

Der rechtliche Status eines universellen
Handelsrechts in den Rechtsordnungen Englands,
Frankreichs und Deutschlands

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes-Gutenberg-Universität
Mainz
vorgelegt von
Stefan Oliver Hanke
Ass. iur. in Mainz
im Jahr 2006

Ich möchte mich an dieser Stelle bei meinen Eltern bedanken, die mir das Promotionsvorhaben letztlich ermöglicht haben und mir hierbei jedwede Freiheit und Unterstützung zukommen ließen.

Mainz, im Dezember 2006

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Literaturverzeichnis	XIV
Abkürzungsverzeichnis	XLIV
Einleitung.....	1
A) Die Rolle der Staaten bei der Herausbildung eines universellen Handelsrechts.....	1
I) Das Regulierungspotential Privater als Ergebnis staatlicher Regression bei der Rechtssetzung im internationalen Wirtschaftsraum	8
1. Legitimität privater Regulierungsbestrebungen	8
2. Manifestation privater Regulierungsbestrebungen	10
II) Paradigmenwechsel in der staatlichen Rechtssetzungsaktivität	12
B) Zielsetzung und Vorgehensweise	14
I) Zielsetzung	14
II) Untersuchungsrichtlinien	17
Erster Teil: Lex mercatoria in der englischen Rechtsordnung	22
1. Kapitel: Rechtsgeschichtliche Entwicklung.....	22
A) Antike / römische Epoche.....	22
B) Entstehung eines „law merchant“	23
I) Bildung von Handelsgewohnheitsrechts - Angelsächsische Zeit bis zum Ende des 15. Jahrhunderts	25
1. Verwaltung des law merchant.....	26
2. Folgen für die Entwicklung des law merchant.....	29

- 3. Entwicklungsstand des law merchant zum Ende des 15. Jahrhunderts..... 31
- 4. Verhältnis zum common law 33
- II) Wissenschaftliche Erfassung des law merchant und Rezeption von civil law Doktrinen ab dem 16. Jahrhundert 36
 - 1. Wissenschaftliche Erfassung..... 37
 - a) Gerard Malynes – consuetudo vel lex mercatoria or the ancient law merchant 37
 - b) Wyndham Beawes - Lex mercatoria rediviva..... 39
 - c) Nicolas Magens 41
 - 2. Die Funktion der Rechtsprechung in dieser Entwicklung..... 41
 - a) Common law Gerichtsbarkeit ab dem 16. Jahrhundert..... 42
 - b) Vollendung der Inkorporation des law merchant durch Lord Mansfield..... 46
 - 3. Grad der Rezeption von civil law Elementen..... 49
- III) Nationalisierung der lex mercatoria 50

2. Kapitel: Universelles Handelsrecht in der englischen Rechtsordnung des 21. Jahrhunderts. 53

- A) Allgemeine Einführung..... 53
 - I) Durch die Anerkennung einer lex mercatoria entstehende Problemkreise.. 56
 - 1. Begriff der lex mercatoria 56
 - 2. Rechtliche Qualität der lex mercatoria.. 58
 - a) Unabhängiges Welthandelsrecht..... 60
 - b) Transnationale Konzeption 62
 - c) Primat der nationalen Rechtsordnungen – Primat des IPR 64

3.	Entstehungsrahmen der lex mercatoria	67
a)	Die Praxis der Kaufleute	67
b)	Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit	68
aa)	Terminologie	71
bb)	Bedeutung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit für die lex mercatoria	75
II)	Zusammenfassung	80
B)	Rechtlicher Status der lex mercatoria nach englischem Recht	84
I)	Lex mercatoria und der Arbitration Act 1996	85
1.	Die Rechtslage vor dem Arbitration Act 1996	88
a)	Das „englische Verständnis“ des Schiedsgerichtswesen	89
b)	Staatliche Kontrolle der Schiedsentscheide nach dem Arbitration Act 1979	91
c)	Der 1975 Act - Implementierung des UN-Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958	97
2.	Inspiration und Konzeption des Arbitration Act 1996	101
3.	Anwendungsbereich und Begriff der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit	104
II)	Das anwendbare Recht in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit unter der Geltung des Arbitration Act 1996	106
1.	Wahl als lex causae	106

