

Neue Lex mercatoria - aber was ist sie? Belege aus den Schiedssprüchen der Internationalen Handelskammer (ICC).

Vortrag im Rahmen der Ringvorlesung „Die Freiheit des Handels und die Ordnung des Rechts“ des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität

Das Recht der Veröffentlichung wird vorbehalten; der Text ist ohne Zustimmung des Autors nicht zitierfähig.

- (1) Schiedsspruch Nr. 4840 (1985): Ein libanesischer Bauunternehmer klagte gegen seinen saudischen Auftraggeber, dem er die Errichtung zweier Bürogebäude in Saudi Arabien versprochen hatte. Die beiden Parteien hatten eine Schiedsklausel vereinbart, in der ein von der Internationalen Handelskammer in Paris (im Folgenden immer: International Chamber of Commerce, ICC) eingesetztes Schiedsgericht Streitigkeiten zwischen den Vertragspartnern entscheiden sollte. Doch der Beklagte fühlte sich an diese Vereinbarung nicht mehr gebunden, nachdem ein neues saudisches Gesetz solche Fälle ausschließlich der saudischen Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen hatte („Saudisierung“).

Auch materiell sollte saudisches Recht angewandt werden, was aber den Regeln der ICC über das anwendbare Recht widersprach. Zur Begründung führte die Beklagte aus, die Anwendung der Lex mercatoria ergebe kein komplettes System. „Lex Mercatoria is not a separate complete applicable system of law and is not a satisfactory solution.“

Das ICC-Schiedsgericht ließ diese Argumente, wie man sich leicht denken kann, nicht gelten, aber hier genügt es festzuhalten, dass ein saudisches Argument (wohlgerichtet aus dem Jahre 1985) zugunsten der Anwendung nationalen Rechts war, dass die Lex mercatoria kein hinreichend vollständiges System materiellen Rechts und deshalb zur Konfliktlösung ungeeignet sei. Die Gegenseite und der Schiedsspruch (sog. „award“) ging auf dieses Argument leider nicht ein; es könnte gut sein, dass dieser Standpunkt heute, dreißig Jahre später, kaum noch Überzeugungskraft entfalten würde.

A. Einleitung; Anfänge der Schiedsgerichtsbarkeit

Zur Ringvorlesung über "Die Freiheit des Handels und die Ordnung des Rechts" möchte ich heute beitragen, indem ich frage, ob die Schiedssprüche der Internationalen Handelskammer nur der Freiheit des Handels oder auch der Ordnung des Rechts gerecht werden. Diese Frage würde ich bejahen, falls sich die Schiedssprüche als eine konsistente, nachvollziehbare Quelle der Rechtspflege erweisen, die rechtsstaatlichen Ansprüchen genügen. Gemessen werden soll das an ihrem Umgang mit einem einzelnen, aber zentralen Leitbegriff, dem der Lex mercatoria. Da der Veranstalter sich aber rechtshistorische Perspektiven erbeten hat, alternieren die Analysen einzelner Schiedssprüche aus den letzten 30 Jahren mit kurzen historischen Kapiteln, die sich mit den mittelalterlichen Ursprüngen des Schiedswesens, der institutionellen Festigung des internationalen Handels nach 1918 und dann mit dem Aufstieg der Lehre von der „neuen Lex mercatoria“ seit den späten 1950er Jahren beschäftigen. Den Abschluss bildet ein Fazit, in dem zum einen über den Preis der Geschichtsvergessenheit nachgedacht und zum

anderen eine Antwort auf die Frage nach der Qualität der ICC-Schiedssprüche versucht werden soll. Ich gehe, wie Sie schon bemerkt haben, abwechselnd fallbezogen und historisch vor.

Die erhitzte TTIP-Diskussion kreist um eine ganze Reihe von Vorwürfen und Einwänden, von denen sich einige gegen die vorgesehene Einrichtung einer eigenen Schiedsgerichtsbarkeit richten, welcher Auseinandersetzungen aus dem Freihandelsabkommen exklusiv zur Entscheidung übertragen werden sollen. Es ist die Einführung von Investitionsschiedsverfahren geplant, in denen Investoren direkt gegen Regierungen der Gastländer vorgehen können, wenn ihnen zum Beispiel der Zugang zum europäischen Markt verweigert wird. Die erhitzten und manchmal auch hysterischen Diskussionen über Chancen und Gefahren des geplanten Abkommens vermitteln den Eindruck, dass das Thema „Schiedsgerichtsbarkeit“ überhaupt noch nie so große Aufmerksamkeit erregt hat. Dass es gerade in der eigenen Gegenwart besonders turbulent und krisenhaft zugeht, ist freilich einerseits Gefühl, das im Zweifel jede Generation seit Anbeginn der Zeiten hatte, und andererseits eine Vermutung, die sich nur schwer belegen lässt.

