatting beschränkt sein sollte. Denn dabei handele es sich unzweifelhaft um eine Verletzung von in internationalen Verträgen und nationaler Rechtsprechung enthalten allgemeinen Prinzipien des Markenrechts, worüber auch während des Konsultationsprozesses Konsens bestanden habe.[71] Streitigkeiten außerhalb von Markenrechtsfragen wurden demgegenüber ausgeklammert, da der Schutz der Firma (trade names), von geographischen Gebietsbezeichnungen oder Persönlichkeitsrechten international nicht hinreichend harmonisiert sei. Auch ein zweiter Bericht der

---

[66] Vgl. die Darstellung bei *Viefhues*, in: Hoeren/Sieber, Handbuch MultiMediaRecht, Teil 6.1 „Kennzeichenrecht“, El 4 11/2002, insbes. R. 300 ff. zur Rechtsdurchsetzung.

[67] Zum deutschen Recht *Becker*, Recht-Fertigung im Internet, in Joerges/Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht, 2003, S. 271 ff.

[68] Vgl. dazu *Kur*, Territorialität versus Globalität – Kennzeichenkonflikte im Internet, WRP 2000, 935 ff.; *Bainbridge*, Trademark Infringement, the Internet and Jurisdiction, 2003 (1) JILT.

[69] Vgl. das U.S. Department of Commerce “White Paper” vom 5 Juni 1998: www.icann.org/general/white-paper-05jun98.htm.

[70] Siehe den Abschlussbericht zum First WIPO Internet Domaine Name Process: http://arbiter.wipo.int/processes.

[71] Siehe First WIPO Report, RndNr. 174.

WIPO führte im Ergebnis nicht zu einem Konsens über die Erstreckung des Verwaltungsverfahrens auf andere Gebiete.[72]

Als Ergebnis des ersten WIPO-Berichts hat ICANN 1999 die "Uniform Dispute Resolution Policy" (UDRP) verabschiedet.[73] ICANN hat das exklusive Recht, Firmen als Registrierstellen für die allgemein zugänglichen generic Top-Level-Domains (".com", ".org", ".net" etc.) zu akkreditiern. ICANN verlangt von diesen Firmen, die UDRP als Allgemeine Geschäftsbedingung in deren Verträge mit den Inhabern von Domain-Namen zu inkorporieren.[74] Die UDRP sieht vor, dass die Registrierstelle einen Domain-Namen löscht oder an einen Dritten („Beschwerdeführer") überträgt, wenn dies von einem "Administrative Panel" einer von ICANN akkreditierten Streitschlichtungsinstitution angeordnet wird und der registrierte Inhaber des Domain-Namens ("Beschwerdegegner") nicht innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt der Panel-Entscheidung eine Klage gegen den Dritten vor einem staatlichen Gericht anhängig macht. Das Panel ordnet eine Übertragung eines Domain-Namens an, wenn der Beschwerdeführer in dem Verwaltungsverfahren nachweist, dass: (1.) Der streitgegenständliche Domain-Name mit einer Marke, an der der Beschwerdeführer Rechte hat, identisch oder dieser zum Verwechseln ähnlich ist; und (2.) der Beschwerdegegner keine Rechte oder legitimen Interessen an dem Domain-Namen hat; und (3.) der Domain-Name bösgläubig registriert und genutzt wird (§ 4 UDRP).[75]

Die ICANN-Regeln für die UDRP ("Rules")[76] sehen ein beschleunigtes Verfahren vor. Das Panel entscheidet grundsätzlich im schriftlichen Verfahren auf der Grundlage der eingereichten Dokumente (Rule 15 a). Sofern der Gegner nicht innerhalb von 20 Tagen nach Erhalt der Beschwerde Stellung nimmt, ergeht ein Versäumnisurteil (Rules 5 a, e, 4 c, und 14 a), wobei eine Zustellung an die bei der Registrierstelle angegebene Post- und E-Mail-Adressen ausreicht (Rule 2). Die Zulassung von Replik und Duplik steht im freien Ermessen des Panels (Rule 12) und mündliche Anhörungen einschließlich Telefon, Video- oder Webkonferenzen werden vom Panel nur in Ausnahmefällen durchgeführt (Rule 13). Darüber hinaus können die akkreditierten Streitschlichtungsinstitutionen in ihren ergänzenden Verfahrensregeln Höchstgrenzen für bestimmte Teile der Beschwerde und der

---

[72] Der Abschlussbericht zum Second WIPO Domain Name Process fordert die internationale Staatengemeinschaft auf, einen politischen Konsens über Art und Ausmaß des Schutzes anderer Rechte herbeizuführen, bevor diese in die UDRP integriert werden können. Der Bericht sowie die von den Mitgliedstaaten der WIPO angenommenen Empfehlungen sind erhältlich unter: http://arbiter.wipo.int/processes

[73] Die UDRP ist erhältlich unter: www.icann.org/dndr/udrp/policy.htm; einführend zur UDRP vgl. *Bettinger*, in: Hoeren/Sieber, Handbuch MultiMediaRecht, Teil 6.2 El 5 (Mai 2003).

[74] Vgl. die ausführliche Darstellung zur rechtlichen Organisation und Entstehungsgeschichte bei *Hestermeyer*, The Invalidity of ICANN's UDRP Under National Law, Minn. Intell. Prop. Rev. Vol. 3 No. 1 (2002), S. 6 ff.; die UDRP wird zudem von einer Reihe von „country code Top Level Domains" verwendet, vgl. die Übersicht in der UDRP Reference Library: http://cyber.law.harvard.edu/udrp/library.html.

[75] Siehe § 4 a UDRP, wobei die Merkmale 2 und 3 in § 4 b und c erläutert werden.

[76] Siehe: www.icann.org/dndr/udrp/uniform-rules.htm.

Antwort vorsehen, im Falle des WIPO Arbitration Center als führendem Streitschlichter im Rahmen der UDRP sind das fünftausend Worte.[77]

Nach gut vier Jahren Erfahrung wird der UDRP allgemein ein überwältigender Erfolg attestiert. Das gilt jedenfalls im Hinblick auf die Zahl der entschiedenen Fälle sowie die im Ergebnis angeordneten Übertragungen von Domain-Namen, also vornehmlich für die Inhaber von Markenrechten, die das Angebot dankbar angenommen haben, weil es im Vergleich zur hochkomplexen multijurisdiktionellen Rechtsverfolgung vor staatlichen Gerichten wesentlich effizienter ist.[78] Freilich ist die UDRP auch auf Kritik gestoßen: das extrem beschleunigte Verfahren sei mit dem rechtsstaatlichen Gebot der Verfahrensfairness unvereinbar,[79] Forum Shopping zwischen den akkreditierten Streitschlichtern führe zu einem Wettbewerb um Beschwerden und damit zu parteilichen Entscheidungen,[80] der beschränkte Anwendungsbereich des Verfahrens bevorzuge Markenrechtsinhaber vor anderen legitimen Interessen, etc.[81] Vorliegend interessiert die ICANN UDRP allerdings vornehmlich unter dem Gesichtspunkt der Funktionsweise transnationaler Zivilregimes, also im Hinblick auf Art und Ausmaß der *Verrechtlichung* von Normsetzung, Rechtsprechung und Vollstreckung sowie der *Konstitutionalisierung* im Sinne der formalen (Kollisionsregeln) und materialen (Bindung an Grundwerte) Einbindung in ein Weltrechtssystem.

---

[77] Siehe § 10 der WIPO Arbitration and Mediation Center Supplemental Rules: http://arbiter.wipo.int/domains/rules/supplemental.html.

[78] Vgl. nur *Kur*, UDRP, A Study by the Max-Planck-Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, Munich. et. al, 2002, S. 4 et passim. Das WIPO Arbitration and Mediation Center als führender Dispute Resolution Service Provider unter der UDRP hat per August 2004 insgesamt über 6400 Fälle entschieden, wobei die Tendenz rückläufig ist (2000 = 1857; 2003 = 1100), in zwei Drittel aller Fälle wurde die Domain übertragen, ein Drittel der Beschwerden abgelehnt bzw. zurückgenommen (http://arbiter.wipo.int/domains/statistics/cumulative/results.html). Insgesamt wurden per 10. Mai 2004 über 9500 Verfahren eingeleitet, von denen 7790 durch Panel-Entscheidungen erledigt wurden: http://www.icann.org/udrp/proceedings-stat.htm.

[79] *Donahey*, The UDRP and the Absence of the Rule of Law, 4 Journal of Internet Law (2000) 15; *Thornburg*, Fast, Cheap, and out of Control: Lessons from the ICANN Dispute Resolution Process, 6 J. Small & Emerging Bus. L. (2002) 191; *Froomkin*, ICANN's "Uniform Dispute Resolution Policy". Causes and (Partial) Cures, 67 Brooklyn L. Rev. (2002) 605.

[80] *Mueller*, Rough Justice, An Analysis of ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy; *Geist*, Fair.com?: An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN UDRP, 2001; *Geist*, Fundamentally Fair.com? An update on bias allegations and the ICANN UDRP, 2002; kritisch dazu die Stellungnahmen der International Trademark Association: http://www.inta.org/downloads/tap_udrp_2paper2002.pdf.

[81] Vgl. *Hancock*, An Assessment of ICANN's Mandatory Uniform Dispute Resolution Policy in Resolving Disputes Over Domain Names, JILT 2001 (3); *White*, ICANN's Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy In Action, 16 Berkeley Tech. L.J. (2001) 229; *Lehmkuhl*, The Resolution of Domain Names vs. Trademark Conflicts: A Case Study on the Regulation Beyond the Nation State, and Related Problems, ZfRSoz 2002, S. 61 ff.; *Helfer*, Whither the UDRP: Autonomous, Americanized or Cosmopolitan?, WP 2003.