a)	Die explizite Wahl.....	109
b)	Die implizite Wahl	112
2.	Fehlende Rechtswahl	116
a)	Entscheidungsfindung im Fall DST v. Raknoc.....	117
aa)	Der traditionelle Standpunkt der englischen Rechtsprechung.....	120
bb)	Neuorientierung in der englischen Rechtsprechung	124
b)	Der Fall „Home and Overseas Insurance Co. Ltd. v. Mentor Insurance Co. Ltd.”	127
c)	DST v. Raknoc im Lichte des Arbitration Act 1996	131
3.	Lex mercatoria und „amiable composition“	133
III)	Rechtsanwendungskontrolle von Schiedsentscheiden nach dem Arbitration Act 1996.....	139
1.	Einwirkungsmöglichkeiten im Rahmen des Schiedsverfahrens und Aufhebung eines Entscheides nach englischem Verfahrensrecht	139
a)	Begriff des „internationalen“ Schiedsspruchs	140
b)	Einwirkungsmöglichkeiten englischer Gerichte im Schiedsverfahren	142
aa)	Allgemeine Assistenzfunktion	142
bb)	Section 45 – Preliminary point of law	143
c)	Aufhebung eines Entscheides nach englischem Verfahrensrecht.....	144
aa)	Allgemeines.....	144

bb) Section 67 - Anfechtung wegen fehlender "substantive jurisdiction"	147
cc) Section 68 - Anfechtung wegen "serious irregularity"	150
α Section 68 (2.) (b)	151
β section 68 (2.)(c)	153
γ section 68 (2.) (g)	154
dd) Section 69 – „Appeal on point of law”	155
d) Zwischenergebnis.....	157
2. Annerkennung und Vollzug ausländischer Entscheide	159
a) Anerkennung und Vollzug nach englischem Recht	159
b) Die Umsetzung des New Yorker Übereinkommens in den Arbitration Act 1996.....	161
c) Verhältnis der section 66 zu internationalen Übereinkommen.....	163
IV) Rechtsanwendungskontrolle von Schiedsentscheiden durch die englische Rechtsprechung	167
C) Lex mercatoria in der englischen Rechtswissenschaft	169
I) Clive M. Schmitthoff	169
II) Lord Mustill	173
D) Zusammenfassung und Würdigung	177
I) Regelungscharakter der Schiedsgesetzgebung.....	177
II) Der rechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts	178

III) Das Verhältnis von nationalem Richter, Schiedsgericht und Schiedsspruch	184
2. Teil : Lex mercatoria in der französischen Rechtsordnung	188

1. Kapitel: Rechtsgeschichtliche Entwicklung.... 188

A) Die mittelalterliche lex mercatoria bis zum Ende des 15. Jahrhunderts.....	189
I) Zustand des französischen Rechtswesens	190
II) Staatliche Regelungstendenzen	193
B) Verwissenschaftlichung des Handelsrechts nach dem 15. Jahrhundert	194
C) Nationalisierung des Handelsrechts.....	198
D) Würdigung	200

**2. Kapitel: Universelles Handelsrecht in der
französischen Rechtsordnung des 21. Jahrhunderts
..... 202**

A) Lex mercatoria in der französischen Rechtswissenschaft	203
I) Berthold Goldman.....	203
II) Philippe Kahn.....	211
III) Paul Lagarde.....	216
IV) Eric Loquin.....	223
V) Emmanuel Gaillard	227
VI) Yves Fortier.....	231
VII) Zusammenfassung.....	234
B) Die französische Gesetzgebung zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit – das Dekret vom 12. Mai 1981.....	237
I) Inhalt und Wesenszüge der Regelung des 4. Buchs, Titres V. und VI. NCPC zur arbitrage international	242
1. Die Rechtslage vor der Reform.....	242

2.	Anwendungsbereich der Regelung	244
a)	Definition des Art. 1492 NCPC	245
b)	Interpretation der Begriffe „commerce“ und „international“ im Sinne der Norm	246
aa)	„international“	246
bb)	„commerce“	249
3.	Die Regelung der Art. 1493-1497 NCPC	250
a)	Die Regeln der Art. 1493 bis 1495 NCPC	250
aa)	Regeln betreffend der Schiedsvereinbarung	251
bb)	Regeln betreffend das Verfahren ..	254
α	Art. 1493 Abs. 2 NCPC	254
β	Art. 1494 NCPC	256
γ	Art. 1495 NCPC	261
b)	Art. 1496-1497 NCPC	261
4.	Die Regelung der Art. 1498-1507 NCPC	261
II)	Französisches Recht als Verfahrensrecht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 1495 NCPC)	262
1.	Verweis auf die Art. 1442-1480 NCPC	264
2.	Die Einschränkungen des Art. 1495 NCPC	267
a)	Der Vorbehalt einer „convention particulière »	267
b)	Vorbehalt der Art. 1493 und 1494 NCPC	269
c)	Korrektiv des Art. 1502 NCPC	271
III)	Die Regelung von Art. 1496 NCPC	273
1.	Regelungsgehalt der Norm	273