Der Vorwurf, hier würde eine ganz neuartige Instanz der Konfliktlösung erfunden, trifft aber jedenfalls nicht zu. Das Nebeneinander von ordentlicher und Schiedsgerichtsbarkeit reicht so viele Jahrhunderte weit in die Vergangenheit zurück, dass niemand weiß, ob diese Alternative zur regulären Gerichtsbarkeit gerade in unseren Tagen besonders kontrovers diskutiert wird. Mindestens seit dem Hochmittelalter sammeln wir in Mitteleuropa Erfahrungen damit, dass Konfliktparteien die Auswahl zwischen ordentlichen und Schiedsgerichten haben, um ihre Interessen durchzusetzen. Nun gibt es manchmal rechtshistorische Studien, die sich mit dem Beweis begnügen, dass es „nichts Neues unter der Sonne“ gibt, und danach die Arbeit einstellen. Doch viel gewonnen ist mit der Feststellung, dass es schon im Mittelalter Schiedsgerichte gab, noch nicht. Zum einen ist mit dem Beweis hohen Alters noch kein Beweis hoher Qualität erbracht. Vielleicht handelt es sich um einen sehr alten Missstand. So liegt etwa der Verdacht nicht fern, dass bei Fragen wie Ort und Besetzung eines Schiedsgerichts der mächtigere Verhandlungspartner für die Durchsetzung seiner Position sorgen konnte. Zum anderen eröffnet der Beweis hohen Alters einer Institution erst einmal nur die Möglichkeit, präziser zu differenzieren: Was genau ist alt, was tatsächlich eine neuartige Idee? Ist die Möglichkeit, dass Konzerne, also juristische Personen des Privatrechts, nationale Regierungen vor Schiedsgerichten verklagen können, tatsächlich erst seit den späten 1960er Jahren erfunden worden? Vor den höchsten Gerichten des Alten Reichs wurden nicht selten reichsunmittelbare Fürsten, die für sich Souveränitätsrechte in Anspruch nahmen, von ihren Untertanen oder anderen Privatpersonen verklagt. Unmittelbar zu der damit angesprochenen Frage, ob es wirklich angemessen ist oder aber rechtsstaatlich bedenklich ist, Firmen auf eine Stufe mit Nationalstaaten zu stellen und damit möglicherweise Völkerrechtssubjekten anzunähern, kann der Rechtshistoriker nichts beitragen. Doch immerhin kann er den Erfahrungsschatz erschließen und zur Verfügung stellen, den das jahrhundertelange Nebeneinander von Gerichten und Schiedsgerichten hervorgebracht hat.

Das Thema ist seit langem gut bekannt und in der Mitte des 20. Jh. u.a. von Hermann Krause, Karl Siegfried Bader und Hans Hattenhauer, also von führenden Köpfen der deutschen Rechtsgeschichte, behandelt worden. Neuere rechtshistorische Studien fehlen hingegen; das Thema ist zuletzt eher von Historikern traktiert worden, wofür die Arbeit von Kampmann über politische Schiedsrichter als Beispiel dienen mag. Der Gegenstand würde eine erneute Behandlung unter Berücksichtigung der historischen Justiz- und Konfliktforschung der letzten Jahrzehnte (dazu zählt auch der Frankfurter LOEWE-

Schwerpunkt „Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung“, 2012-2015) lohnen; nach heutigem Stand kann man wohl in etwa folgendes zusammenfassen.

Weil es im Mittelalter noch kein staatliches Gewaltmonopol gab, mussten viel größere Kreise, viel mehr bewaffnete und gewaltbereite Beteiligte, permanent zur Beschwörung des Friedens und zur Einwilligung in friedliche Wege der Konfliktlösung bewegt werden. Das ist der Grund dafür, dass aus dem Mittelalter zahllose Belege überliefert sind, in denen man sich versprach, Streitigkeiten gewaltfrei zu lösen. Vor allem im Kirchenrecht sind die einschlägigen Instrumente entwickelt worden. Dort war es schon sehr früh geläufig, dass Streitigkeiten entweder in einem Verfahren vor dem arbiter, der bei seinem Spruch an die Regeln des Rechts gebunden blieb, entschieden werden konnten, oder aber unter Einschaltung eines arbitrator oder amicable compositor, der von solcher Bindung frei war. (Solche „amicable compositeurs“ begegnen übrigens auch noch in den modernen ICC-Schiedssprüchen.) Das war eine Alternative, die im Spätmittelalter zunehmend auch außerhalb des kirchlichen Bereichs Anerkennung fand. Vor allem bei Verträgen aller Art gehörten Formeln, die für den Fall einer Auseinandersetzung vorbeugten, zum Standardprogramm. Als Beleg diene die Urkunde, die Alexander Krey im Stadtarchiv von Lohr am Main gefunden hat, als für den Band der LOEWE-Jahrestagung 2013 nach frühen Belegen für die Formel „mit Freundschaft oder mit Recht“ gesucht wurde. Dies ist ebenso wie das noch häufiger belegte Gegenstück „Mit Minne oder mit Recht“ ein Ausdruck, der die ganze Palette von kontroversen und konsensualen Wegen der Konfliktlösung zu erfassen sucht. Darin ist die Option der Schiedsgerichtsbarkeit jedenfalls mit gemeint, auch wenn die lange u.a. von Hans Hattenhauer vertretene direkte Gleichsetzung von Freundschaft = Schiedsgericht und Recht = ordentliches Gericht zu schematisch scheint und deshalb angezweifelt werden kann.