1. Verrechtlichung der UDRP

Auffällig ist dabei zunächst, dass das ICANN Domain Namen System mit der weltweiten Verwaltung der Namen und Nummern im Cyberspace in materieller Hinsicht eine globale öffentliche Aufgabe wahrnimmt, sich formal jedoch völlig außerhalb der traditionellen rechtlichen Organisationsformen bewegt. Die Verwaltung des globalen Namensraums wurde nicht einer durch Staatsvertrag gegründeten internationalen Organisation wie der ITU übertragen, sondern von einer juristischen Person des kalifornischen Privatrechts übernommen, deren Statuten im Sinne des Global Governance Konzepts eine Beteiligung der betroffenen Kreise vorsehen.[82] Die Regulierungsmacht von ICANN beruht nicht auf dem staatlichen Gewaltmonopol, sondern auf der Kontrolle über den sog. A-Root-Server, dessen monopolartiger Charakter im Sinne der „essential facilities"-doctrine wiederum auf dem *rough consensus* der Admistratoren bzw. Eigentümer der Netze des Internet beruht, diesen Server als A-Root zu nutzen. Das die Interoprabilität der Netze garantierende Monopol wird zwar durch extreme Netzwerkeffekte gestützt (*lock-in*), ist aber keinesfalls unangreifbar: erfüllt ICANN die Bedürfnisse der Internetgemeinde nicht oder würden die USA z.B. im Wege von kartellrechtlichen Aufsichtsmaßnahmen unilateral in die ICANN-Politik intervenieren, so genügte eine Koalition verschiedener staatlicher und kommerzieller Netzbetreiber, um ein alternatives System zu etablieren.[83]

In gleicher Weise fügt sich auch die UDRP nicht in die klassischen Organisationsformen privater Streitschlichtung ein. Denn die „Administrative Procedure" ist weder ein Schiedsverfahren, welches auf dem Konsens der Streitparteien beruhend den Zugang zu den staatlichen Gerichten ausschließen würde, noch ein unverbindliches Mediationsverfahren zur einvernehmlichen Streitschlichtung. Zivilrechtlich betrachtet ist die UDRP vielmehr ein untypischer Vertrag zu Gunsten eines unbestimmten Dritten in Form einer allgemeinen Geschäftsbedingung, nach welcher sich die Registrierstelle im Dauerschuldverhältnis zu ihren Kunden als Nutzern von Domain-Namen ein Sonderkündigungsrecht für den Fall vorbehält, dass eine unabhängige Instanz in einer Art summarischen Eilverfahren feststellt, dass der Kunde durch die Registrierung des Domain-Namens in bösgläubiger Weise ein Markenrecht des Dritten verletzt.[84] Ob der Registrierstelle durch die UDRP lediglich ein Kündigungsrecht gegenüber dem Altkunden eingeräumt wird (unechter Vertrag zu Gunsten Dritter), oder ob dem Dritten auch ein klagbarer vertraglicher Anspruch auf Übertragung des Domain-Namens und damit auf Abschluss eines entsprechen-

---

[82] Articles of Incorporation und Bylaws von ICANN sind erhältlich unter: http://www.icann.org/general/corporate.html

[83] Vgl. *Hutter*, Global Regulation of the Internet Domain Name System: Five Lessons from the ICANN Case, in: *Ladeur* (Hrsg.), Innovationsoffene Regulierung des Internet, 2003, S. 39, 49 ff.; siehe auch *Struve/Wagner*, Realspace Sovereigns in Cyberspace: Problems with the Anticybersquatting Consumer Protection Act, 17 Berkeley Tech. L.J. (2002) 989, 1031 ff., zu den Möglichkeiten, das DNS-System insbesondere durch alternative A-Root-Server zu fragmentieren.

[84] Im Ergebnis ebenso, wenn auch zivilrechtsdogmatisch etwas unpräzise *Hestermeyer*, The Invalidity of ICANN's UDRP Under National Law, 3 Minn. Intell. Prop. Rev. (2002).

den Registrierstellenvertrages eingraümt wird (echter Vertrag zu Gunsten Dritter) mag dabei offen bleiben. Für letztere Lösung spricht die Motivation der Registrierstelle, die mit der UDRP verhindern will, dass sie selbst von dem Dritten gerichtlich wegen einer Markenrechtsverletzung in Anspruch genommen wird.[85]

Kompliziert wird die Frage nach der Rechtsnatur freilich durch die Tatsache, dass die Registrierstelle die UDRP nicht freiwillig in den Vertrag aufnimmt, sondern hierzu durch einen vom Monopolisten ICANN diktierten Vertrag verpflichtet wird.[86] Nimmt man hinzu, dass die Einbeziehung der UDRP in die AGB der Registrierstellen zwecks Wahrung der Einheitlichkeit des von ICANN geschaffenen *Vertragsverbunds*[87] lediglich in Form einer dynamischen Verweisung stattfindet, so dürfte darin selbst dann keine gültige Schiedsklausel i.S.v. Art. 2 UNÜ bzw. § 1031 ZPO zu sehen sein, wenn die UDRP den Weg zu den staatlichen Gerichten ausschließen würde. Jedenfalls im Geltungsbereich der EG-Klauselrichtlinie (93/13/EWG) wäre eine solche AGB-Klausel weder mit dem Transparenzgebot vereinbar noch würde sie der Inhaltskontrolle standhalten, insofern Klauseln, die das Klagerecht eines Verbrauchers durch exklusiven Verweis auf ein alternatives Streitschlichtungssystem vorsehen, welches nicht den Anforderungen der Schiedsgesetze entspricht, nach Nr. 1 q) des Anhangs zu Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie unwirksam sind. Aufgrund dieser Bedenken gegen die Wirksamkeit von Schiedsklauseln ist die UDRP absichtlich nicht als Schiedsverfahren ausgestaltet worden und nimmt dementsprechend nicht an den Vorteilen der gegenseitigen Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen nach dem UNÜ teil.[88]

a) Vollstreckbarkeit

Die fehlende Rechtskraft und staatliche Vollstreckbarkeit von Panel-Entscheidungen führen freilich nicht dazu, dass sich die UDRP nicht als Rechtsverfahren qualifiziert. Denn auch Urteile staatlicher Gerichte werden grundsätzlich nur innerhalb der territorialen Grenzen ihrer Jurisdiktion rechtskräftig, während die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile mangels eines internationalen Abkommens nur unter vielfältigen Vorbehalten im Wege des freundlichen Entgegenkommens stattfindet. Die Rechtsfolgen von Panel-Entscheidungen nach der UDRP sind *einerseits*

---

[85] Gem. Rule 3 b) (xiv) der UDRP-Rules (FN 76) muss der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift erklären, dass er ausschließlich Ansprüche gegen den Beschwerdegegner geltend macht und auf alle denkbaren Ansprüche gegen den UDRP-Vertragsverbund (ICANN, die Registrierstellen, die Streitschlichtungsstellen etc.) verzichtet.

[86] Zu den kartellrechtlichen Implikationen vgl. *Froomkin/Lemley*, ICANN and Antitrust (November 2001). UC Berkeley Public Law Research Paper No. 73, S. 46 ff. Die Verwaltungsstelle für die deutsche „country code Top Level Domain" „.de", die DENIC eG (www.denic.de) wurde bereits als marktbeherrschender Anbieter i.S.v. § 20 GWB qualifiziert: vgl. OLG Frankfurt, WRP 2000, S. 214 f.

[87] Zu diesem Begriff *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund, 2004.

[88] First Report der WIPO (FN 70) RndNr. 138 ff., 159; nicht ganz verständlich deshalb die Bedenken von *Hestermeyer*, The Invalidity of ICANN's UDRP Under National Law, 3 Minn. Intell. Prop. Rev. (2002).

auf die Löschung und Übertragung eines Domain-Namens beschränkt worden, so dass diese im durch Vertragsverbund geschaffenen Netzwerk der Registrierstellen sowohl zivilrechtlich (Kündigung) als auch faktisch (Löschung im elektronischen Register) ohne staatliche Hilfe vollstreckt werden können. Auf ohne staatliche Hilfe kaum durchsetzbare Schadensersatzansprüche oder einen Kostenerstattungsanspruch des obsiegenden Beschwerdeführers wurde demgegenüber bewusst verzichtet.[89] Die Vollstreckbarkeit von Panel-Entscheidungen wird folglich durch Beschränkung auf die Anordnung von Rechtsfolgen erreicht, die innerhalb des die UDRP konstituierenden Vertragsverbundes als von den Streitparteien unabhängigen Dritten beherrschbar sind (*self-enforcing arrangement*).

