

Die *lex mercatoria* als durchsetzbares transnationales Handelsrecht und Weltgesellschaftsrecht

Angelika Emmerich-Fritsche

I. Streit über Begriff und Rechtsnatur der *lex mercatoria*

Die *lex mercatoria* kann als transnationales Recht aufgefasst werden.¹ Der Begriff "transnational" knüpft an Kontakte zwischen Privaten verschiedener Staaten sowie zwischen Privaten und Staaten an. Er wird in Abgrenzung zum Begriff „international“ verwendet, der die zwischenstaatlichen Beziehungen beschreibt.

Begriff, Rechtsnatur und Rechtsquelle der *lex mercatoria* sind umstritten.² Teilweise wird sie als von der staatlichen Rechtsordnung abgeleitetes und mit ihr verbundenes Recht verstanden.³ In diesem Sinn wird sie meist weit abgesteckt und soll alle Handelsregeln einschließlich des nationalen und internationalen Rechts umfassen.⁴ Vermehrt wird sie aber unter dem Eindruck der Entgrenzungsprozesse als in ihrer Natur sowohl vom nationalen als auch vom internationalen Recht verschiedenes, transnationales Recht eingeordnet und als (globale) Rechtsordnung ohne Staat qualifiziert.⁵ Die *lex mercatoria* entfaltet sich in dem Raum zwischen nationalem Recht,

¹ C.N. Fragistas, Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé, Rev. crit. dr. int. pr. 1960, 1 et seq.; K. P. Berger, The New Law Merchant and the Global Market Place - A 21st Century View of Transnational Commercial Law.; C. Schmitthoff, International Business Law: A New Law Merchant, Current Law and Social Problems, 1961, p. 129 et seq.; ders. RabelsZ 28 (1964), 747 et seq.; ders. in Horn/Schmitthoff (eds), The Transnational Law of International Commercial Transactions, 1982, 19 et seq.; A. S. Sweet, The new Lex Mercatoria and transnational governance, Journal of European Public Policy 13, 5 August 2006, 627–646.

² Dazu B. Goldmann, Frontières du droit et „lex mercatoria“, in: Les Archives de Philosophie du Droit, 1964, S. 177 ff.; J. Kropholler, Internationales Einheitsrecht, 1975, S. 119 ff.; Übersicht bei J. I. Mahari, Codes of Conduct für Multinationale Unternehmen, 1985, S. 464 f.; F. Dasser, Internationale Schiedsgerichte und *lex mercatoria*: Rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion über ein nicht-staatliches Handelsrecht, 1989, S. 43 ff.; P. Zumbansen, *Lex mercatoria*: Zum Geltungsanspruch transnationalen Rechts, RabelsZ 67 (2003), S. 638 ff., 675 ff.; S. Hölker, Die Rolle der *lex mercatoria*, Diss Tübingen, 2006, S. 79 ff.

³ C.M. Schmitthoff, A International Business Law: A New Law Merchant, in: C.-J. Cheng (Hrsg.), Select Essays on International Trade Law, 1988, S. 20 ff.; ders., Das neue Recht des Welthandels, RabelsZ 28 (1964), S. 47, 61 und 68 ff.; ders., Commercial Law in a Changing Economic Climate, 1981, S. 22; M. Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, 7. Aufl. 2008, S. 22, Rn. 39.

⁴ C.M. Schmitthoff, Das neue Recht des Welthandels, RabelsZ 28 (1964), S. 47, 61. Ein weites Begriffsverständnis legen z.B. ebenfalls zugrunde: A. Kappus, *Lex mercatoria* in Europa und Wiener UNKaufrechtskonvention 1980, „Conflict avoidance“ in Theorie und Praxis schiedsrichterlicher und ordentlicher Rechtsprechung in Konkurrenz zum Einheitskaufrecht der Vereinten Nationen, 1990, S. 128 ff.; F. Fabricius, Internationales Handelsrecht und Weltfrieden. In: ders.(Hrsg.), Law and International Trade: FS Schmitthoff zum 70. Geburtstag = Recht und internationaler Handel, 1973, S. 101 (141); O. Lando, Principles of European Contract Law - An Alternative or a Precursor of European Legislation, RabelsZ 56 (1992), S. 261, 266.

⁵ Dazu B. Goldman, 'La Compagnie de Suez, Société Internationale', Le Monde, October 4, 1956, 3 : 'une société internationale, relevant directement de l'ordre juridique international' ; B. Goldman, Archives de

einschließlich dem nationalen Kollisionsrecht und Völkerrecht. In diesem Sinn ist die *lex mercatoria* transnationales Handelseinheitsrecht oder auch „Weltprivatrecht“⁶, das einen gewohnheitsmäßigen und unmittelbaren Ursprung in der Privatautonomie der am Welthandel beteiligten Kreise, der *societas mercatorum*⁷ hat.⁸ Man kann die *lex mercatoria* auch als spontanes Recht der Welt(zivil)gesellschaft bezeichnen.

II. Welt(zivil)gesellschaft

Das transnationale Handelsrecht versteht sich als Weltrecht⁹ ohne Staat¹⁰, als Recht der globalen Zivilgesellschaft (*civil society*)¹¹. Der Begriff der Zivilgesellschaft rührt von der tatsächlich zu beobachtenden teilweisen Entkoppelung der Weltgesellschaft von den Staaten¹². Die Weltgesellschaft ist anders als die Gesellschaften in den Staaten, die weitgehend mit den Bürgerschaften deckungsgleich sind, eine Gesellschaft ohne Staat und deshalb eine zivile Gesellschaft ohne Grenzen.¹³ Gemeint ist die nicht-staatliche

philosophie du droit 1964, 189; A. Goldstajn, *The New Law Merchant*, J. Bus. L. 1961, 12 et seq.; see also A. Goldstajn, *Festschrift Schmitthoff*, 1973, p. 171 et seq.; Ph. Kahn, *La Vente commerciale internationale*, 1964, p. 365 et seq.; Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, 1965, S. 401 ff.; E. Loquin *L'apport de la jurisprudence arbitrale* 1986, S. 67, 73 ff. und 113 ff.; B. Goldman, *Lex mercatoria*, 1983, S. 22.; B. Goldman, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, *Clunet* 1979, p. 475 et seq.; B. Goldman, *Festschrift P. Lalive*, 1993, p. 241 et seq.; U. Stein, *Lex mercatoria, Realität und Theorie*, 1995, S. 148 ff.; P. Lagarde, in: *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, 1987, pp. 125, 150; J. Delbrück, *Die Entwicklung der internationalen Rechtsordnung*, S+F 2/98, 67; G.-P. Calliess, *Transnationales Handelsvertragsrecht, Private Ordnung und staatlicher Rahmen*, in: M. Zürn/ B. Zangl (Hrsg.), *Verrechtlichung – Baustein für Global Governance*, 2004, S. 165; P. Glenn, *A Transnational Concept of Law*, S. 854 ff.; G. Teubner, *Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, *Basler Schriften zur europäischen Integration*, 1996, S. 9 ff.; ders., *Rechtshistorisches Journal* 1996, 255 et seq.; K.P. Berger, *Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts: Zu den methodischen und praktischen Grundlagen der lex mercatoria*, 1996, S. 85 ff.; K.P. Berger, *The New Law Merchant and the Global Market Place - A 21st Century View of Transnational Commercial Law*, www.trans-lex.org/000002, p.15.

⁶ E. Zitelmann, *Die Möglichkeit eines Weltrechts*, *Allgemeine Österreichische Gerichts-Zeitung*, 1888, 193 et seq., 201 et seq.; P. Klein, *Die Möglichkeit eines Weltprivatrechts*, in *Festschrift für Ernst Zitelmann*, 1913, p. 3 et seq.

⁷ B. Goldman, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : realite et perspectives*, *Clunet* 1979, 475 (499).

⁸ B. Goldman, *Lex mercatoria*, S. 6; ebenso Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, S. 46 und 446.

⁹ H.J. Berman, *The Role of International Law in the Twenty First Century*, *Fordham Int'l L.J.* 1995, at 1617, 1619; A. Emmerich-Fritsche, *Vom Völkerrecht zum Weltrecht*, 2007, S. 194.

¹⁰ G. Teubner, *Global Law without a state*, 1977; G.-P. Calliess, *Transnationales Handelsvertragsrecht Private Ordnung und staatlicher Rahmen*, in: B. Zangl / M. Zürn, *Verrechtlichung – Baustein für Global Governance?*, 2004, S. 160.