a)	Entscheidung nach den von den Parteien bestimmten „règles de droit“	273
b)	Entscheidung nach den als „geeignet“ empfundenen „règles de droit“	277
c)	Entscheidung unter Berücksichtigung von Handelsbräuchen	283
d)	Grenzen der Rechtswahlfreiheit	286
2.	Abgrenzung zur amiable composition – Art. 1497 NCPC	290
IV)	Die Rechtsanwendungskontrolle der Schiedsgerichte anhand des Dekrets vom 12. Mai 1981	291
1.	Die Regelung der Art. 1498 – 1507 NCPC	291
a)	Anerkennung und Vollstreckung	291
aa)	Anwendungsbereich	291
bb)	Die Anforderungen an eine Anerkennung und Vollstreckung	294
α	Der Maßstab des New Yorker Abkommen von 1958	295
β	Der Maßstab des französischen Rechts	298
b)	Rechtsbehelfe gegen Schiedsentscheide	300
aa)	Art. 1501 NCPC	301
bb)	Art. 1504 NCPC	304
cc)	Art. 1502 NCPC	307
α	Art. 1502 no. 3 NCPC	308
(1)	Das Verkennen der Anträge ..	310
(2)	Das Verkennen der Kompetenzen	311
β	Art. 1502 no. 5 NCPC	314
2.	Zwischenergebnis	315

C)	Die Rechtsanwendungskontrolle von Schiedsentscheiden durch die französische Rechtsprechung	318
I)	Gerichtsentscheidungen über die Anwendung von lex mercatoria im Schiedsverfahren	318
1.	Fougerolle c. Banque du Proche Orient	319
2.	Norsolor c. Pabalk.....	321
3.	Compania Valencia de Cementos Portland c. Primary Coal	326
4.	Würdigung	328
II)	Gerichtsentscheidungen über annullierte Schiedssprüche	331
1.	Pabalk c. Norsolor.....	331
2.	Hilmarton	333
3.	Chromalloy.....	339
4.	Würdigung	341
D)	Zusammenfassung und Würdigung	343
I)	Regelungscharakter der Schiedsgesetzgebung.....	343
II)	Der rechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts	346
III)	Das Verhältnis von nationalem Richter, Schiedsgericht und Schiedsspruch	350

3. Teil: Lex mercatoria in der deutschen Rechtsordnung 354

1.Kapitel: Rechtsgeschichtliche Entwicklung..... 354

A)	Die mittelalterliche lex mercatoria bis zum Ende des 15. Jahrhunderts	354
I)	Der politisch-geographische Rahmen ...	354

II) Ausnahmerecheinung: Die deutsche Hanse.....	356
B) Verwissenschaftlichung des Handelsrechts ab dem 15. Jahrhundert.....	357
C) Nationalisierung des Handelsrechts	360
D) Würdigung	361

2. Kapitel: Universelles Handelsrecht in der deutschen Rechtsordnung des 21. Jahrhunderts 362

A) Lex mercatoria in der deutschen Rechtswissenschaft	362
I) Otto Sandrock	362
II) Peter Schlosser	366
III) Hans-Joachim Mertens.....	371
IV) Klaus-Peter Berger	379
V) Detlev von Breitenstein.....	384
VI) Christian von Bar	389
VII) Zusammenfassung.....	393
B) Die deutsche Gesetzgebung zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit	396
I) Regelung des schiedsrichterlichen Verfahrens im 10. Buch der ZPO.....	396
1. Die Rechtslage vor der Reform.....	399
a) Die „kleine“ Reform von 1986	399
b) Die verbleibenden Missstände	400
2. Überblick zu den getroffenen Regelungen	402
3. Anwendungsbereich und Begriff der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit	407
II) Das anwendbare Recht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nach den Regelungen des 10. Buchs der ZPO	411
1. Die Regelung von § 1051 ZPO	413
a) § 1051 Abs. 1 ZPO.....	416

b)	§ 1051 Abs. 2 ZPO.....	419
aa)	Die Methode des Schiedsrichters bei der Ermittlung des anzuwendenden Rechts	421
bb)	Das Objekt der Rechtswahl.....	425
c)	§ 1051 Abs. 4 ZPO.....	429
2.	Abgrenzung zur Entscheidung nach Billigkeit.....	430
III)	Die Rechtsanwendungskontrolle von Schiedsentscheiden im 10. Buch der ZPO	435
1.	Der richterliche Eingriff in das Schiedsverfahren	436
2.	Die Aufhebung von Schiedsentscheiden gemäß § 1059 ZPO	438
a)	Begriff des „internationalen“ Schiedsspruchs	438
b)	Die Regelung von § 1059 ZPO	438
aa)	Aufhebungsgründe des § 1059 Abs.2 ZPO	439
α	§ 1059 Abs. 2 Nr. 1c) ZPO	439
β	§ 1059 Abs. 2 Nr. 1d) ZPO	441
γ	§ 1059 Abs. 2 Nr. 2 b) ZPO	446
bb)	Anwendbarkeit von § 1059 ZPO auf ausländische Entscheide.....	451
3.	Die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedsentscheiden	455
a)	Inländische Schiedssprüche	455
b)	Ausländische Schiedssprüche	456
C)	Die Rechtsanwendungskontrolle von Schiedssprüchen durch die deutsche Rechtsprechung	458