Andererseits können Panel-Entscheidungen zwar vor staatlichen Gerichten in Frage gestellt werden, in der Praxis kommt das allerdings eher selten vor.[90] Dafür mag es unterschiedliche Gründe geben. Viele Beschwerdegegner verteidigen sich schon im Rahmen des UDRP-Verfahrens nicht, so dass Säumnisentscheidungen ergehen. Da die UDRP bewusst eine sehr enge Definition des „Cyberssquatting“ als Voraussetzung der Übertragung eines Domain-Namens enthält, ist in den offensichtlich rechtswidrigen Fällen auch nicht zu erwarten, dass staatliche Gerichte abweichend entscheiden würden. Weil die UDRP im Ergebnis das Prozessrisiko umkehrt, gilt für den unterlegenen Beschwerdeführer zudem was vorher für den Markeninhaber galt: die Kosten und rechtlichen Unwägbarkeiten eines Vorgehens in einem multijurisdiktionellen Umfeld stehen in keinem vernünftigen Verhältnis zum Wert des streitigen Domain-Namens. Darüber hinaus gibt es in den nationalen Rechtsordnungen mit Ausnahme der USA keine ausdrückliche Regelung für Klagen eines im UDRP-Verfahren unterlegenen Beschwerdegegners gegen den obsiegenden Beschwerdeführer[91] und die in der UDRP vorgesehene Frist von 10 Tagen ist zur Vorbereitung einer solchen Klage extrem kurz. Damit stehen die UDRP-Entscheidungen den normativ verbindlichen Schiedssprüchen *faktisch* gleich.[92]

---

[89] Siehe den First Report der WIPO (FN 70) RndNr. 182 ff., 183 (zur Ablehnung von Schadensersatzansprüchen). Während der WIPO-Report jedoch noch eine Kompetenz zur Kostenverteilung für das Panel befürwortete (a.a.O. RndNr.dNr. 186-188) hat ICANN in den UDRP Rules (FN 76) folgende Regelung vorgenommen: Gem. Rule 6 b) Satz 2 und c) Satz 2 trägt der Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens. Gem. Rule 6 c) Satz werden die Kosten nur dann geteilt, wenn auf Verlangen des Beschwerdegegners ein Panel mit drei Mitgliedern entscheidet. Denn nur in diesem Fall kann das Verfahren von einer freiwilligen Zahlung des Beschwerdegegners abhängig gemacht werden (Rule 19), insofern im Falle der Nichtzahlung ein einzelner Panelist entscheidet (Rule 5 c).

[90] Nachweise zu angefochtenen Panel-Entscheidungen finden sich unter www.udrplaw.net sowie auf der Seite des WIPO Arbitration Center http://arbiter.wipo.int/domains/challenged/index.html. Aus diesen Listen ergibt sich eine statistische Berufungsrate von ca. 1% (ca. 70 von über 7000 Panel-Entscheidungen): vgl. *Helfer*, Whither the UDRP: Autonomous, Americanized or Cosmopolitan?, WP 2003, S. 2 mit FN 6. Freilich sind die Appeal-Listen nicht zuverlässig..

[91] *Helfer*, Whither the UDRP, WP 2003, S. 4, der die einschlägigen Vorschriften des US Anticybersquatting Consumer Protection Act (ACPA) als Grund dafür sieht, dass ca. 80% der bekannten UDRP-Appeal Verfahren vor US-Gerichten stattfanden.

[92] *Froomkin*, ICANN's "Uniform Dispute Resolution Policy". Causes and (Partial) Cures, 67 Brooklyn L. Rev. (2002) 605, kritisiert das unter “due-process”-Gesichtspunkten mit Schiedsverfahren nicht vergleichbare UDRP-Verfahren im Hinblick auf diese faktische Verbindlichkeit (678 ff.)

b) Rechtsanwendung

Auf der Ebene der Rechtsanwendung zeichnet sich die UDRP durch ein hohes Maß an Verrechtlichung aus. Das gilt nicht nur für das unbegrenzte Klagerecht, sondern auch im Hinblick auf die *Gerichtspflichtigkeit* des Beschwerdegegners. Aufgrund der Inkorporation der UDRP in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Registrierstellen ist die „Administrative Procedure" für jeden Inhaber eines Domain-Namens innerhalb der erfassten Top-Level-Domains obligatorisch. Dies gilt ganz unabhängig davon, ob die UDRP nach nationalem Recht wirksam in den Vertrag einbezogen wurde, weil sich diese Frage einem Panel gar nicht stellt. Nach der UDRP wird das Verfahren vielmehr auch dann durchgeführt, wenn der Beschwerdegegner daran nicht mitwirkt. Insofern steht die UDRP der staatlichen Gerichtsbarkeit näher als der Schiedsgerichtsbarkeit, die einen Beklagten mit der Einwendung der Ungültigkeit der Schiedsklausel hören muss, weil diese Frage auch vor staatlichen Gerichten überprüfbar ist und im Zweifelsfalle zur Nichtvollstreckbarkeit des Schiedsspruches führt. Demgegenüber kann im UDRP-Vertragsverbund eine Panel-Entscheidung auch dann vollzogen werden, wenn der Beschwerdeführer gegen die Einbeziehung der UDRP in seinen Vertrag mit der Registrierstelle Einwendungen erhoben hat. Denn der Weg zu den staatlichen Gerichten steht ohnehin offen, auch wenn die UDRP wirksam einbezogen ist, weshalb die Frage für die Durchführung des Verfahrens unerheblich ist.[93]

Neutralität und *Unabhängigkeit* der Entscheidungen werden in Anlehnung an die Schiedsgerichtsbarkeit durch das Auswahlverfahren der Panelisten gewährleistet, wobei den von ICANN akkreditierten Streitschlichtungsinstitutionen ein großer Einfluss zukommt. Diese halten nicht nur geschlossene Listen von Panelisten bereit, die im Falle der WIPO aus allen Regionen der Welt stammen, verschiedenster Sprachen mächtig sind und als Experten auf dem Gebiet des internationalen Markenrechts ausgewiesen sind,[94] sondern spielen auch eine entscheidende Rolle bei der Ernennung der Panelisten. Im falle eines Panels mit einem Mitglied entscheidet die Streitschlichtungsinstitution allein (UDRP Rule 6 b). Falls eine der Parteien ein Panel mit drei Mitgliedern wünscht, stellt jede Partei eine Liste mit fünf Panelisten auf, aus denen die Streitschlichtungsinstitution einen auswählt. Der dritte Panelist wird aus einer von der Streitschlichtungsinstitution erstellten Liste von fünf Panelisten nach den möglichst übereinstimmenden Präferenzen der Parteien bestimmt (UDRP Rule 6 e). Das Wahlrecht der Streitschlichtungsinstitution soll sicherstellen, dass ein Panelist gefunden wird, der sich zur Übernahme des Verfahrens innerhalb

---

[93] Vgl. aber *Hestermeyer*, The Invalidity of ICANN's UDRP Under National Law, 3 Minn. Intell. Prop. Rev. (2002), dessen Fragestellung am entscheidenden Punkt der UDRP als "self-enforcing arrangement", welches zu seiner Wirksamkeit gerade nicht der staatlichen Anerkennung bedarf, vorbeigeht.

[94] Vgl. http://arbiter.wipo.int/domains/panel/panelists.html; die Behauptung, dass die Panelists überwiegend aus den USA kämen, ist deshalb unrichtig. So aber *Helfer*, Whither the UDRP, WP 2003, S. 6.

des von der UDRP vorgesehenen engen Zeitrahmens bereit findet. Übereinstimmend mit UDRP-Rule 7 müssen die Panelisten vor ihrer Ernennung zudem eine Erklärung über ihre Unabhängigkeit und Unparteilichkeit abgeben und jede Tatsache, die daran Zweifel begründen könnte, gegenüber den Parteien offen legen.[95]

Insbesondere das Alleinwahlrecht der Streitschlichtungsinstitutionen im Falle eines einzelnen Panelisten wurde kritisiert, weil dieses die Möglichkeit eröffne, dass die Streitschlichtungsinstitution solche Panelisten bevorzugt, die häufig zu Gunsten der Beschwerdeführer entscheiden, um so im Wettbewerb der verschiedenen Institutionen möglichst viel Geschäft anzuziehen. In einer statistischen Auswertung per Februar 2002 kam Geist zu dem Ergebnis, dass das National Arbitration Forum (NAF) 56% der mit einem einzelnen Panelisten besetzten Panels durch 6 Personen entscheiden ließ und das Gewinnverhältnis der Beschwerdeführer in diesen Fällen bei 95 % lag.[96] Nicht erklären kann Geist hingegen, warum die 6 aktivsten Einzelpanelisten bei der WIPO nur 17 % der Fälle entschieden, sich das Gewinnverhältnis zwischen WIPO und NAF aber kaum unterscheidet. Unklar bleibt bei dem Forum-Shopping-Vorwurf von Geist auch, warum sich die Marktanteile der Streitschlichtungsinstitutionen vor allem zu Gunsten der WIPO, nicht aber zum Vorteil der kritisierten NAF verschoben haben.[97] Wichtig bleibt die Erkenntnis von Geist, dass bei allen Streitschlichtungsinstitutionen die statistischen Gewinnchancen des Beschwerdeführers deutlich sinken, wenn das Panel mit drei Personen besetzt ist. Deshalb die deutlich billigeren Ein-Personen-Panels abzuschaffen[98] ist aber unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensfairness nicht zwingend, da die Ursachen für diesen Unterschied unklar sind und der Beschwerdegegner nach der UDRP das jedenfalls Recht hat, ein Drei-Personen-Panel zu verlangen, wenn er im Gegenzug die Hälfte der Verfahrenskosten trägt.

Im übrigen ist die Administrative Procedure ein gerichtsähnliches Verfahren, in welchem das Panel auf der Grundlage des schriftlichen Vorbringens von Beschwerdeführer und Beschwerdegegner sowie der von diesen eingereichten Urkunden und Schriftstücke über den Antrag des Beschwerdeführers in Anwendung der UDRP, der Rules sowie von "any rules and principles of law that the panel deems applicable" (Rule 15 a) entscheidet. Jede Panel-Entscheidung wird schriftlich begründet und im Internet veröffentlicht (§ 4 j UDRP).[99] Damit ist die „Administrative Procedure" zwar nicht einem staatlichen Gerichtsverfahren vergleichbar *öffentlich*, freilich ist dies mangels einer mündlichen Verhandlung auch gar nicht möglich. Während

---

[95] Vgl. http://arbiter.wipo.int/domains/panel/statement/statement.doc.