Hier ist ein Passus aus der Urkunde, die auf den 28. August 1405 datiert ist: Der Verkäufer verspricht, keinerlei Ansprüche oder Rechte aus dem verkauften Grundstück mehr geltend zu machen:

Und ich und min erben, ver[pflichten uns], kainerlaÿ ansprach oder fordrung gehaben wöllen mit gericht noch ann gericht oder sust mit worten mit werken, haimlich noch offenlich.

Weiterhin verspricht er, dem Käufer auf Jahr und Tag gegen alle eventuellen Ansprüche Dritter beizustehen und ihm notfalls Ersatz zu leisten:

Würde ich dann gema[h]nt von de[m] [Käufer], so sol und will ich gen Lo[h]r komen und nit von danne [gehen], ich habe dann die kümmern[is] gentzlich und wol abgetan mit fruntschaft oder mit recht [oh]n allen schaden dem vorgenanten [Käufer].

Man ist versucht zu resümieren, eine Zweispurigkeit der Konfliktlösungssysteme habe es seit dem Mittelalter immer schon gegeben, aber es ist doch kaum zu übersehen, dass die ordentliche Gerichtsbarkeit ein weit deutlicher konturiertes Entscheidungssystem abbildet als die diffuse Vielzahl der Konfliktlösungswege mit Minne bzw. Freundschaft.

- (2) Schiedsspruch Nr. 4761 (1987): In einem Streit zwischen einem italienischen Baukonzern und seinem libyschen Subunternehmer ging es um die nachträgliche Erhöhung eines vereinbarten Pauschalpreises wegen unvorhersehbarer Leistungerschwernisse, also um einen Fall, der vom BGB über den Wegfall der Geschäftsgrundlage geregelt würde. Die Schiedsrichter kamen zum

Ergebnis, im Prinzip sei libysches Recht anzuwenden, aber „eine lex mercatoria“ (Singular!) könne angewandt werden, wenn das libysche Recht entweder nicht bewiesen oder lückenhaft oder unvollständig sei („apply a lex mercatoria where Libyan law had not been proved or if it had lacunae or was incomplete“).

Diese Differenzierung war dann aber für die Lösung doch irrelevant, weil die Schiedsrichter auch im libyschen Recht einen Ansatz dafür fanden, dass der Grundsatz *pacta sunt servanda* u.U. nach Treu und Glauben zurücktreten müsse. Die Begründung für diese Interpretation des einschlägigen Artikels des libyschen Zivilgesetzes stützt sich interessanterweise trotzdem auch auf rechtsvergleichende Überlegungen, nämlich darauf, dass auch das deutsche und schweizerische Recht und „sogar“ die *Lex mercatoria* solche Ausnahmen zuließen. Zur Begründung verweist das Schiedsgericht ferner auch auf frühere eigene Sprüche, in denen die *Lex mercatoria* ebenfalls schon so interpretiert worden sei.

Hier wurde also ein konkretes Ergebnis aus „der“ oder „einer“ *Lex mercatoria* extrahiert, ohne dass es darauf wirklich ankam, da das gleiche Ergebnis sich schon aus dem primär anwendbaren nationalen Recht ergab. Die L.M. wurde also zusammen mit anderen rechtsvergleichenden Beobachtungen nur ergänzend zur Verstärkung dieses Ergebnisses herangezogen.

In einem parallelen Fall, Nr. 5314 (1988), stritten die Parteien genau über diese beiden Möglichkeiten eines Verständnisses der *Lex mercatoria*. Der italienische Lizenzgeber verlangte ihre direkte und uneingeschränkte Anwendung, der amerikanische Lizenznehmer hielt das Recht von Massachusetts für anwendbar, und wollte nur „wenn es nötig ist“ Bezüge zur *Lex mercatoria* akzeptieren.

Es sind also offensichtlich unterschiedliche Ergebnisse zu erwarten, je nachdem, ob die *Lex mercatoria* direkt oder nur ergänzend zum Einsatz kommt. Außerdem gibt es offensichtlich den Sprachgebrauch, in dem nicht nur die ganze Rechtsordnung (wenn es denn eine ist), sondern auch eine einzelne Norm als „*Lex mercatoria*“ bezeichnet wird.

B. Organisationen zur Regelung des Internationalen Handelsrechts in der Zwischenkriegszeit

Zu den Bemühungen der Völkergemeinschaft nach 1918, einer weiteren Katastrophe wie dem gerade überstandenen Weltkrieg vorzubauen, gehörten auch Internationalisierungs- und Einheitsbestrebungen im Bereich der grenzüberschreitenden Wirtschaft. 1919 wurde der Völkerbund gegründet, und im folgenden Jahr fand sich in Paris unter dem selbstgewählten Titel „*Marchands de la Paix*“ eine Gruppe von Wirtschaftsvertretern zusammen, die eine internationale Handelskammer als eine Art Völkerbund der Wirtschaft gründeten. Diese ICC ist ein weltweiter Verband von wirtschaftlichen Organisationen und Privatpersonen, eine private Körperschaft, die politisch und finanziell von den nationalen Regierungen unabhängig ist – also ein zivilgesellschaftlicher Interessenverband oder eine *NGO avant la lettre*, wenn man so will.