I)	Gerichtsentscheidungen über die Anwendung von lex mercatoria im Schiedsverfahren	458
1.	OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 26.10.1983	458
2.	BGH, Urteil vom 26.09. 1985	462
3.	LG Hamburg, Urteil vom 18.09.1997.	463
4.	Würdigung	466
II)	Gerichtsentscheidungen über annullierte Schiedssprüche	467
1.	Urteil des OLG Rostock vom 28.10.1999	467
2.	Würdigung	473
D)	Zusammenfassung und Würdigung	477
I)	Regelungscharakter der Schiedsgesetzgebung	477
II)	Der rechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts	478
III)	Das Verhältnis von nationalem Richter, Schiedsgericht und Schiedsspruch	481

4. Teil: Ergebnis und Ausblick..... 485

1. Kapitel: Der rechtliche Status eines „universellen“ Handelsrechts in den Rechtsordnungen Englands, Frankreichs und Deutschlands..... 485

A)	Die lex mercatoria Debatte in der Rechtswissenschaft	485
B)	Die Konzeption der Schiedsordnungen...	493
C)	Der rechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit bei der Bestimmung des materiellen Rechts	498

I) Objekt.....	498
II) Methode.....	502
III) Grenzen	504
D) Das Verhältnis von nationalem Richter, Schiedsgericht und Schiedsspruch.....	506
I) Kompetenz der Gerichte im Land des Schiedsortes	507
1. Richter und Schiedsgericht	507
2. Richter und Schiedsspruch.....	508
II) Anerkennung und Vollstreckung	511
E) Gesamtergebnis und Folgen für die Entwicklung in diesem Bereich	514
F) Blick nach Übersee.....	516

2. Kapitel: Schlussbetrachtung und Ausblick 519

Anhang I : Table of cases..... 527

Anhang II : Gesetzesauszüge..... 529

I) Arbitration Act 1996

II) Nouveau Code de Procédure Civile

III) Das 10. Buch der ZPO

IV) New Yorker Abkommen von 1958.....

Literaturverzeichnis

Aden, Menno: „Die Anwendung materiellen Rechts durch den Schiedsrichter“ in RIW 1984, S.934-938.

Ajibola, Bola: „Differences between the United Kingdom Arbitration Act 1996 and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration“ in FS Böckstiegel, Köln, Berlin, Bonn, München, 2001, S.1-12.

Ancel, Jean-Pierre: „La Cour de Cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international“ in Le juge entre deux millénaires, Mélanges offertes à Pierre Drai, Paris 2000.

Baker, J.H.: An Introduction to English Legal History, 2. Auflage, London 1979.

Bärman, Johannes: „Ist internationales Handelsrecht kodifizierbar?“ in Festschrift für F.A. Mann zum 70. Geburtstag, München 1977, S. 547 – 573.

Bar, Christian von; Mankowski, Peter: Internationales Privatrecht, Band I – Allgemeine Lehren, München 2003.

Baumbach, Adolf; Lauterbach, Wolfgang: Zivilprozessordnung, Band 1, 61. Auflage, München 2003.

Bellet, Pierre; Mezger, Ernst: „L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile“ in RCDIP 1981, S. 611-656.

Bentil, J. Kodwo: „Commercial arbitrators authorised not

to apply strict rules of law and judicial review“ in JBL 1992, S. 26-38.

Berg, Albert Jan van den: „New York Convention of 1958 – Commentary cases“ in YBCA 1984, S. 329-399.

Berg, Albert Jan van den: „New York Convention of 1958– Commentary cases“ in YBCA 1987, S. 409-475.

Berman, Harold J.: Recht und Revolution – Die Bildung der westlichen Rechtstradition (Übersetzung aus dem Englischen von Hermann Vetter), 2. Auflage, Frankfurt a. M. 1991.

Berger, Klaus-Peter: Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit –Verfahrens- und materielle rechtliche Grundprobleme im Spiegel moderner Schiedsgesetze und Schiedspraxis, Berlin, New York 1992.

Berger, Klaus Peter: „Lex mercatoria in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit: Der Fall Compania Valenciana“ in IPRax 1993, S. 281-288.