[96] *Geist*, Fundamentally Fair.com? An update on bias allegations and the ICANN UDRP, (http://aix1.uottawa.ca/~geist/fairupdate.pdf), S. 5.; siehe auch FN 80.

[97] Vgl. INTA: http://www.inta.org/downloads/tap_udrp_2paper2002.pdf; vgl. auch *Donahey*, The UDRP - Fundamentally Fair, But Far From Perfect, Vol. 6, No. 34 Electronic Commerce & Law Reports 937 (Aug. 29, 2001).

[98] Vgl. Geist, A Response to INTA's "Rebuttal" of Fair.com

[99] Panel-Entscheidungen des WIPO Arbitration Center sind erhältlich unter: http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/index.html; eine Stichwortsuche in allen UDRP-Entscheidungen bietet ICANN: http://www.icann.org/udrp/udrpdec.htm; Einen systematischen Überblick bietet: www.udrplaw.net.

Urteile staatlicher Gerichte hingegen nur selten und in schwer zugänglichen Fachzeitschriften veröffentlicht werden, bringt die Veröffentlichung der Volltexte sämtlicher UDRP-Entscheidungen im Internet eine den staatlichen Rechtssystemen unbekannte Transparenz in das System, die im Hinblick auf die Kontrollfunktion der Öffentlichkeit zu zumindest äquivalenten Ergebnissen führt. So sind etwa die vielfältigen inhaltlichen und statistischen Auswertungen des UDRP-Verfahrens von Seiten der Rechtswissenschaft und die auf dieser Grundlage geäußerte konstruktive Kritik nur auf der Basis der extrem einfachen Zugänglichkeit der Materialien möglich gewesen.

c) Normsetzung

Die UDRP wurde aufgrund von zwei unter der Schirmmherrschaft der WIPO durchgeführten Konsultationsverfahren entwickelt, an denen sich eine breite Öffentlichkeit von Interessenten aus dem Bereich der Nationalstaaten, internationaler Organisationen, Wirtschaftsverbänden und die Internetgemeinde beteiligten. Neben den schriftlichen Beiträgen führte die WIPO eine Reihe von öffentlichen Konferenzen in verschiedenen Kontinenten durch. Auch die Umsetzung der WIPO-Empfehlungen innerhalb der ICANN erfolgte in dem beschriebenen „Request for Comments"-Verfahren. Die alles entscheidende materielle Anspruchsnorm des § 4 UDRP bezieht ihre Legitimität dabei aus der Tatsache, dass sie – jedenfalls nach Aussage der WIPO – den *Common Core* des nach internationalen Verträgen und nationaler Rechtssprechung verbotenen Unrechts definiert, der auch im Konsultationsprozess einhellig auf Ablehnung gestoßen ist.

Auf den ersten Blick ist der Anwendungsbereich der UDRP damit ausgesprochen schmal, so dass man zögern könnte, den auf die Vollziehung einer einzigen Norm gerichteten UDRP-Vertragsverbund als transnationales Rechts*system* zu bezeichnen. In der Praxis hat sich freilich schnell gezeigt, dass die Anwendung der UDRP-Definition des Cybersquatting hochkomplexe Rechtsfragen involviert, die von den Panels zwar unter Rückgriff auf „allgemeine Rechtsgrundsätze", aber letztlich in autonomer Auslegung der UDRP entschieden werden.[100] Das gilt nicht nur für markenrechtliche Fragen wie die Auslegung des Begriffs von „confusingly similar" oder die Frage, ob auch nicht registrierte "common law trademarks" Ansprüche begründen können, und wie Konflikte zwischen in unterschiedlichen Jurisdiktionen registrierte Marken zu lösen sind.[101] Auch Konflikte mit Menschenrechten wie der Meinungsäußerungsfreiheit spielen eine Rolle, wenn über die Zulässigkeit von einen

---

[100] Vgl. *Teubner/Karavas*, http://www.CompanyNameSucks.com: Drittwirkung der Grundrechte gegenüber „Privaten" im autonomen Recht des Internet?, in: Ladeur (Hrsg.), Innovationsoffene Regulierung des Internet, 2003, 249 ff., die von einer autonomem „lex digitalis" sprechen; unentschieden dagegen *Helfer*, Whither the UDRP: Autonomous, Americanized or Cosmopolitan?, WP 2003, der einen starken Trend zur Amerikanisierung ausmacht.

[101] Siehe den Überblick bei *Hancock* (FN 81), S. 20 ff.; *King*, The "Law That It Deems Applicable": ICANN, Dispute Resolution and the Problem of Cybersquatting, 22 Hastings Communications and Entertainment Law Journal (2000), S. 453 ff.

Markeninhaber parodierenden oder kritisierenden Webseiten zu entscheiden ist.[102] Zwar haben sich die Fallzahlen bei der WIPO von über 1800 im Jahr 2000 auf gut 1000 im Jahr 2003 vermindert, aber dem UDRP-Recht wird der Streitstoff voraussichtlich nicht ausgehen:[103]

Zum einen sind vergleichbare Effekte auch von staatlichen Gesetzen wie etwa dem deutschen Telekommunikationsgesetz her bekannt, ein Abschwellen der ersten Prozessflut kann dabei als Zeichen von erreichter Rechtssicherheit interpretiert werden. *Rechtssicherheit durch Fallrecht* wird im UDRP-System vor allem durch die Online-Veröffentlichung aller Panel-Entscheidungen und die damit verbundene Möglichkeit der Online-Recherche durch sämtliche Präjudizien erleichtert. Obwohl den Panel-Entscheidungen nicht der im Common Law übliche Charakter formaler Verbindlichkeit (*stare decisis*) zukommt, ist es im Rahmen der UDRP allgemein üblich geworden, dass Parteien und Panels vorgängige Entscheidungen zitieren.[104] Während die meisten UDRP-Entscheidungen im so ausgelösten Prozess des Erinnerns und Vergessens in der Bedeutungslosigkeit verschwunden sind, haben sich einige Leitentscheidungen herausgebildet, die die weitere Evolution des Systems bestimmt haben.[105] Deren Wirkung besteht dem deutschen Recht vergleichbar lediglich in einer Argumentationslastumkehr, die allerdings nicht im Instanzenzug gesichert wird, weshalb zwecks Sicherstellung der Konsistenz des Entscheidens vielfach die Einführung eines UDRP Appellate Panel gefordert wird.[106]

Zum anderen entwickelt die UDRP aber auch den für alle Rechtssysteme typischen „Normenhunger", der an der Eigenlogik festgemacht werden kann, mit der Recht als autopoietisches Kommunikationssystem zur fortschreitenden Verrechtlichung gesellschaftlicher Konflikte durch Ausdehnung seiner sachlichen, örtlichen und personellen Jurisdiktion sowie durch Ausdifferenzierung und Ausbau der Rege-

---

[102] *Katz/Carnahan*, Battling the "CompanyNameSucks.com" cyberactivists, 13 Intellectual Property & Technology Law Journal (2001), 1 ff.; ausführlich *Teubner/Karavas* (FN 100) S. 263 ff. m.w.N. in FN 29

[103] Die WIPO führt dies unter anderem auf die anhaltene Vermehrung von Domains zurück, die in ihre Zuständigkeit fallen. Neben neuen generic TLDs gehören dazu inzwischen auch 36 country code TLDs: vgl. die Presseerklärung der WIPO vom 27.01.2004: http://www.wipo.int/edocs/prdocs/en/2004/wipo_upd_2004_217.html.

[104] *Levy*, Precedent and Other Problems with ICANN's UDRP Procedure, The Domain Name Law Reporter, 2001; *Hancock* (FN 81) S. 21. Die WIPO Panel-Entscheidungen verweisen sogar durch Hyperlinks, so dass dem Leser eine unmittelbare Überprüfung möglich ist.

[105] Vgl. etwa den „Rechtsprechungsbericht" von *Bettinger*, Online-Schiedsgerichte für Domainnamensstreitigkeiten: Eine Bestandsaufnahme der ersten 1000 Schiedsentscheidungen seit Inkrafttreten der Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, WRP 2000, 1109 ff.

[106] *Donahey*, A Proposal for an Appellate Panel for the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, 18 Journal of International Arbitration (2001), 131; *Helfer/ Dinwoodie*, Designing Non-National Systems: The Case of the Uniform Donaim Name Dispute Resolution Policy, 43 William and Mary Law Review (2001), 141-273, 250 ff.; vgl. zum Stand der Reformdebatte innerhalb der ICANN *Brannigan*, The UDRP: How Do You Spell Success? Digital Technology Law Journal Vol. 5 No. 1 (2004).

lungstiefe tendiert.[107] Beeindruckendes Beispiel für die "richterliche Rechtsfortbildung" innerhalb der UDRP ist etwa die Freizügigkeit, mit der viele Panels über die im ersten WIPO Konsultationsprozess mangels eines gemeinsamen Kerns an Rechtsprinzipien ausdrücklich vom Anwendungsbereich der UDRP ausgeklammerten Fragen der nicht markenrechtlich geschützten Namensrechte entschieden haben. So wurden aufgrund extensiver Auslegung des Begriffs der nichtregistrierten „Common Law Trademarks" Domain-Namen an Regierungsorganisation,[108] berühmte Persönlichkeiten,[109] Städte,[110] Sportverbände[111] und andere Personen, die sich üblicherweise keine Markenrechte eintragen lassen, übertragen.[112] Während der zweite WIPO-Konsultationsprozess im Hinblick auf die Lösung solcher Fragen weitgehend ergebnislos geblieben ist, und selbst die wenigen Empfehlungen der WIPO zur Reform der UDRP bei ICANN auf wenig Interesse stoßen, haben sich die Panels als geeignet erwiesen, im Entdeckungsverfahren Praxis ohne größere Kritik herauszufordern globale Regeln zu produzieren.[113]

Mit anderen Worten bleibt das UDRP-Verfahren zwar im Ausgangspunkt am sachlichen Kern des Konflikts zwischen Markenrechten und Domain-Namen orientiert, über die autonome Interpretation des Begriffs der Markenrechte sowie der gegenläufigen Rechte und berechtigten Interessen als mögliche Rechtfertigungsgründe eröffnet sich dem System aber nahezu das gesamte rechtliche Imperium der

---

[107] Zum Recht als „normhungriges Monster" vgl. *Teubner/Hutter*, Homo Oeconomicus and Homo Juridicus: Communicative Fictions? in: Baums/Hopt/Horn (Eds.), Liber Amicorum Richard Buxbaum, 2000, S. 569 ff.; *Calliess*, Das Tetralemma des Rechts, ZfRSoz 2000, 293 ff.