¹¹ G.R. Walker/ A. F. Fox, *Globalization: An Analytical Framework*, *Global Legal Studies Journal* 1996, 375, 380; G. Teubner, *Globale Zivilverfassungen*, *ZaöRV* 63 (2003), S. 1 ff. vgl. auch die *Essay-Sammlung von J. Keane* (Hrsg.), *Civil Society and the State*, 1988; N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, p. 571 et seq..

¹² K.-H. Pohl, *Zwischen Universalismus und Relativismus*, *MUT* 2/1999, S. 68; vgl. D. Zolo, *Cosmopolis. Prospects for world Government*, 1997, S. 129 ff.; vgl. F. Ossenbühl, *Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, *NJW* 1976, 2100 (2101); E. Grabitz, *Freiheit und Verfassungsrecht*, 1976, S. 3 ff.; 158 ff.; H.-Ch. Link, *Staatszwecke im Verfassungsstaat*, *VVDStRL* 48 (1990), S. 7 (42).

¹³ Vgl. N. Luhmann, *Die Weltgesellschaft*, *ARSP* 57 (1971), S. 22, 27.

öffentliche Sphäre als Zwischenebene und zugleich Verbindungsglied zwischen Privatheit und institutioneller Staatlichkeit.¹⁴ Die „Verfassung der Zivilgesellschaft“ wird auch als „Parallelverfassung“ bezeichnet.¹⁵ Mangels weltstaatlicher Ordnung setzt die Weltzivilgesellschaft bewusst auf die unmittelbare Selbstregulierungskraft der Bürger in Organisationen außerhalb staatlicher Institutionen.¹⁶ Die Entwicklung einer modernen *lex mercatoria*¹⁷ verwirklicht transnationales Recht¹⁸ oder privates Weltrecht¹⁹ und entspricht dem Trend zur weltweiten Entstaatlichung und Privatisierung des praktizierten Rechts.²⁰

III. Bedeutung der *lex mercatoria* im Mittelalter und heute

Die *lex mercatoria* war schon im Mittelalter als ungeschriebenes Kaufmannsgewohnheitsrecht über die territorialen Grenzen hinaus für alle Kaufleute verbindlich²¹. Der Terminus *lex mercatoria* tauchte erstmals um 1290 in England auf, in einer Sammlung, die sich „fleta“ nannte und eine Aufzählung damaliger Handelssitten und -gebräuche enthielt.²² Die Kaufleute bildeten im Mittelalter unabhängig von ihrer Nationalität einen eigenen kosmopolitischen Stand, in dem sie durch die gleichen Notwendigkeiten und Gewohnheiten verbunden waren. Handelsstreitigkeiten wurden

¹⁴ O. Höffe, Wirtschaftsbürger, Staatsbürger, Weltbürger. Politische Ethik im Zeitalter der Globalisierung, 2004, S. 91.

¹⁵ F. Müller, Demokratie zwischen Staatsrecht und Weltrecht, 2003, S. 146.

¹⁶ P. Zumbansen, Spiegelungen von Staat und Gesellschaft, in: M. Anderheiden / S. Huster / S. Kirste (Hrsg.), Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit, ARSP Beiheft 79 (2001), 37 f.; vgl. auch W. Kersting, Philosophische Friedenstheorie und internationale Friedensordnung, in: Ch. Chwaszcza / ders. (Hrsg.), Politische Philosophie der internationalen Beziehungen, 1998, S. 523 (551); A. C. Cutler, Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy, 2003, p. 184 ff.

¹⁷ Dazu B. Goldmann, L'entreprise multinationale face au droit, 1977; ders., Lex mercatoria, 1984; U. Stein, Lex Mercatoria. Realität und Theorie, 1995; Überblick bei O. Glossner, Die Lex Mercatoria – Vision oder Wirklichkeit, RIW 1984, 350 f.; zur Geschichte der *lex mercatoria*: R. Meyer, Bona fides und *lex mercatoria* in der europäischen Rechtstradition, 1994, S. 48 ff.; G. Teubner, Globale Bukowina, 1996, S. 9 ff.

¹⁸ M. Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, 2003, S. 26 ff.; G.-P. Calliess, Transnationales Handelsvertragsrecht, S. 160 ff.

¹⁹ A. Emmerich-Fritsche, Vom Völkerrecht zum Weltrecht, S. 194 f.

²⁰ G. Teubner, Globale Bukowina, S. 3 f.; U. Hingst, Auswirkungen der Globalisierung auf das Recht der völkerrechtlichen Verträge, 2001, S. 44 ff.; R. Voigt, Globalisierung des Rechts, 1999/2000, S. 27; M. Albert, Entgrenzung und Globalisierung des Rechts, in: R. Voigt (Hrsg.), Globalisierung des Rechts, S. 125 f.; R. Michaels / N. Jansen, Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization, Duke Law, School Faculty Scholarship Series. Paper 78, http://lsr.nellco.org/duke_fs/78

²¹ The Consulate of the Sea and the "Little Red Book of Bristol" published in the 13th century and containing the 'Roles of Oléron', a compilation of maritime principles and decisions dating back to the 11th century and the famous text on 'Incipit Lex Mercatoria, Que, Quando, Ubi, Inter Quos Et De Quibus Sit Iglesia Ferreirós', in Petit (ed.), Del Ius Mercatorum Al Derecho Mercantil, 1997, pp. 109, 112 et seq.; Coquillette, *ibid.*, pp. 143 et seq.; cf. also R. Goode, Usage and its Reception in Transnational Commercial Law, 46, ICLQ 1997, 1, 17; G. Malynes, Consuetudo Vel Lex Mercatoria Or The Ancient Law-Merchant, 1622, Introduction and p. 3; Thayer, Brooklyn L. Rev., 1936, 139, 141; A. C. Cutler, Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy, p. 108 ff.; R. Voigt, Globalisierung des Rechts. Entstehung einer „dritten Rechtsordnung“, in: Ders. (Hrsg.), Globalisierung des Rechts, 1999/2000, S. 16 (23); G.-P. Calliess, Transnationales Handelsvertragsrecht, S. 163 ff.

²² Vgl. dazu U. Stein, Lex mercatoria, S. 3.

besonderen Gerichten übertragen („staple courts“), deren aus Kaufleuten bestehende Jury entsprechend der Herkunft der Parteien oft international besetzt war.

Die zunehmende Kodifikation nationalen Handelsrechts ab dem 18. Jahrhundert verdrängte die *lex mercatoria*, verringerte aber die Einheitlichkeit des Handelsrechts erheblich. Dies wurde wie die Unterwerfung unter die staatliche Rechtsprechung von den am Welthandel beteiligten Kreisen als Nachteil empfunden. Um der Unterwerfung unter staatliches Recht zu entgehen, schufen „Branchenvereine“ oder „Associations“ hochspezialisierte, auf die Bedürfnisse der jeweiligen Handelszweige zugeschnittene Formular- und Musterverträge, die mittels Schiedsklauseln weitestmöglich der staatlichen Gerichtsbarkeit entzogen waren.²³

Mitte der fünfziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts erlangte die *lex mercatoria* wieder vermehrt an Bedeutung. Grund waren die „besonderen Bedürfnisse des internationalen Handels“.²⁴ Diese traten mit der zunehmenden Globalisierung der Lebensverhältnisse, insbesondere der Wirtschaft, verstärkt hervor und führten zugleich zu Entgrenzungs- und Entstaatlichungsprozessen. Zu den „besonderen Bedürfnissen“ des Welthandels zählen insbesondere Rechtsklarheit und Einheitlichkeit, vereinfachte und vereinheitlichte Formvorschriften. Es besteht ein Interesse an besonderen Regeln für Kommunikation, Transport, Versicherung und Finanzierung, Vertragserhaltung und -anpassung sowie das Streben nach Risiko- und Kostenminimierung. Die mit erheblichen ökonomischen Gefahren verbundene Unterwerfung unter fremdes Recht wird vermieden. Außerdem wird eine erhöhte Anpassungsfähigkeit des Rechts gefordert, der auch Vereinheitlichungsbemühungen auf internationaler Ebene aufgrund des institutionellen Rechtsetzungsprozesses nicht entsprechen können.

IV. Rechtsquellen der *lex mercatoria*

Als Rechtsquellen der *lex mercatoria*²⁵ werden Gewohnheitsrecht²⁶, allgemeine Rechtsgrundsätze²⁷ (z.B. Korruptionsverbot und Unwirksamkeit von durch Bestechung erwirkten Verträgen)²⁸, *droit corporatif* sowie Verträge mit und ohne Verankerung in einer Rechtsordnung genannt.²⁹ Insbesondere speist sie sich aus weltweit anerkannten Handelspraktiken. § 1-205 Abs. 2 Uniform Commercial Code (UCC)³⁰ definiert Handelsbräuche als „any practice or method of dealing having such regularity of

²³ S. Hölker, Die Rolle der *lex mercatoria*, S. 18 ff.