Berger, Klaus-Peter: „Sitz des Schiedsgerichts oder Sitz des Schiedsverfahrens?“ in RIW 1993, S. 8-12.

Berger, Klaus-Peter: „Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit“ in RIW 1994, S. 12-18.

Berger, Klaus-Peter: „Die Unidroit-Prinzipien für internationale Handelsverträge“ in ZVglRWiss 1995, S. 217-236.

Berger, Klaus-Peter: „Die formalisierte oder schleichende Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts“, Berlin, New York 1996.

Berger, Klaus-Peter: „Das neue deutsche Schiedsverfahrensrecht“ in *DZWir* 1998, S. 45-55.

Berger, Klaus Peter: „Einheitliche Rechtsstrukturen durch außergesetzliche Rechtsvereinheitlichung“ in *JZ* 1999, S. 369 – 377.

Berger, Klaus-Peter: „The German Arbitration Law of 1998 – First Experiences“ in *FS für Karl-Heinz Böckstiegel*, Köln, Berlin, Bonn, München 2001, S. 31-49.

Berger, Klaus-Peter (Hsg.): *The Practice of Transnational Law*, The Hague, London, Boston, 2001.

Berger, Klaus-Peter: „The new law merchant and the global market place – A 21st century view of transnational commercial law“ in *The Practice of Transnational Law* (Hsg. Klaus-Peter Berger), S. 1-22.

Berman, Harold J; Kaufman, Colin: „The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)“ in *HILJ* Vol. 19, 1978, S. 221-277.

Blaurock, Uwe: „Übernationales Recht des Internationalen Handels“ in *ZEuP* 1993, S. 247 – 267.

Blackstone, William: *Commentaries on the Laws of England* (in four books), 4. Auflage, Band I, Oxford, 1765.

Böckstiegel, Karl-Heinz (Hsg.): *Handelsschiedsgerichtsbar-*

keit in England und in der Bundesrepublik Deutschland – Schriftenreihe des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtswesen Band 7, Köln, Berlin, Bonn, München 1987.

Böckstiegel, Karl-Heinz: „Die Anerkennung der Parteiautonomie in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit“ in FS für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag, S. 141-151, München 1999.

Boissésou, Mathieu de: „Le droit français de l’arbitrage interne et international“, GLN-éditions, 1990.

Bonell, Michael Joachim: „Das UNIDROIT – Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für internationale Handelsverträge“ in *RabelsZ* 1992, S. 274-289.

Bonell, Michael Joachim: „Unidroit Principles and the lex mercatoria“ in *Lex mercatoria and Arbitration*, Thomas Carbonneau (Hsg.), 1998, S. 249-255.

Booyesen, Hercules: „Die internationale lex mercatoria: Das Erfordernis ihrer Umgestaltung zu einer rechtswissenschaftlichen Synthese und ihr Verhältnis zum Völkerrecht“ in *AdV* 1992, S. 196-211.

Borges, Georg: „Die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen nach dem neuen Schiedsverfahrensrecht“ in *ZZP* 1998, S. 487-513.

Bork, Reinhard: „Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland” in Peter Gottwald (Hsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit- Arbitrage International- International Arbitration, Band 9, S. 283-313, Bielefeld, 1997.

Boyd, Stewart; Veeder, V.V.: „Le développement du droit anglais de l’arbitrage depuis la loi de 1979” in RdA 1991, S. 209-261.

Bradgate, Robert; Savage, Nigel: Commercial Law, London, Dublin, Edinburgh 1991

Breitenstein, Detlev von: „Rechtsordnung und „lex mercatoria“ – zur vergeblichen Suche nach einem „anationalen“ Recht für die internationale Arbitrage“ in FS für Otto Sandrock, S. 111- 136, Heidelberg 2000.

Brunner, Heinrich: The Sources of English Law, Boston 1908.

Burgstaller, Alfred: „Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in Österreich” in ZfRV 2000, S. 83-93.

Bye, Christian: „Le droit international de la bioéthique: ius gentium ou lex mercatoria ?” in JDI 1997, S. 913-944.

Caemmerer, Ernst von: „The influence of the law of international trade on the development and character of the commercial law in the civil law countries” in The sources of the law of international trade, (Hsg. Clive M. Schmitthoff), London 1964, S. 88-100.

Carbonneau, Thomas E.: „Rendering arbitral award with reasons: The elaboration of a Common Law of international transactions” in CJIL 1985, S. 579-614.

Carbonneau, Thomas E. (Hsg.): „Lex mercatoria and arbitration” A discussion of the new law merchant, Revised Edition, Kluwer Law International, 1998.

Caron, David D.: „The nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the evolving structure of international dispute resolution“ in AJIL 1990 Vol.84, S.104-156.