Ihre Gründung war schon kurz vor dem Ausbruch des Ersten Weltkriegs vorbereitet worden. Der amerikanische Senator und Philanthrop Edward Filene arbeitete 1913 an den Statuten einer „Welthandelskammer“, und 1919 wurden in Atlantic City die Statuten der zu errichtenden Kammer festgelegt. Bei der Gründungsversammlung in Paris am 24. Juni 1920 waren Wirtschaftsvertreter aus Belgien, Frankreich, Italien, Großbritannien und den USA beteiligt. Die Gruppe wuchs rasch; im Folgejahr nahmen schon Teilnehmer aus 23 teil, und die Zahl wuchs rasch; der deutschen Wirtschaft wurde der Zutritt ab 1924 gestattet. Die ICC operiert heute weltweit und hat über 7000 Mitglieder aus über 140 Ländern.

1923 gründeten die Mitglieder unter Führung ihres ersten Präsidenten Étienne Clémentel den Internationalen Schiedsgerichtshof, der mit seiner Tätigkeit heute zu den wichtigsten Aktivitäten der ICC gehört und weltweit ein hohes Ansehen hat, vielleicht sogar das bekannteste und erfolgreichste Schiedsgericht der internationalen Wirtschaft ist. Der Erfolg stellte sich sehr schnell ein. Schon 1928 konstatierte Franz Böhm, nach 1945 einer der Architekten der Sozialen Marktwirtschaft, zu jener Zeit aber noch junger Frankfurter Privatdozent, die nationale Justiz habe die Wirtschaft als Kundin verloren. Das war durchaus kritisch gemeint, denn Böhm wies den Anspruch der Wirtschaft zurück, in ökonomischen Fragen souverän zu sein. Ich zitiere: „Die Vorstellung, daß die Wirtschaft mit ihren souveränen Bedürfnissen sich gegebenenfalls über alle Schranken der geltenden Rechtsordnung hinwegsetzen dürfe, ist eine Folge jener Verwüstung, die das wirtschaftsliberale Denken in unserem öffentlichen und staatsbürgerlichen Empfinden angerichtet hat.“¹ – Worte des nachmaligen Frankfurter Rektors und CDU-Politiker, die viele Occupy-Anhänger mit Vergnügen hören dürften. Doch die Frage ist eben, ob Schiedsgerichte und -verfahren sich wirklich über die Schranken der geltenden Rechtsordnung hinwegsetzen oder ob sie gerade dabei sind, selbst integraler Bestandteil einer neuen, internationalen Rechtsordnung zu werden.

Die ICC-Schiedsgerichte verfahren nach der selbstgesetzten Prozessordnung und wenden materiell das Recht an, auf das die Parteien sich geeinigt haben. Die am häufigsten verabredete Rechtsordnung ist die der Schweiz; das deutsche Recht wird in ca. 5-10 % der Fälle vereinbart. Haben die Parteien keine Einigung erzielt, so ist die Lage unklar. Da die Schiedsgerichte keine nationalen Gerichte sind, gibt es kein ohne weiteres feststehendes Kollisionsrecht wie etwa das im EGBGB geregelte IPR, das deutsche Gerichte anzuwenden haben. Vielmehr steht nun im Raum, entweder nach anderen Regeln eine nationale Rechtsordnung, nach welcher der Streit entschieden werden soll, zu bestimmen, oder aber transnationale Prinzipien anzuwenden. Weiterhin ist ein Kompromiss zwischen diesen beiden Möglichkeiten erkennbar, wenn etwas die nationale Rechtsordnung Generalklauseln oder Hinweise auf Handelsbräuche enthält, also Freiräume für die besagten transnationalen Prinzipien im Rahmen der Anwendung des nationalen Rechts eröffnet.

Diese transnationalen Prinzipien sind natürlich nicht leicht festzustellen. Das Problem muss in diesem Teil meines Vortrags angesprochen werden, weil seine institutionelle Lösung ebenfalls erstmals in den 1920er Jahren in Angriff genommen wurde. 1926 wurde in Rom das *Institut international pour l'unification du droit privé*, kurz: UNIDROIT, gegründet, und zwar auf Beschluss des Völkerbunds, als dessen Hilfsorgan man das Institut wohl bezeichnen kann. Dem UNIDROIT war die Aufgabe gestellt, die grenzübergreifende Vereinheitlichung des Zivilrechts zu fördern. Benito Mussolini hatte die neue Institution in seine Hauptstadt geholt, weil sie gut in die faschistische Ideologie einer Wiederherstellung des Imperium Romanum passte, denn dazu gehörte auch die Förderung des Rechts der Welt nach römischem Vorbild. Nach dem Austritt Italiens aus dem Völkerbund 1940 löste sich das UNIDROIT-Institut aber ebenfalls vom Völkerbund und ist seitdem wie die ICC eine unabhängige internationale Organisation.

Am Rande sei berichtet, dass das Institut gleich zu Beginn ins Stocken geriet und sein erstes großes Projekt, die weltweite Sammlung und Zusammenschau der für den Warenkauf geltenden Regeln, nicht aus eigener Kraft in Angriff nehmen konnte. Ernst Rabel, der soeben ernannte Direktor des ebenfalls 1926 gegründeten „Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht“ der Kaiser-Wilhelm-

¹ Den Hinweis auf diesen Aufsatz verdanke ich Gerd Bender.