²⁴ S. Hölker, Die Rolle der *lex mercatoria*, S. 23 ff.

²⁵ Fundstellen: Transnational Law Database, Center for Transnational Law (CENTRAL), Universität Köln, www.tldb.de; www.unidroit.org/german/principles/contracts/principles1994/fulltext.pdf.

; grundlegend: C. Schmitthoff, in Schmitthoff (ed.), *The Sources of the Law of International Trade*, 1964.

²⁶ B. Goldmann, *The Applicable Law: General Principles of Law – the Lex Mercatoria*, in: J. D. M Lew (ed.), *Contemporary Problems of International Arbitration*, 1986, S. 113 (114); G.-P. Calliess, *Transnationales Handelsvertragsrecht*, S. 165, 168 ff.

²⁷ G.-P. Calliess, *Transnationales Handelsvertragsrecht*, S. 165, 168 ff.

²⁸ Siehe ICSID World Duty Free Co. Ltd. V. Kenia Case No. ARB/007, ILM 46 (2007), S. 339, Nr. 157.

²⁹ Vgl. P. Glenn, *A Transnational Concept of Law* in: D. Cane / M. Tushnet (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, 2003, S. 839 (856 ff.); kritisch G. Teubner, *Globale Bukowina*, S. 10 f., 21 f., der rechtliche Geltungskraft durch die Verweisung auf vertragsexterne Institutionen wie Schiedsgerichte verschaffen will (S. 17 ff.).

³⁰ Text abgedruckt unter: <http://www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html>.

observance in a place, vocation or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question". Weitere Quellen der *lex mercatoria* sind allgemeine Vertragsrechtsgrundsätze³¹, sowie (standardisierte) private Verträge³², die oft durch transnationale Anwaltsfirmen entworfen werden³³, Aktivitäten globaler Wirtschaftsverbände, von der Internationalen Handelskammer (ICC) und von der United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)³⁴ entwickelte Regeln etwa zu „International Commercial Arbitration and Conciliation“ oder „International Sale of Goods (CISG) and Related Transactions“³⁵ sowie Entscheidungen internationaler Schiedsgerichte³⁶, deren Präjudizien in Internetdatenbanken³⁷ einsehbar und damit für die Interessierten öffentlich sind. Typische standardvertragliche Regeln für den internationalen Warenkauf sind die Verträge der Grain and Feed Trade Association (GAFTA)³⁸ oder die zahlreichen Standardverträge der Economic Commission for Europe (ECE).³⁹ Von der ICC entwickelt sind insbesondere Regeln für die Auslegung bestimmter Klauseln in internationalen Handelsverträgen wie „Cost, Insurance and Freight“ (CIF), die „International Commercial Terms“ („Incoterms“)⁴⁰ oder die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive⁴¹. Kodifiziert sind die Regeln der *lex mercatoria* insbesondere in den schon erwähnten *Incoterms*, in den *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*⁴² des Internationalen Instituts für die Vereinheitlichung des Privatrechts und in den *Principles of European Contract Law* der Lando-Kommission⁴³. Die UNIDROIT Principles repräsentieren das Phänomen der

³¹ Vgl. etwa zum Channel-Tunnel-Projekt: *E. Jayme*, in Nicklisch (ed.), *Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte*, 1994, pp. 65, 73; *P.A. Karrer*, *Einstweiliger Rechtsschutz in Schiedssachen – Mut zum freien Ermessen*, IPRax 1994, 56 et seq.

³² *G. Teubner*, *Rechtshistorisches Journal* 1966, 268, 274 et seq.; see also *K.P. Berger*, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, 1999, p. 105 et seq.

³³ Zur Bedeutung internationaler Anwaltsfirmen als Akteure transnationalen Rechts: *K. Günther / Sh. Randeria*, *Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung*, 2001, S. 52 ff.

³⁴ Resolution 2205 (XXI), Adopted by the General Assembly at its 1497th Plenary Meeting on December 17, 1966, 'Establishment of the United Nations Commission on International Law.

³⁵ See http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts.html

³⁶ ICC Award No. 8385(1995), *Clunet* 1997, 1061, 1066 cf.; ICC Award No. 8365, (1996), *Clunet* 1997, 1078; *C. Schmitthoff*, *International Trade Usages*, 1987, No. 71: 'Substantive law is often born in the womb of procedure. In keeping with their international character, the law which these international arbitral bodies create is transnational. It is the new *lex mercatoria*'; *C. Schmitthoff*, in *Schmitthoff* (ed.), *The Sources of the Law of International Trade*, 1964, p. 37; *H.J. Berman*, *The Role of International Law in the Twenty First. Century*, *Fordham Int'l L.J.* 1995, at 1617, 1621; see also *R. David*, *Le Droit du Commerce International*, 1987, p. 127 et seq. *Clunet* 1997, 1078.; *B. Goldmann*, *L'entreprise multinationale face au droit*, 1977; *ders.*, *Lex mercatoria*, 1984; *G.-P. Calliess*, *Transnationales Handelsvertragsrecht*, S. 165 ff.; vgl. auch den Überblick bei *O. Glossner*, *Die Lex Mercatoria – Vision oder Wirklichkeit*, *RIW* 1984, 350 f.; *H. P. Glenn*, *A Transnational Concept of Law*, S. 854 f.

³⁷ *Z. B. Transnational Law Database*, Center for Transnational Law (CENTRAL), Universität Köln, www.tldb.de.

³⁸ Vgl. *F. Dasser*, *Lex mercatoria*, S. 78; *F. De Ly*, *International Business Law and Lex Mercatoria*, 1992, Rn. 284.

³⁹ *UNCITRAL Yb. XIX* (1988), S. 153, Nr. 31 ff.

⁴⁰ *ICC Publ. Nr. 560*; abgedruckt bei *Bredow/Seiffert*, *INCOTERMS 2000*, S. 213 ff.

⁴¹ *ICC Publ. Nr. 500*.

⁴² <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>; *M. J. Bonell*, *The UNIDROIT Principles in Practice: the experience of the first two years*, *Uniform Law Review* 1997, 34; *M. J. Bonell*, *The UNIDROIT Principles of International Contracts: Towards a new Lex Mercatoria?*, *Revue de droit des affaires internationales* 1997, 145.

⁴³ http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/.

'creeping codification of transnational law'.⁴⁴ Gemäß ihrer Präambel stellen sie „allgemeine Regeln für internationale Handelsverträge“ auf. Untergliedert in sieben Kapitel finden sich in ihren fast 120 Artikeln neben allgemeinen Bestimmungen (Kapitel 1) Vorschriften über den Vertragsschluss (Kapitel 2), die Wirksamkeit (Kapitel 3) und die Auslegung (Kapitel 4) von Verträgen, den Vertragsinhalt (Kapitel 5), die Erfüllung (Kapitel 6) und die Folgen der Nichterfüllung (Kapitel 7). Sie wurden mittels funktionaler Rechtsvergleichung von Wissenschaftlern und Praktikern aus allen bedeutenden Rechts- und Wirtschaftssystemen der Welt aus allgemeinen Rechtsprinzipien und Handelsbräuchen formuliert. Sie verstehen sich als genuines transnationales Recht und als eine Art *ius commune*.⁴⁵ Im Vergleich mit den UNIDROIT Principles haben die *Principles of European Contract Law* einen größeren sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich, sind aber räumlich auf die Europäische Union beschränkt. Weitere Kodifizierungsansätze finden sich in Musterverträgen der Internationalen Handelskammer. Ein branchenunabhängiges Beispiel ist der *ICC Model International Sales Contract*⁴⁶, der Formulierungsvorschläge für Kaufverträge über Industriewaren zum Weiterverkauf bereit hält. Darauf basiert seit 2002 unter der Bezeichnung „Paction“ ein Internethilfsmittel zur Vorbereitung, Verhandlung und zum Abschluss von Warenkaufverträgen.⁴⁷ Teilweise sind die transnationalen Regeln der *lex mercatoria*, die ihre primäre Rechtsquelle in zivilgesellschaftlichem Handelsgewohnheitsrecht haben, auch in internationalen Staatsverträgen aufgenommen oder durch zwischenstaatliche Wirtschaftsorganisationen gesammelt und weiterentwickelt worden.⁴⁸ Der kontinuierlichen Weiterentwicklung der *lex mercatoria* und der „schleichenden Kodifizierung transnationalen Rechts“⁴⁹ dient die weltweit im Internet abrufbare „Transnational Law Database“ (TLDB), eine offene Liste von Prinzipien, Regeln und Standards, die derzeit knapp 80 „black letter rules“ enthält.