[108] Vgl. z.B. WIPO Case No. D2001-1401, Bundesrepublik Deutschland (Federal Republic of Germany) v. RJG Engineering Inc., mit der Begründung "Bundesinnenministerium" sei eine Common Law Trademark, weil das Ministerium u.a. durch das Informationsangebot auf seiner Homepage „.de" einer Tätigkeit nachgehe, die zum Geschäftsverkehr gehöre. In der Sache ging es um deutsche Nazis, die unter „Bundesinnenministerium.com" von Canada aus Propaganda in deutscher Sprache verbreiteten.

[109] Vgl. z.B. WIPO Case No. D2000-0210: Julia Fiona Roberts v. Russell Boyd, wogegen "Berufung" bei den staatlichen Gerichten ohne Erfolg blieb: siehe *Falzone*, Playing the Hollywood Name Game in Cybercourt: The Battle over Domain Names in the Age Of Celebrity-Squatting, 21 Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review (2001), S. 289 ff.; *Isaac*, Personal Names and the UDRP: A Warning to Authors and Celebrities, 12 Entertainment Law Review (2001) 43.

[110] WIPO Case. No. D2001-0047: Brisbane City Council v. Warren Bolton Consulting Pty Ltd.; WIPO Case No. D2000-0505: Excelentisimo Ayuntamiento de Barcelona v. Barcelona.com Inc., ebenfalls mit erfolgloser Berufung vor staatlichen Gerichten, vgl. www.udrplaw.net/UDRPappeals.htm.

[111] *Jones*, Protecting your "SportsEvents.com": Athletic Organizations and the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, 5 West Virginia J. Law & Tech., No. 2, 2001.

[112] Vgl. insgesamt die Analyse bei *Hancock*, An Assessment of ICANN's Mandatory Uniform Dispute Resolution Policy in Resolving Disputes Over Domain Names, JILT 2001 (1); *White*, ICANN's Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy In Action, 16 Berkeley Tech. L.J. (2001) 229; *Lehmkuhl*, The Resolution of Domain Names vs. Trademark Conflicts: A Case Study on the Regulation Beyond the Nation State, and Related Problems, ZfRSoz 2002, S. 61 ff

[113] Zum Stand der UDRP-Reformdebatte sowie mit einem aktuellen Überblichk über die weitgehende Zustimmung zum jetzigen System *Brannigan*, The UDRP: How Do You Spell Success? Digital Technology Law Journal Vol. 5 No. 1 (2004).

Abwägung von und der Verfügung über gute und weniger gute Gründe (*Law's Empire*).

2. Konstitutionalisierung der UDRP

Trotz des eingeschränkten sachlichen Anwendungsbereichs der UDRP weisen Panel-Entscheidungen häufig einen Bezug zu fundamentalen Grundwerten auf. In materieller Hinsicht ergibt sich dies aus § 4 a) (ii) UDRP, wonach ein Beschwerdeführer nachzuweisen hat, dass der Beschwerdegegner „no rights or legitimate interests in respect of the domain name" hat. Gem. § 4 c) (iii) UDRP liegen solche Rechte oder legitime Interessen insbesondere vor, wenn der Beschwerdegegner in seiner Erwiderung „a legitimate noncommercial or fair use of the domain name" darlegen kann. Diese Formulierungen bilden ein Einfallstor für eine Abwägung zwischen den Eigentumsrechten der Markeninhaber und gegenläufigen Grundrechten der Domain-Inhaber, insbesondere der Meinungsäußerungsfreiheit.[114] So ist eine Vielzahl von Entscheidungen zu Parodie- und Kritikwebseiten ergangen, die häufig unter der Marke oder Bezeichnung der kritisierten Organisation mit dem Zusatz „sucks" registriert wurden.[115] Während in der Großzahl der entschiedenen Fälle die Berufung auf „free speach" von bekannten Cybersquattern offensichtlich nur vorgeschoben wurde, gibt es einige Fälle, in denen Kritikern ein legitimes Interesse an der Verwendung solcher Domains zugesprochen wurde.[116] Ein Teil der Panels verweist dabei auf das First Amendment der US-Verfassung, bzw. je nach Herkunft der Streitparteien auch auf das Verfassungsrecht anderer Staaten, auf die EMRK oder die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der UNO.[117] Andere Panels vermeiden hingen den Bezug auf nationales Verfassungsrecht und leiten ihre Begründung

---

[114] Zum Folgenden ausführlich *Teubner/Karavas* (FN 100) S. 263 ff. m.w.N.

[115] Die ICANN-UDRP-Datenbank (http://www.icann.org/udrp/udrpdec.htm) ergibt 77 Entscheidungen zu solchen „sucks"-Adressen, eine Berufung auf „free speech" erfolgte in 189 Panel-Entscheidungen (August 2004).

[116] Vgl. Bridgestone Firestone v. Jack Myers, WIPO Case No. D2000-0190; Vishwa Nirmala Dharma a.k.a. Sahaja Yoga v. Sahaja Yoga Ex-Members Network and SD Montford, WIPO Case No. D2001-0467; Ahmanson Land Company v. Save Open Space and Electronic Imaging Systems, WIPO Case No. D2000-0858; TMP Worldwide Inc. v. Jennifer L. Potter, WIPO Case No. D2000-0536; Britannia Building Society v. Britannia Fraud Prevention, WIPO Case No. D2001-0505; Legal & General Group Plc v. Image Plus, WIPO-Case No. D2002-1019 mit einem ausführlichen Überblick über den Stand der Diskussion und die verschiedenen "Theorien", die von Panels vertreten wurden (a.a.O. unter 6 B.).

[117] Eine Stichwortsuche ergibt 110 Referenzen für das "First Amendment" der US-Verfassung gegenüber 4 Referenzen auf die EMRK und 7 Referenzen auf die UN AEMR. Art. 10 EMRK wird in Bezug genommen, wenn beide Parteien aus Europa kommen: vgl. etwa Compagnie Generale des Matieres Nucleaires v. Greenpeace International WIPO-Case No. D2001-0376. Da die genericTLDs hauptsächlich von Personen aus den USA, die nicht über eine ccTLD verfügen, genutzt werden, ist das Ungleichgewicht aber kein Ausdruck von amerikanischem Unilateralismus, sondern der Anwendung des Rechts mit der „engsten Verbindung" zu den Parteien entsprechnd UDRP-Rule 15 a.

aus dem Wortlaut der UDRP ab,[118] was man als Recht-Fertigung von autonomen Grundrechtsstandards für das Internet, i.e. einer in sachlicher Hinsicht funktions- und kontextspezifischen, in territorialer und personeller Hinsicht aber universellen *lex digitalis* deuten kann.[119]

Das Verhältnis der „Administrative Procedure" zu Verfahren vor staatlichen Gerichten ist in § 4 k UDRP ausdrücklich geregelt. Nach Satz 1 steht es den Parteien frei, jederzeit vor Beginn und nach Abschluss der „Administrative Procedure" ein Verfahren vor staatlichen Gerichten anhängig zu machen. Nach Satz 2 wird eine auf Übertragung eines Domain-Namens gerichtete Panel-Entscheidung nicht vollzogen, wenn der Beschwerdegegner innerhalb von 10 Werktagen nach Zustellung der Entscheidung an die Registrierstelle nachweist, dass er ein Gerichtsverfahren vor dem Gericht initiiert hat, welchem sich der Beschwerdeführer in seiner Antragsschrift gem. §§ 3 b (xiii), 1 der UDRP-Rules unterworfen hat („Mutual Jurisdiction"), i.e. das Gericht an der Hauptniederlassung der Registrierstelle, sofern sich der Beschwerdegegner der dortigen Gerichtsbarkeit im Vertrag mit der Registrierstelle unterworfen hat, oder das Gericht an der registrierten Adresse des Beschwerdegegners. Aus Satz 1 geht dabei hervor, dass der Beschwerdegegner auch nach Ablauf der 10-Tagesfrist gerichtlich gegen den Beschwerdeführer vorgehen kann, wobei er dann allerdings nicht auf Unterlassung des Vollzugs der Panel-Entscheidung, sondern auf Rückübertragung der Domain klagen muss.[120]

Im Vergleich zu den unter dem Stichwort der Fragmentierung des Völkerrechts diskutierten Konflikten zwischen den internationalen „self-contained Regimes"[121] ist die ausdrückliche Regelung der Kollisionsfrage in der UDRP bereits ein Ausdruck ihrer Konstitutionalisierung, auch wenn diese Kollisionsregel im Unterschied zu jener der Schiedsgerichtsbarkeit nicht die Bedingungen der Geltung von regimeinternen Entscheidungen vor staatlichen Gerichten formuliert, sondern sich im Gegenteil auf die schlichte Unverbindlichkeit der Panel-Entscheidungen außerhalb des UDRP-Vertragsverbunds festlegt. Unverbindlichkeit bedeutet in diesem Zusammen-

---

[118] Legal & General Group Plc v. Image Plus, WIPO-Case No. D2002-1019: „ reached this decision not relying upon or applying U.S. First Amendment law, but by considering the words of paragraph 4(c)(iii)", mit einem ausführlichen Überblick über den Stand der Diskussion und die verschiedenen "Theorien", die von Panels vertreten wurden (a.a.O. unter 6 B.).