Coben, Daniel: „La soumission de l’arbitrage international à la loi française” (Commentaire de l’article 1495 NCPC) in RdA 1991, S. 155-207.

Coing, Helmut: Europäisches Privatrecht, Band I, 1500-1800, München 1985.

Coing, Helmut: „Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet. Probleme und Aufbau“ in Gesammelte Aufsätze zur Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht 1947-1975, Band II S. 67 – 99, Frankfurt a.M. 1982.

Coing, Helmut (Hsg.): Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Band I - Mittelalter (1100 – 1500), München 1973.

Ders.: Band II / 1 – Neuere Zeit (1500–1800), München 1977.

Ders.: Band II / 2 - Neuere Zeit (1500–1800), München 1977.

Coing, Helmut (Hsg.): Ius Commune, Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Band V, Frankfurt a. M. 1975.

Craig, W. Laurence; Park, William W.; Paulsson, Jan: International Chamber of Commerce Arbitration, 3. Auflage New York 2000.

Croff, Carlo: „The applicable law in an International Commercial Arbitration: Is it still a conflict of laws problem?“, International Business Lawyer 1982, S. 613-645.

Dasser, Felix: Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria – Rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion über ein nicht-staatliches Handelsrecht, Zürich 1989.

Dekeuwer-Défossez, Françoise: Droit Commercial, 5. Aufl., Paris 1997.

Delaume, Georges R.: „The Myth of the lex mercatoria“ in TulaneLR 1989, Vol. 63, S. 575-611.

Derains, Yves: National Report France in YBCA Vol. VI, 1981, S. 4-23 und Vol.VII, 1982, S. 3-23.

Derains, Yves: „Sources et domaine d’application du droit français de l’arbitrage international“ in Droit et pratique de l’arbitrage international en France, S. 1-10, Paris 1984.

Derains, Yves: „L’ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l’arbitrage international“ in RdA 1986, S. 375-413.

Derains, Yves: „La jurisprudence des arbitres du commerce international en matière de détermination du droit applicable au contrat” in RDAI 1996, S. 514-530.

DeVries, Henry P. : „International Commercial Arbitration : A transnational view” in JIA 1984, Vol. 1, S. 7-20.

Dicey, Albert Venn; Morris, J.H.C.: „The Conflict of Laws“, Vol. I, 13. Aufl., London 2000.

Däser, Wulf: Vertragsgestaltung im internationalen Wirtschaftsrecht, München 2001.

Ehrenberg, Victor: Handbuch des gesamten Handelsrechts, Band I, Leipzig 1913

Engle, Rachel: „Party autonomy in international arbitration: Where uniformity gives way to predictability” in TL 2002, S. 323-356.

Fall, Aboubacar: „Defence and Illustration of Lex mercatoria in Maritime Arbitration” in JIA 1998, Vol.15, S. 83-94.

Fortier, Yves: „The new, new lex mercatoria, or, back to the future” in AI 2001, Vol. 17, S. 121-128.

Fouchard, Philippe: „L'arbitrage commercial international” In Bibliothèque de droit international privé, Vol. 2, Paris 1965.

Fouchard, Philippe: „L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981” in JDI 1982, S. 374-420.

Fouchard, Philippe: „Les usages, l'arbitre et le juge” in *Mélanges Goldman* 1987, S. 67-87.

Fouchard, Philippe; Gaillard, Emmanuel; Goldman, Berthold: „Traité de l'arbitrage commercial international”, Paris 1996.

Fouchard, Philippe: „International Arbitration in France” in Gottwald (Hsg.), *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Band 9, Bielefeld 1997, S. 365-403.

Fouchard, Philippe: „La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine” in *RdA* 1997, S. 329-352.

Fouchard, Philippe: „Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrale” in *RdA* 1998, S. 653-672.

Gaillard, Emmanuel: „La distinction des principes généraux et des usages du commerce international“ in *Mélanges Bellet*, S. 203-217, Paris 1991.

Gaillard, Emmanuel: „Trente ans de Lex Mercatoria – pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit” in *JDI* 1995, S. 5-30.

Gaillard, Emmanuel: „L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine” in *JDI* 1998, S. 645-674.

Gaillard, Emmanuel: „Transnational law: A legal system or a method of decision making ?” in *AI* 2001, Vol. 17, S. 59-71.

Gaudemet-Tallon, Hélène: „Les sources internationales du droit international privé devant le juge français” in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offertes à Pierre Drai*, Paris 2000.

Giardina, Andrea: „The international recognition and enforcement of arbitral awards nullified in the country of origin” in *FS für K.-H. Böckstiegel*, S. 205-217, Köln, Berlin, Bonn, München 2001.

Gierke, Julius von: *Handels- und Wirtschaftsrecht*, Band I, 9. Auflage, Berlin New York 1975.