⁴⁴ *K.P. Berger*, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, 1999, p. 210 et seq.; *K.P. Berger*, in *CENTRAL* (ed.), *Transnational Law in Commercial Legal Practice*, 1999, pp. 122, 124 et seq.; *O. Lando*, *The Harmonization of European Contract Law through a Restatement of Principles*, p. 20; Nottage, *Arb. Int'l* 2000, 53, 61.

⁴⁵ Report of the UNIDROIT Secretariat, *supra* note 41, p. 285 et seq.; *M.J. Bonell*, *Das UNIDROIT-Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für internationale Handelsverträge*, *RebelsZ* 56 (1992), S. 274, 287; *S. Hölker*, *Rolle der lex mercatoria*, 2006, S. 67 ff.

⁴⁶ ICC Publ. Nr. 556.

⁴⁷ URL: <http://paction.modelcontracts.com>.

⁴⁸ Genfer Abkommen 1930/31 über das internationale Wechsel- und Scheckrecht; Haager Abkommen über das einheitliche Kaufrecht 1964; Haager Abkommen über das auf internationale Warenkäufe anwendbare Recht; UN-Übereinkommen über den internationalen Warenkauf (CISG Convention on Contracts for the International Sale of Goods); int. Abkommen zum Land-, See und Lufttransport; Römisches Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht; Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen 1968.

⁴⁹ Dazu *K.P. Berger*, *Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts; ders., Lex Mercatoria Online*, *RIW* 2002, S. 256 ff.

V. Begründung und Verbindlichkeit der *lex mercatoria*

Gewöhnlich ist das Privatrecht in den jeweiligen staatlichen Rechtsrahmen eingeordnet.⁵⁰ Die *lex mercatoria* gründet jedoch unmittelbar auf dem Konsens der am internationalen Handel Beteiligten, mithin auf Privatautonomie.⁵¹ Diese ist das im Selbstbestimmungsrecht verankerte Prinzip und Recht der privaten Rechtssubjekte, mit jedermann überall in Rechtsbeziehungen zu treten und diese eigenverantwortlich zu gestalten.⁵² Wenn die Autonomie des Willens „unabhängig von allem rechtlichen Akt, jedermann von Natur zukommt“ (Kant)⁵³ „hat diese, ohne dass sie durch die staatliche Rechtsordnung erst eingeräumt werden müsste“⁵⁴, von vornherein neben der politischen Selbstbestimmung auch die Dimension der Privatautonomie⁵⁵. Die Rechtssubjektivität des Menschen, seine Selbstbestimmung als Teil der Menschenwürde ist menschenrechtlich verbürgt. Das Recht auf (transnationale) Privatautonomie, die Kant als „Weltbürgerrecht“ bezeichnet hat⁵⁶, liegt zahlreichen Menschenrechten zugrunde (vgl. Art. 1, 6, 12, 17, 18, 20, 23 Allg. Erklärung der Menschenrechte), ist also menschenrechtlich verankert. Sie muss vom Staat geschützt werden und wird nicht erst durch den Staat begründet. Weil es die Menschen auch außerhalb der Staaten, also in ihren transnationalen Beziehungen, nicht vermeiden können, einander ins Gehege zu kommen, müssen sie sich zur Sicherung ihrer Freiheit Rechtsregeln unterwerfen, durch welche das Recht verbindlich erkannt und gesichert wird.⁵⁷ Dies ist zur Wahrung des Allgemeininteresses durch staatliche und europäische Gesetzgebung und in den einzelnen Beziehungen auch zwischen Privaten durch Formen der Selbstregulierung und Instrumente zivilrechtlicher Rechtsbindung (z. B. Verträge, Gewohnheitsrecht) möglich. Trotz der globalisierten Lebensverhältnisse gibt es keine, jedenfalls keine alles umfassende Weltrechtsordnung.⁵⁸, sondern ein Mehrebenensystem⁵⁹, an dem auch

⁵⁰ K. Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, S. 36 f.; W. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, § 1. 2 a. E.

⁵¹ Vgl. auch K.P. Berger, The New Law Merchant and the Global Market Place - A 21st Century View of Transnational Commercial Law, www.trans-lex.org/000002, p. 14 seq.

⁵² Dazu W. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 411 ff.; W. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 1979, § 1, 1; K. Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 1980, S. 1 ff., 35 f.; vgl. BVerfG 72, 155 (170).

⁵³ Kant, Metaphysik der Sitten, hrsg. v. W. Weischedel, 1983, Bd. 7, Rechtslehre, S. 345 (AB 45).

⁵⁴ So W. Flume, Das Rechtsgeschäft, § 1. 2 a. E.; Th. Summerer, Internationales Sportrecht – eine dritte Rechtsordnung?, in: Fs H. Hanisch, 1994, S. 267 (274), F. Kirchhof, Private Rechtsetzung, 1987, S. 134, 138 ff.; vermittelnd K. Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, S. 36 f., der die rechtliche Geltung sowohl auf die Privatautonomie als auch auf die Anerkennung durch die Rechtsordnung stützt.

⁵⁵ Grundlegend J. Piils, Parteiautonomie, 1995, S. 26 ff.; siehe auch W. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 411 ff.; K. Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, S. 36 f.

⁵⁶ Kant, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, S. 475 (A 229/B 259); ders., Zum ewigen Frieden, Ein philosophischer Entwurf (A 1795 / B 1796), hrsg. v. W. Weischedel, 1983, Bd. 9, S. 213 (BA 40).

⁵⁷ Vgl. K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, 2006, S. 67 ff., 274 ff.; G. Geismann, Kants Rechtslehre vom Weltfrieden, ZfphilF 37 (1983), S. 364.

⁵⁸ Dazu A. Emmerich-Fritsche, Vom Völkerrecht zum Weltrecht, S. 573 ff.

⁵⁹ Ch. Ku, Forging a Multilayered System of Global Governance, in: Ronald St J MacDonald / Douglas M. Johnston (eds.), Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community, 2005, 631-651; E.-U. Petersmann, Multilevel Judicial Governance of International Trade

private Akteure rechtsetzend beteiligt sind. Globale Privatrechtsetzung ist eine sachgerechte Möglichkeit partiell einheitlicher Regelung transnationaler Rechtsbeziehungen.⁶⁰

Die Qualität der Rechtsverbindlichkeit der *lex mercatoria* ist wie schon die Vielfalt ihrer Rechtsquellen zeigt, unterschiedlich.

Fraglich ist, ob die *lex mercatoria* als verbindliches und judiziables Recht einzuordnen ist.⁶¹ Ungeachtet ihrer Verankerung im Gewohnheitsrecht, lässt sich die *lex mercatoria* wegen ihrer Begründung aus der Privatautonomie nicht generell als *soft* oder *hard law* kennzeichnen, sondern ist in ihrer Geltung durch die Privatautonomie und im Einzelfall durch die Rechts- und Rechtsformenwahl der Parteien mitbestimmt. Die Verbindlichkeit der *lex mercatoria* ist vielmehr abgestuft:

1. Von vornherein allgemeinverbindliche Normen
2. Disponible oder subsidiär geltende Normen, deren Verbindlichkeit die Parteien ausschließen können
3. Normvorschläge, welche erst durch die Rechtswahl der Parteien Geltung erlangen

zu 1) Wie allgemein üblich im nationalen Privatrecht enthält die *lex mercatoria* einerseits allgemeinverbindliche gewohnheitsrechtliche Mindeststandards, universelle Rechtsprinzipien wie „Good faith“, Verbot des Rechtsmissbrauchs, „venire contra factum proprium“, „volenti non fit iniuria“, „reasonableness“. Die gewohnheitsrechtlich und in allgemeinen Rechtsprinzipien verankerte *lex mercatoria* hat sektoral allgemeine Geltung und Rechtsetzungsqualität. Sie ist nicht nur transnationales, sondern auch unmittelbares, allgemeines (privates) Weltrecht der am transnationalen Handel teilnehmenden Kaufmannschaft, auf deren Konsens sie beruht.⁶² Die allgemein anerkannte Übung und der darin enthaltene Konsens binden die Beteiligten, nicht nur als *soft law*, jedenfalls nicht im Sinne von schwachem Recht.⁶³

Zu 2) Andererseits beinhaltet die *lex mercatoria* einen großen Bestand dispositiver, subsidiärer Grundsätze, auf die die Schiedsgerichte zurückgreifen, wenn zwischen den Parteien nichts anderes vereinbart ist.⁶⁴ Die aufgrund der Anerkennung der Parteiautonomie mögliche Rechtswahl⁶⁵ nimmt der *lex mercatoria* nicht den Charakter als subsidiär verbindliches Recht.