[119] So *Teubner/Karavas* (FN 100) S. 263, 270 ff.; *Helfer*, Whither the UDRP: Autonomous, Americanized or Cosmopolitan?, WP 2003 setzt demgegenüber auf eine kosmopolitische Ausrichtung, in welcher sich die Perspektive der UDRP-Panels in einem argumentativen Dialog mit den Perspektiven nationaler Gerichte verschränken.

[120] Die RDNH (Reverse Domain Name Highjacking) Vorschriften des ACPA (Anticybersquatting Consumer Protection Act) erlauben auch nach Übertragung eines Domain-Namens auf den UDRP-Beschwerdeführer eine Klage auf Rückübertragung der Domain: vgl. *Efroni*, A Barcelona.com Analysis: Towards a Better Model for Adjudication of International Domain Name Disputes, 14 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. (2003) 29, 60 ff. in Interpretation der Entscheidung des First Circuit U.S. Ferderal Court of Appeals 273 F.3d 14 (1st Cir. 2001).

[121] *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law, 25 Michigan J. Int. L. (2004) 999.

hang nämlich keineswegs Irrelevanz.[122] Analysen der bisher ergangenen UDRP-Appeal-Entscheidungen zeigen nämlich, dass die staatlichen Gerichte den überprüften Panel-Entscheidungen zwar weder Rechtskraft noch andere Bindungswirkungen im Sinne einer eingeschränkten inhaltlichen Überprüfbarkeit („deference") einräumen. Gleichzeitig nehmen sie die Panel-Entscheidungen aber in ihrer Eigenschaft als Rechtsphänomene ernst, indem sie diese im Ergebnis regelmäßig aufrecht erhalten, wenn die in ihnen enthaltenen rechtlichen Argumente überzeugen.[123]

Für größere Aufregung hat deshalb die Entscheidung des Fourth Circuit U.S. Ferderal Court of Appeals in der Sache „Barcelona.com" gesorgt.[124] Die Stadt Barcelona, die eine Reihe von spanischen Markenrechten an Begriffen wie „Barcelona-Theater" etc. besitzt, hatte in einem UDRP-Verfahren vor der WIPO gegen einen Spanier obsiegt, der die Domain Barcelona.com hielt.[125] Gegen die Panel-Entscheidung wurde innerhalb der 10-Tagesfrist Klage bei einem amerikanischen Gericht eingereicht, dessen Zuständigkeit sich die Stadt Barcelona gemäß der UDRP unterworfen hatte, weil der Spanier die Domain vermittelt über eine amerikanische Briefkastengesellschaft bei einer amerikanischen Registrierstelle registriert hatte, so dass die „Mutual Jurisdiction" in den USA lag. Das District Court sah keinen Fall des Reverse Domain-Name Highjacking (RDNH) gegeben und bestätigte damit das WIPO-Panel.[126] Die Berufung hiergegen war erfolgreich, weil das Court of Appeal der Ansicht war, dass die Registrierung der Domain nicht rechtswidrig war, weil amerikanische Gerichte nach dem international anerkannten Territorialitätsprinzip nur amerikanisches Markenrecht anwenden dürfen. Da die Stadt Barcelona in den USA nicht über registrierte Marken verfüge und nach amerikanischem Recht eine Registrierung von rein geographischen Gebietsbezeichnungen ohnehin unzulässig sei, gebe es keinen Anspruch auf Übertragung der Domain.

---

[122] Dazu *Helfer/ Dinwoodie*, Designing Non-National Systems: The Case of the Uniform Donaim Name Dispute Resolution Policy, 43 William and Mary Law Review (2001), 141, 252 ff.

[123] Siehe FN 90 für Nachweise zu UDRP-Appeals vor staatlichen Gerichten. Eine gründliche Analyse findet sich bei *Mendenhall*, Post Arbitration Domain Name Litigation: Settling Claims on the Cyberspace Frontier, Working Paper 2002: "As the majority of the generic TLDs have been registered in the U.S., it is not surprising that the majority of post arbitration litigation has also been brought in the U.S. federal court system" (a.a.O. S. 12, 39); "If an alleged infringer cannot raise a jurisdictional issue or some other procedural argument, the district courts have almost universally decided in favor of the party that prevailed under the UDRP." (a.a.O. S. 16 mit umfangreichen Nachweisen). Die nachfolgende Analyse von Berufungsentscheidungen von Federal Circuit Court of Appeals (S. 17 ff.) sowie von Gerichtsentscheidungen anderer Staaten (S. 31 ff.) bestätigt diese Tendenz (S. 39).

[124] Barcelona.com, Inc. v. Excelentisimo Ayuntamiento de Barcelona, 330 F.3d 617 (4th Cir. 2003): http://www.cov.com/download/content/brochures/barcelona.pdf

[125] Excelentisimo Ayuntamiento de Barcelona v. Barcelona.com Inc., WIPO Case D2000-0505: http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/2000/d2000-0505.html

[126] 189 F. Supp. 2d 367 (E.D. Va. 2002), die Memorandum Opinion von Chief Judge Hilton ist im Internet erhältlich über google.de; siehe die Analyse der Entscheidung bei *Owens*, Domain-Name Dispute-Resolution after Sallen v. Corinthians Licenciamentos & Barcelona.com, Inc. v. Excelentisimo Ayuntameiento de Barcelona, 18 Berkeley Tech. L.J. (2003) 257, 272 ff.

Dieses Urteil ist als Todesstoß für die UDRP interpretiert worden: Domaininhaber könnten durch Wahl einer Registrierstelle mit Sitz in den USA sowie Angabe einer registrierten Adresse in den USA die Mutual Jurisdiction, der sich der Beschwerdeführer nach der UDRP unterwerfen müsse, künstlich in die USA verlegen und so eine universelle Zuständigkeit amerikanischer Gerichte begründen. Durch diese Praxis des *Reverse Forum Shopping* werde das UDRP-Verfahren für Inhaber von Markenrechten, die nicht in den USA registriert sind, aber unattraktiv, weil sie einen RDNH-Prozess vor amerikanischen Gerichten mangels Anerkennung ausländischer Markenrechte automatisch verlieren würden. Deshalb sei ein völkerrechtlicher Vertrag über die Anerkennung ausländischer Markenrechte in RDNH-Verfahren vor staatlichen Gerichten unumgänglich.[127]

Liest man die Urteilsbegründung des Richters Niemeyer etwas genauer, so ergibt sich freilich, dass die WIPO-Panel-Entscheidung schlicht für inhaltlich falsch gehalten und deshalb aufgehoben wurde. Wie ausgeführt wurde der Schutz geographischer Bezeichnungen nämlich ausdrücklich von der UDRP ausgeklammert, weil diesbezüglich keine einheitlichen Rechtsprinzipien zu erkennen waren.[128] Die Stadt Barcelona hatte auch kein Markenrecht am Namen Barcelona, weil ein solcher nach spanischem Recht ausgeschlossen ist, sondern nur an vielen zusammengesetzen Bezeichnungen wie „Barcelona-TV“ etc. Das WIPO-Panel hat den Ausschluss von Städtenamen vom Schutzbereich der UDRP umgangen, indem es annahm, der nicht schützbare Name „Barcelona“ in der Domain „Barcelona.com“ sei den Marken der Stadt Barcelona zum Verwechseln ähnlich. Richter Niemeyer hat seine Entscheidung hingegen darauf gestützt, dass der Städtename Barcelona sowohl in den USA als auch in Spanien und anderen Ländern nicht markenschutzfähig ist.[129] Dass Inhaber ausländischer Marken jeden RDNH-Prozess in den USA verlieren werden, lässt sich der Begründung hingegen nicht entnehmen. Vielmehr spricht einiges dafür, dass lediglich nach Art eines „Ordre Public“-Vorbehalts geprüft wird, ob eine solche Marke auch nach dem Markenrecht der USA schutzfähig ist,[130] so dass die Anerken-

---

[127] *Efroni*, A Barcelona.com Analysis: Towards a Better Model for Adjudication of International Domain Name Disputes, 14 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. (2003) 29 ff.

[128] Siehe oben bei FN 72.

[129] Opinion (FN 124) S. 629: “Under the Lanham Act, and apparently *even under Spanish law*, the City Council could not obtain a trademark interest in a purely descriptive geographical designation that refers only to the City.”; und in Fußnote 3: “Bcom, Inc. asserts that of the 100 most populous cities in the world, it could discover only one - Sydney, Australia - whose name, sydney.com, was registered to the city.”

[130] Für die Anerkennung ausländischer Marken (evt. als *Common Law Trademarks* nach dem Recht der USA), sofern diese den Grundprinzipien des Lanham Act entsprechen, vgl. Opinion (FN 124) S. 629: “Under United States trademark law, a geographic designation can obtain trademark protection if that designation acquires secondary meaning. On the record *in this case*, however, there was no evidence that the public – in the United States *or elsewhere* – associates "Barcelona" with anything other than the City itself.”

nung von UDRP-Entscheidungen, die auf dem amerikanischen Recht völlig fremden Prinzipien beruhen, ausgeschlossen ist.[131]

Festgehalten werden kann, dass die Konstitutionalisierung der UDRP im Hinblick auf das Verhältnis zur staatlichen Gerichtsbarkeit relativ störanfällig ist, weil es sich im Gegensatz zur Schiedsgerichtsbarkeit nicht auf formale Kollisionsregeln völkerrechtlicher Natur stützt (UNÜ), sondern durch ein hochsensibles System der faktischen Anerkennung im Wege wechselseitiger Selbstbeschränkungen geprägt wird, welches vom sanften Zwang überzeugender rechtlicher Argumentationen getragen wird.