Gesellschaft in Berlin, nahm sich des Projekts an. Das Resultat war das vielleicht berühmteste und jedenfalls methodisch bahnbrechende Werk der Rechtsvergleichung, Ernst Rabels „Recht des Warenkaufs“ (2 Bände, 1936 / 1958). Das Buch ist nach einem methodischen Einleitungskapitel systematisch nach Problembereichen, also im Prinzip wie ein deutsches Lehrbuch zum Kaufrecht, angelegt. Auf die quasi-normative Wirkung einer solchen Sammel- und Sortiertätigkeit komme ich gleich in anderem Zusammenhang noch einmal zurück. Für unseren Zusammenhang ist wichtig, dass das UNIDROIT-Institut seit 1980 sogenannte Prinzipien sammelt und publiziert, die nach der Absicht der Mitarbeiter rechtliche Prinzipien der Weltwirtschaft sind oder zumindest sein sollten.

Die Aktivitäten der Zwischenkriegszeit konnten bekanntlich die Wiederholung der Katastrophe von 1914 nicht verhindern, doch dem erneuten Wiederaufbau nach 1945 dienten viele der Institutionen und Arbeitsergebnisse der 20er Jahre als Fundament.

- (3) Der Schiedsspruch Nr. 6149 (1990) ist ungewöhnlich, weil dieses Mal eine Seite, der koreanische Verkäufer, die Anwendung seines Heimatrechts ablehnte und lieber das Recht des jordanischen Verkäufers angewandt gesehen hätte. Als ihm dies verweigert wurde, wollte er sich lieber auf das ungewisse Abenteuer einlassen, dass die Schiedsrichter die Lex mercatoria anwenden, als dass der Fall nach dem für ihn offensichtlich ungünstigen koreanischen Recht entschieden würde. Das wurde ihm am Ende aus Gründen, die hier nicht weiter interessieren, ebenfalls verweigert. Interessant ist aber, dass er Zustimmung der Schiedsrichter erhielt, als er die Lex mercatoria mit dem UN-Kaufrecht gleichsetzte. Doch, so die Schiedsrichter, das UN-Kaufrecht reicht hier nicht, weil auch dort nicht geregelte Bereicherungs- und Verjährungsfragen eine Rolle spielen könnten.

C. Entstehung der neuen Lex Mercatoria-Doktrin seit den 1950er Jahren

Die Anfänge der Lehre von der Neuen Lex mercatoria lassen sich auf den Tag genau datieren. Datum und Anlass enthüllen das brisante, sogar dramatische Potential der scheinbar unpolitisch-technischen Doktrin. Am 4. Oktober 1956 erschien auf S. 3 von Le Monde ein großer Artikel von Bertold Goldman, Juraprofessor aus Dijon. Er verurteilte darin die Verstaatlichung des Suezkanals durch den ägyptischen Präsidenten Gamal Abdel Nasser als völkerrechtswidrig, und zwar nicht nur wegen der verletzten französischen und britischen Hoheitsrechte am Suezkanal, sondern ausdrücklich auch wegen der Verletzung der Eigentumsrechte einer Aktiengesellschaft. Dies war die 1858 von Ferdinand de Lesseps gegründete „Compagnie universelle du canal maritime de Suez“, die von Goldman nun als „une société internationale, relevant directement de l'ordre juridique international“ bezeichnet wurde – auf englisch: „an international company which is directly subject to the international legal order“. Goldmann sah die Suezkanalgesellschaft als ein Unternehmen an, dass seine Rechtspersönlichkeit und Rechtsstellung ohne Zutun einer nationalen Rechtsordnung direkt aus dem internationalen Recht bezog und deshalb auch dem Zugriff eines nationalen (hier des ägyptischen) Staats entzogen war.

Am Rande bemerkt: Hätte 1956 zwischen Frankreich, Großbritannien und Ägypten ein Abkommen vom Typ des TTIP bestanden, wäre die Verstaatlichung des Suezkanals sicher Gegenstand eines Investitionsschutz-Schiedsverfahrens geworden, statt die Welt wenige Wochen nach dem Erscheinen des Artikels in die Suez-Krise und damit an die Schwelle eines Dritten Weltkriegs zu führen.

Goldmans Artikel wird von den Vertretern der Lehre von der Neuen Lex mercatoria in hohen Ehren gehalten und z.B. in Peter Bergers Synopse des Internationalen Handelsrechts „Formalisierte oder „schleichende Kodifizierung des Transnationalen Wirtschaftsrechts. Zu den Methodischen und Praktischen Grundlagen der Lex Mercatoria“ (1996, engl. Auflagen von 1999 und 2010) wortgetreu und in englischer Übersetzung wiedergegeben.