Requires a Common Conception of Rule of Law and Justice (2007) 10, Journal of International Economic Law 529-552 at 533; A. Emmerich-Fritsche, Vom Völkerrecht zum Weltrecht, S. 312 ff.

⁶⁰ G.-P. Calliess, Transnationales Handelsvertragsrecht, S. 160.

⁶¹ Ablehnend: Th. Schultz, Some Critical Comments on the Juridicity of Lex Mercatoria, Yearbook of Private International Law, Vol. 10, 2008, p. 667 seq.

⁶² Vgl. zu den „guten Sitten“ K. A. Schachtschneider, Das Sittengesetz und die guten Sitten, in: Fs W. Thieme, 1993, S. 195 (208, 223).

⁶³ Vgl. G. Teubner, Globale Bukowina, S. 24; vgl. auch G.-P. Calliess, Transnationales Handelsvertragsrecht, S. 168 ff., 176.

⁶⁴ See <http://www.trans-lex.org/browse.php?what=digest>

⁶⁵ See A. Goldstajn, The New Law Merchant, J. Bus. L. 1961, 12, 17; P. Nygh, Autonomy in International Contracts, 1999, chapter 1; Redfern & Hunter, N. Blackaby, C. Partasides, Law and Practice of

Zu 3) Des Weiteren enthält die *lex mercatoria* auch bewährte, als solche noch nicht verbindliche Regelungsvorschläge, auf welche die Parteien im Rahmen ihrer Parteiautonomie zurückgreifen und die dann durch Parteivereinbarung wirksam werden. Incoterms beispielsweise mit ihrer Vielzahl unterschiedlicher, sich inhaltlich auch ausschließender Regelungsvarianten können erst Verbindlichkeit erlangen, wenn sie zwischen Käufer und Verkäufer gültig vereinbart werden. Ihre Verwendung im Vertrag ist freiwillig. Sonderbestimmungen in einzelnen Verträgen zwischen den Parteien gehen den Incoterms im Übrigen vor. In diesem Fall wird die Verbindlichkeit der *lex mercatoria* erst durch die Parteien aktiviert.

Grenzen der Privatrechtsetzung ergeben sich aus zwingenden Regeln der am Allgemeininteresse ausgerichteten öffentlichen Rechtsordnung. Aber der Staat kann deshalb kein Rechtsetzungsmonopol beanspruchen.⁶⁶ Ein solches folgt auch nicht aus dem Demokratiegebot⁶⁷; welches neben seinem freiheitlichen Gehalt der Selbstbestimmung keinen Selbstzweck hat.⁶⁸ Die *lex mercatoria* leitet sich aus einem zivilgesellschaftlichen Konsens oder übereinstimmenden Willen der Parteien ab und ist damit als Akt der Selbstgesetzgebung nicht weniger freiheitlich legitimiert. Privatautonomes und öffentliches Recht haben in einem freiheitlichen System somit letztlich denselben letzten Geltungsgrund in der Selbstbestimmung als Grundlage des Rechtsprinzip. Trotz seiner multifunktionalen und mehrschichtigen hybriden, pluralen Erscheinungsformen, besteht eine Rechtseinheit über den Rechtsgeltungsgrund und damit über das Rechtsprinzip als Grundnorm.

Die Bindung an den gemeinsamen, in Verträgen geäußerten Willen gilt auch, wenn die Vertragspartner aufgrund ihrer Parteiautonomie (vgl. Art. 27 EGBGB; Art. 3 EVÜ) in ihrer Rechtswahl der Rechtsordnung eines Drittstaates den Vorzug geben, ohne Staatsbürger dieses Landes zu sein und somit keine bürgerlich-demokratische Beziehung zu dieser Rechtsordnung besteht. Darauf kommt es für die Verbindlichkeit *inter partes* auch nicht an. Entscheidend ist, dass die Abmachung auf dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten beruht.⁶⁹ Dieser begründet die Autorität des anwendbaren Rechts zwischen den Parteien und nicht die jeweils gewählte nationale Ordnung als solche. Das gewählte nationale Recht erhält durch die Rechtswahl den Charakter transnationalen Rechts und ist als solches zwischen den Parteien verbindlich. Finanzinnovationen auf globalen Märkten werden länderübergreifend entwickelt. Streitigkeiten aus solchen Vertragsbeziehungen überantworten die Vertragsparteien regelmäßig Handels-Schiedsgerichten⁷⁰, die *ad hoc* aus weltweit anerkannten Juristen

International Commercial Arbitration, 4th Ed. 2004 at p 315; see also 19(1) of the UNCITRAL Model Law.

⁶⁶ Dazu F. Kirchhof, Private Rechtsetzung, 1987, S. 107 ff.

⁶⁷ Dazu F. Kirchhof, Private Rechtsetzung, S. 112 f.

⁶⁸ Dazu A. Emmerich-Fritsche, Vom Völkerrecht zum Weltrecht, S. 616 ff.

⁶⁹ G.-P. Calliess, Transnationales Handelsvertragsrecht, S. 174 f.

⁷⁰ Ch. Hauschka, Internationalisierung der Wirtschaft, Rechtstheorie, 21 (1990), S. 374 ff.; dazu M. Aden, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 1988; K. Lionnet, Handbuch der internationalen und

gebildet werden.⁷¹ Wenn sich die Vertragsparteien auf das Mustergesetz internationaler Gremien (z. B. das Modellgesetz der UNCITRAL⁷² zur internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit) oder auf wissenschaftlich erarbeitete Normen beziehen, übernehmen sie diesen von Experten⁷³ erarbeiteten Regelungsvorschlag in ihren Vertrag ebenfalls als ihren gemeinsamen Willen.⁷⁴

Die Rechtlichkeit oder Verbindlichkeit privatautonomer Rechtsetzung für die jeweils Beteiligten folgt aus dem vertrauensschützenden Rechtsprinzip.⁷⁵ Wer Versprechen nicht hält oder gegen übliche Handelsbräuche verstößt, schädigt diejenigen, welche auf das Versprechen oder die Übung vertraut haben und liefert sie seinem Belieben („nötigender Willkür“) aus. Eine Befugnis Verträge beliebig zu brechen, wäre nicht Recht, sondern Willkür und würde dem Rechtsprinzip widersprechen.⁷⁶ Daher ist der Vertrag als gemeinsamer Wille der Parteien auf rechtliche Verbindlichkeit angelegt. Die Rede ist auch vom *lex contractus*.⁷⁷

VI. Grenzen der Privatautonomie

Wegen des Prinzips freiheitlicher Selbstbestimmung erzeugt privatautonome Rechtsetzung auch als Gewohnheitsrecht nur unter den verpflichteten Beteiligten oder den Handelspartnern (d.h. private) Verbindlichkeit.⁷⁸ Sofern über den Kreis der Normungsautoren hinaus einseitige belastende oder bevormundende Regelungen für dritte Andere getroffen werden, können diese aus sich heraus kein Recht begründen. Privatautonome Rechtsetzung steht hinsichtlich der Interessen der Allgemeinheit unter dem Vorbehalt der öffentlichen Rechtsordnung⁷⁹, des (internationalen) *ordre public*⁸⁰, der allgemeinen Prinzipien der Freiheit und Gleichheit⁸¹ und den Menschenrechten. Für

nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 1997; D. Frank, Grundlagen der Schiedsgerichtsbarkeit, JuS 1998, 158 ff.; M. Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, S. 107 ff.

⁷¹ Z. B. das Schiedsgericht (Arbitration Court) der International Chamber of Commerce and Arbitration Association.

⁷² United Nations Commission on International Trade Law 1966/77 als Ausschuß der Generalversammlung gegründet, Mustergesetz von 1985 UN-Doc. A/40/53, geändert 2006, Text unter: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts.html.

⁷³ Zur Rolle von Rechtsberatern als Akteure des transnationalen Rechts: K. Günther / Sh. Randeria, Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung, in: Werner Reimers Stiftung, Schriftenreihe: Suchprozesse für innovative Fragestellungen in der Wissenschaft, Heft 4, 2001, S. 59 ff.

⁷⁴ G.-P. Calliess, Transnationales Handelsvertragsrecht, S. 170, 174 f.

⁷⁵ Dazu K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 508 ff.; vgl. auch G.-P. Calliess, Transnationales Handelsvertragsrecht, S. 161 f.

⁷⁶ K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 508 ff.

⁷⁷ K. Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, S. 36.