III. Reflexives transnationales Recht

Das Phänomen transnationalen Rechts wurde bisher auf der Grundlage eines sozialwissenschaftlichen Rechtsbegriffs untersucht, weil dieser den Blick auf funktionale Äquivalente zum staatlichen Recht öffnet und eine Bestandsaufnahme frei von den Scheuklappen juristischer Geltungstheorien ermöglicht. Der Vorteil soziologischer, ökonomischer oder politologischer Rechtskonzepte, die an ein Mehr oder Weniger an „faktischer Wirksamkeit“ oder beobachtbarer „Verrechtlichung“ anknüpfen, wird allerdings mit dem Nachteil erkauft, dass sie im juristischen Diskurs nicht anschlussfähig sind, weil die Geltungsfrage dort im Modus des „entweder/oder“ beantwortet werden muss: „ein bisschen geltendes Recht“ gibt es nicht.[132]

Die juristische Debatte um transnationales Recht leidet hingegen darunter, dass unter einem Rechtssystem zunächst ein System von Normen verstanden wird.[133] So wurde bezüglich der neuen Lex Mercatoria vor allem gefragt, welche Normen dazu gehören und woher diese Normen stammen.[134] Auf der Normebene gibt es zwei denkbare Antworten. *Einerseits* ein Griff nach den Sternen, also nach abstraktem Naturrecht: Allgemeine Rechtsprinzipien, die Menschenrechte, der Dekalog, der Common Core, etc. *Andererseits* ein Schritt in den Sumpf der Faktizität, also in das konkrete Naturrecht: das Wesen oder die Natur der Sache, Übung, Gewohnheit, Verkehrssitte, etc.[135] Die neue Lex Mercatoria speist sich aus einer Mischung von

---

[131] Vgl. Opinion (FN 124) S. 626: “Moreover, any decision made by a panel under the UDRP … is not given any deference under the ACPA. To the contrary, *because a UDRP decision is susceptible of being grounded on principles foreign or hostile to American law*, the ACPA authorizes reversing a panel decision if such a result is called for by application of the Lanham Act.”

[132] Zu den Problemen des soziologischen Geltungsbegriffs *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, 1992, S. 31 ff., 139 ff.

[133] Vgl. nur *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1992, S. 55 ff., wo maßgeblich auf ein „System sinnvoll miteinander verbundener leitender Rechtsprinzipien“ abgestellt wird.

[134] *Mustill*, The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years, Arbitration International 1988, 86 ff., kommt auf 20 recht allgemeine Prinzipien (110 ff.).

[135] Zur Unterscheidung von abstraktem und konkretem Naturrecht vgl. *Ellscheid*, Das Naturrechtsproblem, Eine systematische Orientierung, in: Kaufmann/Hassemer (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 5. Aufl. 1989, S. 143 ff.

beidem, also aus einem Bezug auf „general principles of law recognised by civilised nations“ und auf „usages of international commerce“.[136]

Das Problem dieses Ansatzes ist, dass er geradezu reflexartig eine Reihe von Standardeinwendungen positivistischer Art betreffend (1) die Definition eines Geltungskriteriums für solche Normen (Harts „rule of recognition“), (2) die (demokratische) Legitimität, (3) die Vollständigkeit des Normensystems, sowie (4) den Zwangscharakter solcher Normen provoziert.[137] Während die Frage nach dem Zwang – jedenfalls für die Lex Mercatoria – durch Verweis auf die staatliche Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen im Rahmen des UNÜ umgangen werden kann, führen die anderen Kritikpunkte in einen unauflösbaren Zusammenhang von Zirkelschlüssen, Ebenenverschleifungen und Tautologien,[138] d.h. in das Grundparadox der willkürlichen Selbstbegründung allen Rechts, welches seinen Geltungsanspruch nach Art eines Münchhausen konstituiert, der sich am eigenen Schopf aus dem Sumpf herauszieht.[139] Während das Recht westlicher Staaten auf der Tradition der „Vernebelung“ dieser Grundparadoxie in der Theorie des demokratischen Rechtsstaats fußt, wird in der Debatte um transnationale Rechtssysteme deutlich, dass hier die falschen Fragen gestellt werden, weil es sich bei der engen Verknüpfung von Politik und Recht im Nationalstaat um eine zwar sehr erfolgreiche, aber unter soziologischen wie historischen Aspekten nur um eine kontingente, d.h. so aber auch anders mögliche Form der Paradoxieentfaltung handelt.

Als außerordentlich hilfreich erscheint es in diesem Zusammenhang, wenn man den theoretischen Fokus von der Ebene der Normen (Struktur) radikal auf die Ebene der Kommunikation (Operation) verlagert:

> „Realitätswert haben Strukturen nur dadurch, dass sie zur Verknüpfung kommunikativer Ereignisse verwendet werden; Normen nur dadurch, dass sie, explizit oder implizit, zitiert werden; …“[140]

Versteht man unter einem Rechtssystem die Menge aller Kommunikationen, die sich am Rechtscode (legal/illegal) orientieren, so kann man die Differenz von Recht und Nicht-Recht – also etwa zwischen bloßer gesellschaftlicher Selbstregulierung oder alternativen Streitschlichtungsmechanismen als *Private Ordering* und einem autonomen Rechtssystem wie der Lex Mercatoria als *Private Legal System* – am Begriff der Autopoiesis erläutern. Mit *Autopoiesis* wird die Selbstreproduktion eines Sys-

---

[136] Siehe nur *Mustill* (FN 134) S. 98

[137] Zu diesen Einwendungen vgl. *Berger*, The Creeping Codification of Lex Mercatoria, 1999, S. 44-110; *Grundmann*, General Principles of Private Law and Ius Commune Modernum as Applicable Law?, in: FS Buxbaum, 2000, S. 213 ff.; *Schroeder*, Die lex mercatoria – Rechtsordnungsqualität und demokratische Legitimation, in: Witt et al. (Hrsg.), Die Privatisierung des Privatrechts, Jb.J.ZivRWiss. 2002, S. 257 ff.

[138] Vgl. *Teubner*, Die unmögliche Wirklichkeit der Lex Mercatoria, in: FS Zöllner, 1998, 565 ff.; *Zumbansen*, Lex Mercatoria: Zum Geltungsanspruch transnationalen Rechts, RabelsZ2003, 637 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

[139] *Luhmann*, Die Rückgabe des zwölften Kamels, ZfRSoz 2000, 3 ff.; *Derrida*, Gesetzeskraft, Der mystische Grund der Autorität, 1991; dazu *Teubner*, Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter, in: Joerges/Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht, 2003, S. 25 ff.

[140] *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 46

tems aus seinen Elementen bezeichnet. Entscheidend sind daher die systeminternen Vorkehrungen, die das An- und Fortdauern der Kommunikation im System sicherstellen, so dass das System nicht plötzlich aufhört zu operieren („Kein Wald ohne Bäume"). In einem Rechtssystem müssen deshalb die basalen Operationen, welche in sekundären Normen als Rechtsakte definiert werden (Gesetzgebung, Vertragsschluss, Urteilsfindung, etc.), dergestalt miteinander verknüpft werden, dass die bloße Existenz eines solchen Rechtsaktes die Produktion weiterer Rechtsakte provoziert, welche auf den ersteren Bezug nehmen und die sich so gegenseitig (re-) produzieren. Beispielhaft erwähnt seien etwa der Präjudizienverweis, vermittelst dessen ein Urteil sich im Prozess des Erinnerns und Vergessens selektiv auf andere Urteile bezieht, diese also als Präjudizien reproduziert und sich gleichzeitig als deren Produkt ausgibt, sowie das seltsame Verhältnis von Norm und Entscheidung, wo der bindende Akt der Gesetzgebung ein darauf gestütztes Urteil produziert, welches gleichzeitig durch Interpretation im hermeneutischen Zirkel zuallererst die Norm produziert und reproduziert.[141]

Ein Rechtssystem in diesem Sinne setzt zunächst das Vorhandensein von drei Rechtskommunikationen voraus, welche jeweils einen normativen Anspruch auf Rechtsgeltung erheben (präskriptive Sprechakte): (1) Eine Klageschrift (ego), (2) eine Klageerwiderung (alter), und (3) ein streitentscheidendes Urteil durch einen unabhängigen Dritten (alter ego).[142] In diesem kommunikativen Ablauf entsteht Recht als Synthese von These und Antithese aus dem Prozessieren des Rechtscodes, ohne dass es auf die Präexistenz eines – schon gar nicht vollständigen – Systems von Normen ankäme. Normen entstehen vielmehr auf eine natürliche Weise ganz *von selbst*, quasi als Nebenprodukt des streitigen Gerichtsverfahrens: als *ratio decidendi* werden sie in der Praxis der gesellschaftlichen Streitschlichtung durch unparteiliche Dritte *kondensiert* und *konfirmiert*. Recht hat in diesem Sinne keinen Anfang, denn immer wenn über Recht/Unrecht entschieden wird, wird das arbiträre Element solcher Entscheidung durch Verweisungen und Bezugnahmen auf Gottes- oder Vernunftrecht, allgemeine Rechtsprinzipien oder Gewohnheiten, Gesetzes- oder Richterrecht verdeckt. Solche Selbstreferenzen erfolgen zwar in einem hochselektiven Prozess des *Erinnerns* oder *Vergessens*, ein Urteil begründet sich aber immer in einem bestimmten Verweisungskontext und Bezugsrahmen (*Frame of Reference*) als Teil eines nicht enden wollenden Prozesses der rechtlichen Kommunikation und Argumentation. Das öffentliche Gut Rechtssicherheit entsteht dabei als gesellschaft-

---

[141] Dazu *Teubner*, Recht als autopoietisches System, 1989 Kap. 3; *Luhmann*, Recht der Gesellschaft, 1993, Kap. 2; im Überblick *Calliess*, Prozedurales Recht, 1999, 122 ff.