Glossner, Ottoarndt: „Zur Bedeutung der internationalen Handelskammer für die Rechtsfortbildung“ in *Rechtsfortbildung durch Internationale Schiedsgerichtsbarkeit* Band 8, S. 83-92, (Hsg.: Karl-Heinz Böckstiegel), Köln, Berlin, Bonn, München 1989.

Glossner, Ottoarndt; Bredow, Jens; Bühler, Michael: *Das Schiedsgericht in der Praxis*, 3. Aufl., Heidelberg 1990.

Glossner, Ottoarndt: „Das UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 – 40 Jahre danach” in *FS Schütze*, S. 221-224.

Goldman, Berthold: „Frontières du droit et lex mercatoria“ in *Archives de Philosophie du Droit* Vol. 9, 1964, S. 177-192.

Goldman, Berthold: „La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux” in *Clunet JDI* 1979, S. 475-505.

Goldman, Berthold: „La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international” in RdA 1981, S. 469-486.

Goldman, Berthold: „La nouvelle réglementation française de l'arbitrage international” in "The art of arbitration", Liber amicorum für Pieter Sanders, Deventer 1982.

Goldman, Berthold: „Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria – L'affaire Norsolor” in RdA 1983, S. 379-409.

Goldman, Berthold: Les relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman, Paris 1987.

Goldman, Berthold: „Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria” in Études de Droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Basel, Frankfurt a.M. 1993, S. 241-255.

Goldschmidt, Levin: „Über die wissenschaftliche Behandlung des deutschen Handelsrechts” in ZHR 1858, S. 1-24.

Goldschmidt, Levin: Universalgeschichte des Handelsrechts, Stuttgart 1891.

Goldstajn, Aleksandar: „International Conventions and Standard Contracts as means of escaping from the application of municipal law –I” in The Sources of the law of international trade. London 1964 (Hsg. Clive M. Schmitthoff), S. 103-117.

Gottwald, Peter (Hsg.): Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Band 9, Bielefeld 1997.

Gran, Andreas: „Das Dilemma bei der Vereinheitlichung des internationalen Luftverkehrsrechts“ in *TranspR* 2004, S. 72-74.

Grossmann-Doerth, Hans: „Der Jurist und das autonome Recht des Welthandels“ in *JW* 1929 III, S. 3447-3451.

Großfeld, Bernhard: *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung*, Tübingen 1984.

Güterbock, Karl: „Zur Geschichte des Handelsrechts in England“ in *ZHR* 4 (Hsg.: Dr. L. Goldschmidt, 1861), S. 13 – 29.

Güterbock, Karl: *Bracton and his relation to the Roman Law*, Philadelphia 1866, Nachdruck 1999 (englische Übersetzung von Brinton Coxe).

Gumbel, H. Edward: „Auf dem Weg zu einem neuen Schiedsrecht in England“ in *ZfV* 1994, S. 575-578.

Haas, Ulrich: „Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer und internationaler Schiedssprüche“, Berlin 1991.

Haas, Ulrich: „Die Reform des englischen Schiedsverfahrensrechts – der englische Arbitration Act 1996“ in *ZZPInt* 1997, S. 409-432.

Haas, Ulrich: „Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, June 10, 1958“ in *Practitioner’s Handbook on International Arbitration*, von Frank-Bernd Weigand, (Hsg.) München 2002, S. 399-538.

Habscheid, Walther J.: „Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit“ in JZ 1998, S. 445-450.

Harris, Bruce; Planterose, Rowan; Tecks, Jonathan: The Arbitration Act 1996 – A commentary, London 1996.

Hattenbauer, Hans: Europäische Rechtsgeschichte, 2. Auflage, Heidelberg 1994.

Heigl, Philipp Sebastian: „Das deutsche Schiedsverfahrensrecht von 1998 im Vergleich zum English Arbitration Act 1996“, Frankfurt a.M. 2000.

Higbet, Keith: „The Enigma of the lex mercatoria“ in TulaneLR 1989 Vol. 63 S. 613-628.

Hill, Jonathan: „Some private international law aspects of the arbitration act 1996“ in ICLQ 1997, S. 274-297.

Hoffmann, Bernd von: „Anwendung der lex mercatoria durch internationale Schiedsgerichte“ in FS Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1987, S. 215-233.

Hoffmann, Bernd von: Internationales Privatrecht, 7. Auflage, München 2002.

Holdsworth, William Searle: Sources and Literature of English Law, Aalen 1977.

Holdsworth, William Searle: A History of English Law (Gesamtdarstellung in 16 Bänden)

Volume I , 7th Edition, London 1956.

Volume V, 3rd Edition, London 1945, reprinted 1966.