⁷⁸ Vgl. § 328 BGB, wonach Verträge nur zugunsten Dritter möglich sind.

⁷⁹ Vgl. dazu grundlegend Kant, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, S. 366 (AB 74) f.; J. Habermas, Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?, in: ders., (Hrsg.), Der gespaltene Westen, 2004, S. 113 (175; 179 ff.); in Bezug auf die *lex mercatoria* S. Hölker, Rolle der *lex mercatoria*, S. 51 ff.

⁸⁰ Siehe Art. 6 EGBGB, Art. 16 EVÜ; dazu G. Jaenicke, „International Public Order“, in: R. Bernhard u. a. (Hrsg.); EPIL, Vol. II, 1995, S. 1348; J. Kokott, Grund- und Menschenrechte als Inhalt eines internationalen *ordre public*, BDGV 39 (1997), S. 71 ff.; F. Pentzlin, Der universelle *Ordre public* im Wirtschaftsrecht als ein Ordnungsprinzip des innerstaatlichen Rechts, 1985, S. 8a.

⁸¹ G.-P. Calliess, Transnationales Handelsvertragsrecht, S. 163, 176.

den Bereich des transnationalen Handels werden diese Grundsätze teilweise in den UNIDROIT Principles, nicht nur als Vertragsfreiheit (Art. 1.1), sondern auch als deren Grenzen im Hinblick auf das Gemeinwohl (Art. 1.4: Vorrang von international zwingendem Recht) sowie als Prinzip der Rücksichtnahme (Art. 1.7: „Good faith and fair dealing“) materialisiert.⁸²

VII. Verantwortung aus der Privatautonomie

Dafür zu sorgen, dass Allgemeininteressen nicht verletzt werden, liegt nicht nur im Bereich der öffentlichen, sondern auch in dem der privatautonomen Rechtsetzung. Auch Private dürfen die Privatautonomie nicht dazu gebrauchen, Rechte Anderer zu verletzen oder deren Verletzung in ihrer Verantwortungssphäre zulassen. Verträge sind ein adäquates Rechtsetzungsinstrument unter Privaten zum wechselseitigen Interessenausgleich.⁸³

Es gibt kein Menschheitsanliegen, einschließlich der öffentlichen Aufgaben⁸⁴, welche der privaten Regelung prinzipiell entzogen wären.⁸⁵ Um die Implementierung von globalen Sozial- und Umweltstandards bemühen sich auch von staatlichen Institutionen unabhängige Kontrollgremien, in denen insbesondere Umwelt- und Verbraucherschutzverbände engagiert sind. Sie vergeben etwa „Sozial- und Ökosiegel“⁸⁶, die dazu anreizen sollen, dass bestimmte Herstellungsstandards eingehalten sind, z. B. eine bestimmte Einfuhrware aus einem Entwicklungsland nicht in unzulässiger Kinderarbeit erzeugt worden ist.⁸⁷ Auch Initiativen der Unternehmensethik⁸⁸, wie die *corporate codes of conduct*⁸⁹, welche u.a. auf die

⁸² G.-P. Calliess, Transnationales Handelsvertragsrecht, S. 173 f.

⁸³ P. Zumbansen, Spiegelungen von Staat und Gesellschaft, in: M. Anderheiden / S. Huster / S. Kirste (Hrsg.), Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit, ARSP Beiheft 79 (2001), 39 f.

⁸⁴ Dazu K. A. Schachtschneider, Grundgesetzliche Aspekte der freiberuflichen Selbstverwaltung, Die Verwaltung 31 (1998), S. 140 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, 2005, S. 45 ff.

⁸⁵ P. Zumbansen, Lex mercatoria, RabelsZ 67 (2003), S. 668.

⁸⁶ http://www.transfair.org/fileadmin/user_upload/____PDF____/materialien/zumdownload/download_sozielsiegelverhaltenskodizis.pdf

⁸⁷ S. Zadek, S. Lingayah, M. Forstater, New Economics Foundation for the European Commission Industrial relations and industrial change, Social Labels: Tools for Ethical Trade, 1998 (http://www.ilo.org/dyn/basi/docs/F126/social_labels_tools.pdf); F. Franzmeyer, Welthandel und internationale Arbeitsteilung, Informationen zur politischen Bildung, Nr. 263, 2. Quartal 1999, S. 12.

⁸⁸ Dazu W.M. Evans and R. Edward Freeman: A Stakeholder Theory of the Modern Corporation: Kantian Capitalism, in: Tom L. Beauchamp und Norman E. Bowie (Hrsg.): Ethical Theory and Business, Prentice-Hall, Englewood-Cliffs 1988, 97-106, 97; Ch. Cowton, Roger Crisp (Hrsg.): Business ethics: perspectives on the practice of theory, 1998; C. Fisher, A. Lovell: Business Ethics and Values: Individual, Corporate and International Perspectives, Pearson Education, 3. Ed. 2008; H. Steinmann, Grundlagen der Unternehmensethik, 1994.; A. G. Scherer, Multinationale Unternehmen und Globalisierung, 2003.

⁸⁹ Dazu J. I. Mahari, Codes of Conduct für multinationale Unternehmen, 1985; C. A. Raiborn and D. Payne, Corporate codes of conduct: A collective conscience and continuum, Journal of Business Ethics Vol. 9, Nr. 11, 879-889, M.S. Schwartz, Universal Moral Values for Corporate Codes of Ethics, Journal of Business Ethics, Vol. 59, Nr. 1-2, 27-44; A. G. Scherer, Die Multinationale Unternehmung als Mittler zwischen privater Freiheit und öffentlichem Interesse – Verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln im Prozeß der Globalisierung, in: K.A. Schachtschneider, (Hrsg.), Rechtsfragen der Weltwirtschaft, 2002, S. 329 (334 ff.); D. Kinley / J. Tadaki, Human Rights Responsibilities for

Menschenrechte und auf Umweltstandards Bezug nehmen, tragen als *soft law* zur Entwicklung einer globalen Zivilverfassung bei. Allgemeinverbindliches Recht können sie jedoch nicht setzen und auch nicht ersetzen. Zu allgemeiner Gesetzgebung sind selbst die größten Unternehmen nicht befugt. Aber die Aufnahme von *codes of conduct*, welche bestimmte rechtliche Mindeststandards enthalten, in Verträge mit Zulieferbetrieben, wodurch diese in dem jeweiligen Vertragsverhältnis Rechtsverbindlichkeit erhalten und deren Nichterfüllung zu vertraglichen Sanktionen führt, ist Ausdruck wahrgenommener Menschenrechtsverantwortung.⁹⁰ Sie leitet sich nicht aus einer allgemeinen (paternalistischen) Schutzpflicht, sondern aus der mit der Privatautonomie, Unternehmensfreiheit und mit dem Eigentum verbundenen Verantwortung ab, durch die Ausübung dieser Rechte, die Rechte Anderer nicht zu verletzen.⁹¹ Gleichzeitig zeigt die Wahrnehmung solcher Verantwortung eine Reaktion auf einen, in der Zivilgemeinschaft geführten, ethisch-rechtlichen Diskurs. *Codes of conduct* können allerdings, soweit sie sich im Wirtschaftsverkehr als „gute Sitte“ im Sinne der *lex mercatoria* als gesellschaftsunmittelbares Gewohnheitsrecht⁹² durchsetzen, rechtsverbindlich und gegebenenfalls einklagbar werden. „Gute Sitten“ entstehen durch private Rechtsetzung, aufgrund eines Konsenses und einer Übung zwischen den jeweils Beteiligten als unmittelbare Rechtsetzung.⁹³ Soweit sich *codes of conduct* durch Aufnahme in Vertragsmuster und Netzwerkarbeit⁹⁴, zu Übungen im internationalen Wirtschaftsverkehr als Bestandteil der *lex mercatoria* entwickeln oder als solche angesehen werden können, erhalten sie den Status privaten Gewohnheitsrechts. Dieses kann auch zur Auslegung und Materialisierung staatlicher Gesetze (z. B. §§ 242 BGB, 3 UWG) herangezogen werden und zu staatlich durchsetzbaren Recht erstarken.