Es ist freilich ein eigenartiges Gründungsmanifest dieser neuen Lehre. Zum einen spricht Goldman gar nicht von „Lex mercatoria“. Das mag man ignorieren, denn der Sache nach ist eine Aktiengesellschaft, die weder englischem noch französischem oder ägyptischem, sondern direkt internationalem Recht unterworfen sein soll, sicher ein Gegenstand dessen, was man meist unter der neuen Lex mercatoria, nämlich einer überstaatlichen, gewohnheitsrechtlichen Ordnung materiellen Handelsrechts, versteht. Zum anderen steht Goldmans Appell in einem Kontext, der nicht unbedingt zu den Ruhmesblättern der französischen und britischen Geschichte gehört. Die Kolonialreiche der beiden untergehenden Imperien befanden sich in Auflösung, Niederlage reihte sich an Niederlage, von Algerien über Indien bis nach Indochina. Und nun ging auch noch der Suezkanal verloren! Die Regierungen in Paris und London waren entschlossen, ihre nationalen Ansprüche und auch die Rechte der Aktionäre der Suezkanal-Gesellschaft mit Waffengewalt zu verteidigen, und gewannen das junge, aber schon kampferprobte Israel, das Ägypten vom Zugang zum Roten Meer abschneiden wollte, als Bundesgenossen. Anfang November 1956 brachte Israel, unterstützt von Frankreich und England, binnen weniger Tage die Sinai-Halbinsel und die ganze Kanalzone unter seine Kontrolle. Doch dann fielen die USA, denen der Koreakrieg noch in den Knochen steckte, den Alliierten in den Arm und zwangen sie zur Aufgabe ihrer Interessen an dem Seeweg zwischen Mittelmeer und Indischem Ozean. Die Geburtsstunde der Neuen Lex mercatoria hat also einen gewissen spätkolonialistischen Beigeschmack.

Das ist zwar kein Argument in der Diskussion über Nutzen und Nachteile einer internationalen Handelsrechtsordnung, die ohne Beteiligung nationaler Gesetzgeber entsteht. Diese Gründungsgeschichte diene aber doch immerhin als Mahnung, die Frage „cui bono?“ nicht aus dem Auge zu verlieren. Vor allem manche der frühen Investitionsschutzabkommen, die dann (vielleicht vor dem Hintergrund der Erfahrung am Suezkanal?) seit den späten 1960er Jahren zwischen westlichen Industriestaaten und ihren Bergbaugesellschaften einerseits und rohstoffreichen Ländern der Dritten Welt andererseits abgeschlossen wurden, atmen ebenfalls diesen spätkolonialistischen Geist.

Das Weitere ist schnell erzählt. Bertold Goldmann leitete in Dijon eine ganze Gruppe junger Wissenschaftler, die „École de Dijon“, in der zahlreiche historische und gegenwärtige Rechtssätze und -institute identifiziert wurden, in London wurde der 1933 aus Berlin emigrierte Rechtsanwalt Clive M. Schmitthoff sein wichtigster Bundesgenosse. Historische und theoretische Unterstützung trat im Laufe der folgenden Jahre hinzu – ich nenne einfach die Namen Harold Berman und Gunther Teubner –, aber auch Kritik vor allem von Vertretern des Internationalen Privatrechts stellte sich ein. Nach deren Ansicht entbehrt die Lex mercatoria jeder Rechtsgrundlage und ist zudem überflüssig, weil sich mit Hilfe der Kollisionsregeln des IPR die einschlägige nationale Rechtsordnung mit hinreichender Klarheit feststellen lässt. Die Frage, ob es eine Neue Lex mercatoria gibt und überhaupt geben darf, ist bis heute auf empirischer und normativer Ebene umstritten. Doch die Tendenz ist kaum zu übersehen, dass die Karawane ungeachtet der am Rand stehenden Kritiker weiterzieht und das internationale materielle Handelsrecht sich zunehmend zu einer konkreten und stabilen Rechtsordnung verdichtet.

Dieser Verdichtungsvorgang ist methodisch interessant, denn er besteht zu einem guten Teil aus einer Sammeltätigkeit und der systematischen Sortierung der gesammelten Früchte. Für dieses Procedere gibt es in der Rechtsgeschichte mancherlei Vorbilder; das folgenreichste war wohl das *Decretum Gratiani* aus der ersten Hälfte des 12. Jahrhunderts. Gratian hat bekanntlich ohne amtlichen Auftrag aus verschiedensten kirchenrechtlichen Quellen Sätze des kanonischen Rechts destilliert, diese Quintessenz den Quellen leitsatzartig vorangestellt und den ganzen Stoff nach besten Kräften systematisch angeordnet. Vor allem dieser letzte Akt war ein wichtiger Zwischenschritt auf dem Weg zur Anerkennung eines Rechtsbuchs als Kodifikation, ein Aufstieg, der dem *Decretum* ähnlich wie nördlich der Alpen auch dem *Sachsenspiegel* nach relativ kurzer Zeit gelang. Vor dem Hintergrund dieser historischen Erfahrung ist das Sammeln und Sortieren von Belegen für über- oder transnationales Handelsrecht ein Vorgang, der Aufmerksamkeit verdient und dem einiges zugetraut werden kann. Das gilt besonders für die Internetseite „*Trans-lex.org*“ des Kölner Handelsrechtlers Klaus-Peter Berger, der seinem erfolgreichen Buch den aufschlussreichen Namen gegeben hat „*The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*“. Dass eine Kodifikation sich schleichend Raum verschafft, statt mit einem Paukenschlag, am besten am ersten Tag eines neuen Jahrhunderts, die Bühne zu betreten, ist sicher eine ungewohnte Vorstellung, die auch einige Abstriche an das, was man üblicherweise unter einer Kodifikation versteht, erfordert. Doch dass sich die von Berger und auf der *Translex*-Seite gesammelten Belege schon wie eine Art internationales HGB lesen, ist kaum zu leugnen.