[142] Vgl. *Calliess*, Das Tetralemma des Rechts, ZfRSoz 2000, 293, 304 ff.; *Albert*, Zur Politik der Weltgesellschaft, Identität und Recht im Kontext internationaler Vergesellschaftung, 2002; zur zentralen Rolle des unabhängigen Dritten vgl. *von Trotha*, Was ist Recht? Von der gewalttätigen Selbsthilfe zur staatlichen Rechtsordnung, ZfRSoz 2000, 327 ff.; zur Zentralstellung der Gerichte in der Systemtheorie vgl. *Vesting*, Kein Anfang und kein Ende, Jura 2001, 299, 303.

licher *Mehrwert* der Konfliktlösung, verstanden als privates Dienstleistungsangebot des Rechts an die Gesellschaft.[143]

Zu den Rechtsakten gehören alle Kommunikationen/Handlungen, die den Anspruch erheben, die Rechtslage als verbindlichen Ausgangspunkt für nachfolgende Entscheidungen zu ändern. In der Peripherie eines Rechtssystems, also an den Kontaktpunkten zu anderen gesellschaftlichen Systemen wie Politik, Wirtschaft, Familie etc. sind dies die Willenserklärungen des öffentlichen und des Privatrechts.[144] Gesetz und Vertrag nehmen dabei als Rechtskommunikationen nicht nur an der Produktion und Reproduktion der Operationen teil (Autopoiesis), sondern tragen gleichzeitig auch zur Kondensation und Konfirmation von Normen bei (Generation von Rechtsstrukturen), wobei das strukturverändernde Potential von Gesetzgebung im Interventionsstaat systematisch überschätzt (Steuerungskrise des Rechts), jenes der Vertragspraxis hingegen systematisch unterschätzt wird (Privatregimes).[145] Da in letzter Instanz aber nur die Gerichte im Zentrum des Rechtssystems verbindlich über den Rechtscode verfügen können, ist Recht jenseits des vordergründigen Methodenstreits zwischen Begriffs-, Interessen- oder Wertungsjurisprudenz im Kern immer *Juristenrecht*. Im Einzelfall geht es darum, das rechtspolitisch sinnvolle Ergebnis unter Beachtung der Tradition – freilich in Maßen – zu finden, oder: „denkend gehorchen heißt, sich dem Gehorsam entziehen, gehorsam denken heißt, sich einem Denk-Paradigma zu fügen.“[146]

Kehrt man auf der Grundlage dieses *reflexiven* (Selbstreferenz) bzw. *prozeduralen* (Kommunikationsprozess) Rechtsverständnisses zur Ausgangsfrage nach Begriff und Geltung des Rechts, und damit nach der Unterscheidung zwischen Soft-Law und Hard-Code, Private Ordering und Private Legal System, sozialer Selbstregulierung und Rechtssystem zurück, so finden sich die entscheidenden Kriterien nicht auf der Normebene, sondern auf der operativen Ebene: Von einem Rechtssystem kann man immer dann sprechen, wenn Streitigkeiten zwischen Parteien an einen unabhängigen Dritten zur rechtsförmigen Entscheidung verwiesen und durch diese Instanz anhand rechtlicher Kriterien entschieden werden. Die Existenz der Lex Mercatoria als transnationales Rechtssystem hängt also davon ab, dass diese auf der Nachfrageseite der Vertragsparteien im Wege der Rechtswahl angewählt und auf der Anbieterseite der Schiedsgerichte zur Grundlage von Entscheidungen gemacht wird. Rechtsinhalte in Form von materiellen Normen entstehen dann im Prozess des Entscheidens durch Selbstverweisungen auf Präjudizien und Vertragsschlüsse, bzw. auf darin zum Ausdruck kommende allgemeine Rechtsprinzipien und Gewohnheiten. Grund-

---

[143] Vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993; dazu *Calliess*, Reflexive Transnational Law, ZfRSoz 2002, 185, 192 m.w.N.; vgl. auch *R.A.Posner*, Economic Analysis of Law, 5th ed. 1998, 588 zum „character of precedents as a *by-product* of the litigation process“.

[144] Systematischer Überblick bei *Calliess*, Die Zukunft der Privatautonomie, JJZ 2000, 85, 96 ff.

[145] Zur Steuerungskrise des Rechts im Interventionsstaat vgl. den Überblick in Calliess, Prozedurales Recht, 1999, S. 73 ff. m.w.N.; zur Normgeneration in der Vertragspraxis vgl. *Teubner*, Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von Private Governance Regimes, RJ 1998, 234 ff.

[146] *Wiethölter*, Begriffs- oder Interessenjurisprudenz - Falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht, in: FS Kegel, 1977, S. 213 ff., 235.

voraussetzung der Selbstreferenz ist dabei die *öffentliche Zugänglichkeit* von Präjudizien, Regelwerken und wissenschaftlichen Texten.

Rechtssicherheit als Primärfunktion eines Rechtssystems entsteht freilich nur durch eine Vielzahl von Entscheidungen, die Kondensation und Konfirmation von Normen setzt also eine kritische Masse an Operationen voraus. Versteht man Recht in diesem Sinne als Netzwerkgut, so ist der Marktzutritt für neue Rechtssysteme als Anbieter von Rechtssicherheit relativ schwer, weil das Netz von normgenerierenden Entscheidungen erst eine kritische Größe erreichen muss, damit die Nachfrage aufgrund der mit dem Netz verbundenen Größenvorteile steigt, während einmal erfolgreich etablierte Systeme von lock-in Effekten profitieren. Aus dieser Perspektive sind die Startschwierigkeiten der Lex Mercatoria verständlich, deren Existenz von rechtsgelehrten Schiedsrichtern zunächst kontrafaktisch behauptet werden musste, um Vertragsparteien dazu zu bekommen, dieses System anzuwählen. Eine wichtige Rolle spielten dabei auch Normunternehmer, die die (vermeintlich) beobachtbaren Grundregeln der Lex Mercatoria in Privatkodifikationen niederlegten. Je mehr Entscheidungen auf der Grundlage der Lex Mercatoria nachweisbar wurden, umso öfter wurde diese angewählt, weshalb man die konstruktivistische Produktion der Lex Mercatoria im globalen Rechtsdiskurs als sich selbst verstärkenden Prozess verstehen kann.

Die Autopoiesetheorie kann mit dieser „Zauberlehrlingsformel“ ein – in klassischen Begriffen freilich verwirrendes – Kriterium für Rechtsgeltung angeben, welches jedoch nicht völlig frei von quantitativen Kriterien ist, da sich die notwendige kritische Masse an Rechtsoperationen nicht mathematisch punktgenau bestimmen lässt. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine real beobachtbare gesellschaftliche Praxis bloß als Phänomen sozialer Selbstregulierung oder als Rechtssystem einzuordnen ist, dürfte der Autopoiesetest hingegen zu hinreichend genauen Antworten führen. Zudem ist auch die traditionell etatistische Rechtsdefinition nicht frei von quantitativen Elementen, da der Begriff des Staates mit dem Element der Staatsgewalt auf empirische Phänomene verweist, die im Falle von Sorgenstaaten wie Afghanistan ebenfalls nicht eindeutig beantwortbar sind.

Darüber hinaus lenkt die Autopoiesetheorie auf der Ebene der Selbstorganisation von Rechtssystemen durch reflexive bzw. sekundäre Normen die Aufmerksamkeit auf Kriterien, die die Entstehung von erfolgreichen Rechtssystemen ermöglichen und befördern. Durch die Betonung der kommunikativen Elemente wird erklärbar, warum die ICANN UDRP so gut funktioniert. Das Problem der Lex Mercatoria, deren Anwendung eine einvernehmliche Rechtswahl und Schiedsklausel voraussetzt, wurde im Falle der UDRP durch Schaffung eines unilateral von ICANN oktroierten Vertragsverbunds umgangen. Die Panels sind im Vergleich zum staatlichen Rechts- und Gerichtssystem besonders einfach zugänglich, entscheiden schnell und günstig und das Ergebnis ist wirksam. Am wichtigsten ist aber die Tatsache, dass alle Entscheidungen mit ihrer rechtsförmigen Begründung im Internet zugänglich sind.

Aus diesen Bemerkungen können zwei Hauptlehrsätze für das Problem der Produktion von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf globaler Ebene gezogen werden:

1. *Normen kommen auf natürliche Weise*: Bei der Errichtung von Governance Regimes jenseits des Nationalstaats sollte der Fokus nicht auf der materiellen Ebene der Begründung von Rechtseinheit, sondern auf der prozeduralen Ebene der Etablierung effektiver und fairer Streitlichtungsverfahren liegen.
2. *Tue Gutes und rede darüber*: die zivilgesellschaftliche Produktion des öffentlichen Gutes „Recht“ setzt eine Mindestmaß an Transparenz und Öffentlichkeit voraus, damit die autopoietische Rechtsproduktion starten und aufrecht erhalten werden kann.