VIII. (Internationale) private Schiedsgerichtsbarkeit und Durchsetzung der *lex mercatoria*

Konstitutiv für das Schiedsverfahrens ist die von den Parteien aufgrund ihrer Privatautonomie getroffene Schiedsvereinbarung. Schiedsgerichte sind daher nicht ebenso wie staatliche Gerichte in eine nationale Ordnung eingebunden und somit auch

Corporations, VJIL 44 (2004), S. 953 ff.; Überblick über die Selbstverpflichtungen einzelner multinationaler Unternehmen: C.F. Hillemanns, Transnationale Unternehmen und Menschenrechte Eine Studie zu den ersten beiden Prinzipien des Global Compact, Diss. 2004, <http://www.dissertationen.unizh.ch/2006/hillemanns/diss.pdf>, 5. Kapitel.; ILO, <http://actrav.itcilo.org/actrav-english/telearn/global/ilo/code/main.htm>

⁹⁰ Dazu A. G. Scherer, Multinationale Unternehmung als Mittler zwischen privater Freiheit und öffentlichem Interesse, in: K. A. Schachtschneider, Rechtsfragen der Weltwirtschaft, 2002, S. 329 ff.

⁹¹ A. Emmerich-Fritsche, Zur Verbindlichkeit der Menschenrechte für transnationale Unternehmen, in: AVR45 (2007), 541 (548 ff.).

⁹² Vgl. A. Fischer-Lescano, Die Emergenz der Globalverfassung, ZaöRV 63 (2003), S. 751.

⁹³ Dazu K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, 1986, S. 363 ff. (368 ff.); ders., Das Sittengesetz und die guten Sitten, in: B. Becker / H. P. Bull / O. Seewalt (Hrsg.), Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, 1993, S. 195 (206 ff.).

⁹⁴ Vgl. z. B. den Runden Tisch Verhaltenskodizes des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung und den Arbeitskreis Menschenrechte und Wirtschaft im Auswärtigen Amt.

nicht von vornherein einer bestimmten Rechtsordnung verpflichtet.⁹⁵ Das von den Parteien oder auch das vom Schiedsgericht im Wege objektiver Anknüpfung zu bestimmende Recht muss nicht nationaler Herkunft, kann also auch die *lex mercatoria* sein.⁹⁶ Belegt wird dies anhand der Fassung der ICC Schiedsgerichtsordnung von 1998 (Art. 17 Ziff. 1: „The parties shall be free to agree upon the *rules of law*...“) im Vergleich zu der Vorgängerfassung (Art. 13 Ziff. 3: „The parties shall be free to determine the *law*...“). Die neuere Betonung auf „Rechtsregeln“ bringt nach überwiegender Auffassung zum Ausdruck, dass eine Beschränkung der Rechtswahlmöglichkeiten auf nationale Rechtsordnungen nicht zwingend ist.⁹⁷ Eine Zwangsnationalisierung des Verfahrens durch feststehendes Kollisionsrecht erfolgt also nicht. Das entspricht dem häufigen Interesse der Parteien an der Neutralität des Staates, in dem das Schiedsgericht seinen Sitz hat.⁹⁸ Die Loslösung des Schiedsgerichts vom IPR seines Sitzstaates ist in Art. VII Abs. 1 des Europäischen Übereinkommens über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21.04.1961⁹⁹ ausdrücklich vorgesehen und wurde sinngemäß in Art. 33 der UNCITRAL Schiedsordnung¹⁰⁰, in Art. 28 des UNCITRAL-Modellgesetzes über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit¹⁰¹ und in Art. 17 der ICC Schiedsordnung¹⁰² übernommen. Das Schiedsgericht entscheidet somit grundsätzlich nach den von den Parteien vertraglich vorgegebenen Regeln und berücksichtigt die allgemeinen Handelsbräuche (*lex mercatoria*), muss aber ebenfalls *ius cogens*¹⁰³ beachten.¹⁰⁴

Fast alle transnationalen Handelsverträge (ca. 90%) werden mit Schiedsgerichtsklausel geschlossen.¹⁰⁵, um die nationale Gerichtsbarkeit zu umgehen, an deren Überparteilichkeit (aufgrund deren nationalen Zusammensetzung) in grenzüberschreitenden Streitigkeiten gezweifelt wird.¹⁰⁶ Ein effektiver Rechtsschutz

⁹⁵ P. Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2., Aufl., 1989, Rn. 209.

⁹⁶ Lando, The Law Applicable to the Merits of the Dispute, The Law Applicable to the Merits of the Dispute, in: J. Lew (Hrsg.), Contemporary Problems in International Arbitration, 1987, S. 101 (104); B. Goldman, The Applicable Law, S. 113, 117; Bucher, Transnationales Recht im IPR, in: Schwind, Fritz (Hrsg.), Aktuelle Fragen zum Europarecht aus der Sicht in- und ausländischer Gelehrter, 1986, S. 11 (38 m.w.N.); a.A.: V. Triebel/E. Petzold, Grenzen der *lex mercatoria* in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, RIW 1988, S. 245 (246 ff.)

⁹⁷ Vgl. B. Goldman, The Applicable Law, S. 113, 122; O. Lando, The principles of European contract law and the *lex mercatoria*, in: J. Basedow (Hrsg.), Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification; Liber amicorum Kurt Siehr, 2000, S. 391 (400); K. P. Berger, Schleichende Kodifizierung, S. 76.

⁹⁸ S. Hölker, Die Rolle der *lex mercatoria*, S. 47.

⁹⁹ BGBl 1964 II, S. 426.

¹⁰⁰ URL: <http://www.uncitral.org/english/texts/arbitration/arb-rules.htm>.

¹⁰¹ Vom 11.12.1985. URL: <http://www.uncitral.org/english/texts/arbitration/ml-arb.htm>.

¹⁰² URL: http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/pdf_documents/rules/rules_english.pdf;

vgl. zur ICC die Kurzdarstellung in UNCITRAL Yb. XIX (1988), S. 159, Nr. 101 ff.

¹⁰³ Dazu A. Bleckmann, Allgemeine Staats- und Völkerrechtslehre, 1995, S. 846; A. Fischer –Lescano, Die Emergenz der Globalverfassung, ZaöRV 63 (2003), S. 743 ff.; S. Kadelbach, Zwingendes Völkerrecht, 1992; A. Emmerich-Fritsche, Vom Völkerrecht zum Weltrecht, S. 442 ff.

¹⁰⁴ W. J. Habscheid, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 112; vgl. J. Albers, in: Baumbach / Lauterbach./ Albers / Hartmann, ZPO, § 1051, Rn. 5.

¹⁰⁵ R. Voigt, Das Ende der Innenpolitik?, Aus Politik und Zeitgeschichte, B 29-30/98, S. 7.

¹⁰⁶ G.-P. Calliess, Transnationales Handelsvertragsrecht, S. 167 f.

wird im transnationalen Handel nur durch Schiedsgerichte möglich.¹⁰⁷ Die staatliche Gerichtsbarkeit ist in den globalen Handelsbeziehungen „fast ausgehebelt“.¹⁰⁸ Häufig werden die nationalen Verfahrensordnungen durch die in Anlehnung an das Schweizer Recht entwickelten völkervertraglichen Regeln der Internationalen Handelskammer ersetzt¹⁰⁹. Immer größere Bedeutung kommt außerdem den UNCITRAL-Schiedsregeln¹¹⁰ zu.¹¹¹

Allerdings erlangt die nationale Gerichtsbarkeit Bedeutung, wenn der Konsens der Schiedsparteien nicht mehr besteht und die Anerkennung des Schiedsspruchs als verbindliche Entscheidung und ein vollstreckungsfähiger Titel begehrt wird. Einige völkerrechtliche Verträge erleichtern die internationale Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen (z.B. New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche 1958, Europäisches Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, ICSID Streitbeilegung aufgrund von Investitionsschutzverträgen)

1. Private Durchsetzung der *lex mercatoria*

Traditionell setzt verbindliches Recht Durchsetzungsbefugnisse voraus, wobei diese je nach Rechtsquelle unterschiedlich ausgeprägt sind.¹¹² Für die Frage der Verbindlichkeit des Weltgesellschaftsrechts erscheint auch eine Orientierung am soziologischen Geltungsbegriff des Rechts geboten: „Eine Norm gilt sozial, wenn sie entweder befolgt wird oder ihre Nichtbefolgung sanktioniert wird.“¹¹³

Eine gänzlich private Rechtsordnung würde voraussetzen, dass Schiedssprüche im Falle ihrer Nichtbefolgung auch privat vollstreckt werden¹¹⁴, was im transnationalen Handelsrecht nicht der Fall ist. Das liegt nicht an einem in dem Sinne verstandenen Gewaltmonopol, wonach nur der Staat über Gewalt verfügen würde. Nicht nur der Staat, auch Private besitzen Gewalt und Gewaltbefugnisse und nur deshalb hat sie auch der Staat.¹¹⁵ *Vis absoluta* ist jedoch wegen des grundsätzlichen Nötigungs- und Gewaltverbots der Friedens-, Freiheits- und Sicherungsfunktion des Staates

¹⁰⁷ W. J. Habscheid, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz und in Deutschland, in: E. Aderhold /K. Lipstein /Ch. Schücking / R. Stürner (Hrsg.), Festschrift für Hans Hanisch, 1994, S. 109 (110).