Einen vielleicht noch wichtigeren Beitrag dazu leisten die verschiedenen mit der Sammlung von transnationalen privatrechtlichen Prinzipien beschäftigten Institutionen, von denen nur noch einmal die römische UNIDROIT-Gruppe genannt sei, welche seit 1994 von Redaktion zu Redaktion ausführlicher werdende „*Unidroit Principles of International Commercial Contracts*“ publiziert. Die aktuelle Ausgabe umfasst bereits 210 Artikel, die zusammengesetzt schon eine ziemlich vollständige Regelung der meisten Gebiete des Vertragsrechts ergeben und die in den ICC-Schiedssprüchen immer häufiger mit den Regeln der Neuen *Lex mercatoria* gleichgesetzt werden.

- (4) In dem Schiedsspruch Nr. 14470 (2008) verkaufte ein Geschäftsmann aus den Vereinigten Arabischen Emiraten einem nicht genannten Nationalstaat 600 Autos für 14 Millionen Pfund Sterling; es lagen Korruptionsvorwürfe in der Luft. Die anwendbare Norm, ein dem § 134 BGB ähnliches Korruptionsverbot, war dem Schiedsrichter (in diesem Fall ein Einzelschiedsrichter) zufolge eine transnationale *Ordre-public*-Regel, der kein nationales Recht entgegenstände. Hier wurde zwar nicht explizit von ‚*Lex mercatoria*‘ gesprochen, doch der Sache nach könnte eine solche angebliche internationale Norm, für die kein konkreter Gesetzgeber verantwortlich zeichnet, sehr gut in das beschriebene *Lex mercatoria*-Spektrum passen. Doch das Problem war, dass die Rechtsfolgen unklar waren. Der Schiedsrichter stand nun nämlich vor der Entscheidung, ob er den Vertrag wegen der Korruption für nichtig erklären konnte oder ob er sich, wie es der Schiedsrichter in einem argentinisch-englischen Präzedenzfall von 1987 tat, verweigern und den Parteien den Beistand des Rechts verweigern sollte. Zitat: „*Jurisdiction must be declined. Parties who ally themselves in an enterprise of the present nature must realise that they have forfeited any right to ask for assistance of the machinery of justice.*“ Die Alternative ‚Nichtigerklärung oder Verweigerung des Zugangs zum Rechtsweg‘ bereitet auch im deutschen Zivilrecht, z.B. in manchen bereicherungsrechtlichen Fällen, Probleme. Und diese Probleme lösen sich offensichtlich nicht in Luft auf, wenn man sie in die transnationalen Sphären der *Lex mercatoria* verschiebt.

D. Das scheinbar unpolitische Privatrecht

Auf die Tatsache, dass es von einer so oder auch nur so ähnlich verstandenen Lex mercatoria keine Brücke zurück ins Mittelalter gibt, bin ich heute nicht noch einmal eingegangen; das wurde bei anderen Gelegenheiten ausgeführt. In dem HRG-Artikel „Lex mercatoria“ wurden die Diskussion und die Argumente noch einmal an bequem zugänglicher Stelle zusammengefasst; damit will ich den mittelalterlichen Teil dieses Themas hinter mir lassen. Ins 17. Jahrhundert hingegen müssen wir noch einmal zurückblicken. Denn es gibt eine bemerkenswerte Parallele zwischen dem heutigen Thema und dem ersten Einsatz des Ausdrucks „Lex mercatoria“ als handelspolitischem Kampfbegriff. Der aus Belgien stammende Londoner Kaufmann und Autor Gerard de Malynes veröffentlichte 1622 ein Buch mit folgendem Titel – und es lohnt sich, genau hinzuhören: „Consuedo, vel, Lex Mercatoria: or, The Law Merchant: [Divided into three parts, according to the Essential Parts of Traffick] Necessary for All Statesmen, Judges, Magistrates, Temporal and Civil Lawyers, Mint-Men, Merchants, Mariners and Others Negotiating in all Places of the World.“ Dieser Leserkreis war nicht nur so weit gefasst, um den Absatz zu erhöhen und weil es dem barocken Stil des Zeit entsprach, sondern vor allem, weil die Staatsmänner, Richter und Juristen tatsächlich Malynes' Adressaten waren. Denn er verfolgte das politische Ziel, die Angriffe des englischen Parlaments auf das königsnahe Admiraltätsgericht und das von ihm praktizierte See- und internationale Handelsrecht abzuwehren. Die Kaufleute waren zufrieden mit der sehr unabhängigen Stellung „ihres“ Gerichts und seiner handelsfreundlichen Rechtsprechung. An einer strengeren Kontrolle durch das Parlament und die diesem näher stehenden Common Law-Gerichten hatten sie kein Interesse. Also argumentierte Malynes, das Handelsrecht sei dem Parlament schon deshalb entzogen, weil es ohne einen nationalen Gesetzgeber zustande gekommen sei und auf der ganzen Welt überall gleich praktiziert werde. Es überrascht, wie schnell dieses doch offensichtlich auf den englischen Machtkampf zwischen König und Parlament zugeschnittene Argument aus seinem Kontext gerissen und für bare Münze genommen wurde.

Der Verlauf ähnelt dem Aufstieg auch der neuen Lex mercatoria in den 1960er Jahren, der wie gesehen ebenfalls von einem meinungsstarken politischen Statement in Gang gesetzt wurde. Die weitere handelsrechtliche Diskussion machte sich aber bald selbständig und schien fortan ganz unpolitisch um handelsrechtliche Details bemüht. Doch wenn die TTIP-Debatte eines gezeigt hat, dann, dass die Frage, ob es eine nationale Kontrolle über die Sachverhalte des internationalen Handels geben soll, eine höchst politische Machtfrage ist. Eine Antwort darauf ergibt sich meines Erachtens aus einer handels- oder auch allgemein privatrechtlichen Innenperspektive nicht. Der Handelsrechtler kann die Regeln beschreiben, welche sich zur Zeit und mit steigender Geschwindigkeit ohne Zutun nationaler Gesetzgeber im internationalen Handelsrecht herauskristallisieren und dann analysieren, ob sie von den Schiedsgerichten, welche die Parteien sich ausgesucht haben, konsequent angewandt werden. Das habe ich hier versucht, und der Eindruck war der einer sich verdichtenden und dadurch an Rechtssicherheit gewinnenden Entscheidungspraxis.

Keine genuine Aufgabe des Privatrechtlers ‚als solchem‘ ist hingegen die Entscheidung der Frage, ob die Konflikte des internationalen Wirtschaftslebens am besten in den Händen der Träger öffentlicher Gewalt aufgehoben sind, also entweder den nationalen Regierungen und Gerichten oder künftigen internationalen Institutionen, oder ob (entgegen Franz Böhms oben zitierter Ansicht) die internationale Wirtschaft am besten selbst weiß, was gut für sie ist, und man ihren selbst organisierten Entscheidungssystemen wie der ICC die Spielräume, die sie sich erkämpft haben, belässt oder sie sogar durch Abkommen wie das TTIP noch erweitert. Die Entscheidung zwischen diesen Möglichkeiten ist eine

gesamtgesellschaftliche Aufgabe. Die Frage, von wem und nach welchen Spielregeln die Konflikte in der globalisierten Wirtschaft geregelt werden sollen, ist so wichtig, dass eine breite gesellschaftliche Beteiligung an der Debatte nur zu begrüßen ist.

Nach meiner eigenen Auffassung kann es nicht um ein ‚entweder-oder‘, sondern nur um ein ‚mehr oder weniger‘ gehen. Die Erfahrungen der nun schon seit Jahrzehnten praktizierten Schiedsgerichtsbarkeit der Internationalen Handelskammer geben wenig Anlass zu Misstrauen. Im Fall der Anwendung eines ihrer Leitbegriffe, eben der nun oft genannten Lex mercatoria, lässt sich ein Prozess der zunehmenden Konkretisierung in Richtung auf eine Gleichsetzung mit den UNIDROIT-Prinzipien beobachten. Das ist ein Prozess, der trotz aller ungelöster theoretischer Probleme und trotz zweifelhafter historischer Referenzen doch mit der Bezeichnung „Creeping codification“ nicht schlecht beschrieben ist. Wenn durch gute Verfahrensregeln und eine kritische öffentliche Kontrolle dafür gesorgt würde, dass das TTIP-Schiedsgericht auf dem gleichen Niveau operiert, wie es die ICC-Schiedsgerichte seit vielen Jahrzehnten tun, wäre ich da vorsichtig optimistisch. Müsste ich selbst einen Streit ausfechten, täte ich es lieber bei einem Schiedsgericht, das mich als zahlenden Kunden solide bedient, als bei einer ganzen Reihe von nationalen Gerichten von EU-Mitgliedsstaaten, die manchen Rechtssuchenden jahrelang warten lassen, bevor er auch nur sein Anliegen vortragen darf.

Literatur (Auswahl):

Jean-Jacques Arnaldez u.a. (Hg.), Collection of ICC Arbitral Awards Bd. 6, 2008-2011, 2013 [bisher erschienen: 6 Bände seit 1990, sie enthalten Schiedssprüche ab 1974]

Klaus Peter Berger, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria, 2. Aufl. 2010

Christa Bertelsmeier-Kierst / Albrecht Cordes, Art. Minne und Recht, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG) Bd. 3, 2. Aufl. (erscheint 2016), Sp. 1537-1541

Franz Böhm, Das Problem der privaten Macht. Ein Beitrag zur Monopolfrage, in: Die Justiz 3 (1928), 324-345

Albrecht Cordes, Art. Lex Mercatoria, in: HRG Bd. 3, 2. Aufl. (erscheint 2016), Sp. 890-902.

Ders. (Hg.), Mit Freundschaft oder mit Recht? Inner- und außergerichtliche Alternativen zur kontroversen Streitentscheidung im 15.-19. Jahrhundert, 2015

Christoph Kampmann, Arbitrator und Friedensstiftung. Die Auseinandersetzung um den politischen Schiedsrichter im Europa der Frühen Neuzeit, 2001

Monika Rosengarten, Die Internationale Handelskammer. Wirtschaftspolitische Empfehlungen in der Zeit der Weltwirtschaftskrise 1929-1939, 2001

Herman Verbist u.a., ICC Arbitration in Practice, 2. Aufl. 2016