¹⁰⁸ O. Höffe, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, 2002, S. 366; vgl. auch U. Hingst, Auswirkungen der Globalisierung auf das Recht der völkerrechtlichen Verträge, 2001, S. 45 f.

¹⁰⁹ R. Voigt, Das Ende der Innenpolitik?, Aus Politik und Zeitgeschichte, B 29-30/98, S. 7.

¹¹⁰ ILM 15 (1976), S. 701.

¹¹¹ Dazu K. Lionnet, Die UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung aus der Sicht der Parteien, in: Beilage Nr. 17 Betriebsberater 1993.

¹¹² Dazu A. Emmerich-Fritsche, Recht und Zwang im Völkerrecht, insbesondere im Wekthandelsrecht, in: K.A. Schachtschneider (Hrsg.), Rechtsfragen der Weltwirtschaft, 2002, S. 123 ff.

¹¹³ R. Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 1992, S. 139.

¹¹⁴ G.-P. Calliess, Transnationales Handelsvertragsrecht, S. 168.

¹¹⁵ Vgl. dazu K. A. Schachtschneider, Grundgesetzliche Aspekte freiberuflicher Selbstverwaltung, Die Verwaltung, 139 (151 ff.).

vorbehalten¹¹⁶ oder steht nur vorläufig und subsidiär Privaten zu¹¹⁷. Beispiele privater *vis absoluta* sind Maßnahmen der Selbsthilfe, Notwehr und Notstand¹¹⁸, das Festnahmerecht¹¹⁹ sowie das Widerstandsrecht¹²⁰. Aus der Privatautonomie können deswegen nur solche Gewaltbefugnisse abgeleitet werden, die staatlich gestattet sind. Erlaubt sind etwa Vertragsstrafen¹²¹ oder die Führung „schwarzer Listen“. Aufgrund der Offenheit der internationalen Märkte reichen solche Maßnahmen jedoch oft zur Rechtsdurchsetzung nicht aus.

3. Staatliche Anerkennung und Vollstreckung von Schiedsurteilen

Die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit ist allein aufgrund des Respekts der Parteien, der ihr entgegen gebracht wird, nicht in der Lage, die Regelbefolgung sicherzustellen.¹²² Die Schiedsgerichtsbarkeit ist insbesondere deshalb so erfolgreich, weil die meisten Staaten Schiedsgesetze erlassen haben.¹²³ Diese bewirken, sofern bestimmte rechtliche Mindestanforderungen an die Gültigkeit der Schiedsklausel (freier Konsens), an die Fairness des Verfahrens (*rule of law*) sowie der *ordre public* eingehalten worden sind, folgendes: Erstens wird den Parteien aufgrund der Sperrwirkung der Schiedsklausel der Zugang zu den staatlichen Gerichten versagt (jedenfalls, wenn dies gerügt wird).¹²⁴ Zweitens wird der Inhalt von Schiedssprüchen gleich einem gerichtlichen Urteil anerkannt (formelle und materielle Rechtskraft).¹²⁵ Und drittens sind Schiedssprüche wie Urteile der Zivilgerichte staatlich vollstreckbar.¹²⁶ Im Ausland ergangene Schiedssprüche werden nach der UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards von 1958 (New York Convention)¹²⁷ in mehr als 120 Staaten anerkannt und vollstreckt.

Die Verbindlichkeit von Schiedsgerichtsurteilen beruht zwar auf privater Vertrags- und Vereinsautonomie¹²⁸, sie steht jedoch im Falle der Nichtbefolgung unter dem Vorbehalt staatlicher Nachprüfung.¹²⁹ Als vollstreckbarer Titel bedarf sie staatlicher¹³⁰ und als

¹¹⁶ Vgl. BVerfGE 61, 126 (136); 69, 315 (360); W. Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, 1973, S. 30; F. Kirchhof, Private Rechtsetzung, S. 119 ff.

¹¹⁷ F. Kirchhof, Private Rechtsetzung, S. 123.

¹¹⁸ Vgl. §§ 227, 228, 229 BGB.

¹¹⁹ § 127 Abs. 1 StPO.

¹²⁰ Vgl. Art. 20 Abs. 4 GG.

¹²¹ Vgl. §§ 336 BGB ff.

¹²² S. Hölker, Die Rolle der *lex mercatoria*, S. 145 f.

¹²³ G.-P. Calliess, Transnationales Handelsvertragsrecht, S. 167; vgl. z. B. 10. Buch der deutschen ZPO.

¹²⁴ Vgl. § 1032 ZPO

¹²⁵ Vgl. J. Albers, in: Baumbach / Lauterbach./ Albers / Hartmann, ZPO, § 1055, Rn. 1 ff.

¹²⁶ G.-P. Calliess, Transnationales Handelsvertragsrecht, S. 167 f.; P. Zumbansen, *Lex mercatoria*, *RabelsZ* 67 (2003), S. 652; vgl. § 1060, 1061; dazu J. Albers, in: Baumbach / Lauterbach./ Albers / Hartmann, ZPO, § 1060, Rn. 2 ff.

¹²⁷ BGBl. 1961 II, S. 122.

¹²⁸ K. A. Bettermann, Die rechtsprechende Gewalt, *HStR*, Bd. III, 1988, § 73, S. 810, Rn. 77.

¹²⁹ K. A. Bettermann, Die rechtsprechende Gewalt, *HStR*, Bd. III, § 73, S. 810 ff., Rn. 77 ff.

¹³⁰ Siehe §§ 1060, 1061 ZPO; J. Albers, zu § 1060 und § 1061, in: Baumbach / Lauterbach / Albers / Hartmann, ZPO, 62004; vgl. auch M. Herdegen, *Internationales Wirtschaftsrecht*, S. 112 ff.

ausländischer Schiedsspruch zusätzlich internationaler¹³¹ Anerkennung. Tatsächlich werden also die von transnationalen Unternehmen und globalen Finanzmärkten entwickelten Regeln durch den staatlichen, internationalen und supranationalen Rechtsrahmen erst vollständig durchsetzbar. Ohne staatliche oder internationale Anerkennung schafft das globale transnationale Recht nur vorläufiges Privatrecht, das durch zwingendes öffentliches Recht überlagert und aufgrund staatlicher Anerkennung¹³² erst gesicherte Rechtsverbindlichkeit erlangt.

Soweit nationale Gerichte Schiedsurteile oder Regeln der *lex mercatoria* anerkennen, entsteht eine Verbindung der Zivilverfassung zur öffentlichen Rechtsordnung, die auch als Konstitutionalisierung bezeichnet wird.¹³³ Diese ist transnational; denn es findet eine Vernetzung zwischen privatautonomem Weltgesellschaftsrecht und staatlichem Recht statt. Graf-Peter Calliess meint:

„autonome Spontanverfassung der Lex Mercatoria...und öffentliche Rahmenverfassung (Schiedsgesetze, UN-Übereinkommen)...ergänzen sich dabei wechselseitig zu einer hybriden *Zivilverfassung*, die sich als Blaupause einer globalen Herrschaft des Rechts auch in anderen Politikbereichen eignet.“¹³⁴

IX. Ergebnis

Privatautonom gesetztes transnationales Recht entsteht gesellschaftsunmittelbar und global jenseits staatlicher Organisationen. Es ist Weltgesellschaftsrecht oder privates Weltrecht und beruht auf dem Prinzip der Selbstbestimmung. Zur Wahrung des Allgemeininteresses unterliegt es Grenzen durch die staatliche und internationale Ordnung und ist wegen der Friedensfunktion der Staaten in seiner Durchsetzung an die staatlichen Ordnungen angeschlossen, die wiederum durch einen internationalen Rahmen koordiniert wird. Darin verwirklicht sich ein Stück hybrider Weltverfassung.

¹³¹ Vgl. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (10.6.1958), BGBl. 1961 II, S. 122; www.jus.uio.no/lm/un.arbitration.recognition.and.enforcement.convention.new.york.1958/doc.html. European Convention on International Commercial Arbitration (21.4. 1961), United Nations Treaty Series, vol. 484, p. 364 No. 7041 (1963-1964) und BGBl. 1964 II, S. 426.

¹³² Vgl. M. Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, S. 27, Rn. 37.

¹³³ B. Zangl / M. Zürn, Make Law, Not War, S. 19.

¹³⁴ G.-P. Calliess, Transnationales Handelsvertragsrecht, S. 176 f.