Volume VI, 2nd Edition, London 1937, reprinted 1966

Volume XII, London 1938, reprinted 1966.

Honnold, John: „The influence of the law of international trade on the development and character of English and American commercial law” in Sources of the law of international trade, (Hsg. Clive M. Schmitthoff), London 1964, S. 70-87.

Honsell, Heinrich: „Die Vertragsverletzung des Verkäufers nach dem Wiener Kaufrecht” in SJZ 1992, S. 361-365.

James, Philip S.: Introduction to English Law, 4. Auflage, London 1959.

Juenger, Friedrich K.: „Some random remarks from over sea” in The practice of transnational law”, (Hsg. Klaus-Peter Berger), The Hague, London, Boston 2001, S. 81-89.

Junker, Abbo: „Deutsche Schiedsgerichte und Internationales Privatrecht (§ 1051 ZPO)” in FS für Otto Sandrock, Heidelberg 2000, S. 443-464.

Kahn, Philippe: La vente commerciale internationale, Paris 1961.

Kahn, Philippe: „Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ?” in Études Goldman, S. 97-107, Paris 1987.

Kahn, Philippe: „Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international” in JDI 1989, S. 305-327.

Kahn, Philippe: „La lex mercatoria: Point de vue français après quarante ans de controverses” in McGillJ 1992, S. 413-427.

Kappus, Andreas: Lex Mercatoria in Europa und Wiener UN-Kaufrechtskonvention 1980: „Conflict avoidance“ in Theorie und Praxis schiedsrichterlicher und ordentlicher Rechtsprechung in Konkurrenz zum Einheitskaufrecht der Vereinten Nationen; Frankfurt a.M.; Bern; New York; Paris 1990.

Kappus, Andreas: „Einzug der lex mercatoria in das englische House of Lords“ in IPRax 1990, S. 133-135.

Kassis, Antoine: Théorie générale des usages du commerce, Paris 1984.

Kegel, Gerhard: Internationales Privatrecht, 7. Auflage, München 1995.

Kerr, Michael: „The English Arbitration Act 1996 and the Model Law“ in FS für Karl-Heinz Böckstiegel, Köln, Berlin, Bonn, München 2001, S. 377-389.

Kessedjian, Catherine: „Court decisions on enforcement of arbitration agreements and awards“ in JIA 2001, S. 1-11.

Kieninger, Eva-Maria: „Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt –

Studien zur Privatrechtskoordinierung in der Europäischen Union auf den Gebieten des Gesellschafts- und Vertragsrechts”, Tübingen 2002 in Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 74 (Habilitation Hamburg, 2001).

Kleinschmidt, Harald: Geschichte der internationalen Beziehungen, Stuttgart 1998.

Kötz, Hein: „Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung“, Einführende Bemerkungen zum gleichnamigen Symposium in Hamburg 1991, in *RabelsZ* 1992, S. 215-218.

Koller, Ingo; Roth, Wulf-Henning; Morck, Winfried: Kommentar zum HGB, 4. Auflage, München 2003.

Kreindler, Richard H.: „Das neue deutsche Schiedsverfahrensrecht: Eine ausländische Betrachtung“ in FS für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Heidelberg, 2000.

Kreindler, Richard H.; Mahlich, Thomas C.: „Das neue deutsche Schiedsverfahrensrecht aus ausländischer Sicht“ in *NJW* 1998, S. 563-572.

Kronke, Herbert: „Internationale Schiedsverfahren nach der Reform“ in *RIW* 1998, S. 257-265.

Kropholler, Jan: Internationales Privatrecht einschließlich der Grundbegriffe des internationalen Zivilverfahrensrechts, 4. Auflage, Hamburg 2001.

Labes, Hubertus; Lörcher, Torsten: „Das neue deutsche Recht der Schiedsgerichtsbarkeit“ in MDR 1997, S. 420-425.

Lagarde, Paul: „Approche critique de la lex mercatoria“ in Études Goldman, Paris 1987, S. 125-150.

Lalive, Pierre: „Summary of Chairman“ in UNCITRAL’s project for a model law on international, commercial arbitration (Hsg. Pieter Sanders), International Council for commercial arbitration congress series no. 2, Deventer 1984.

Lalive, Pierre: „Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international“ in RdA 1986, S. 329-371.

Lando, Ole: „The lex mercatoria in international commercial arbitration“ in ICLQ 1985, Vol. 34, S. 747-768.

Lando, Ole: „A Global Commercial Code“ in RIW 2004, S.161-162.

Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage (verkürzte Studienausgabe der 6.Auflage) Berlin1992.

Leible, Stefan: „Außenhandel und Rechtssicherheit“ in ZVglRWiss 1998, S. 286-319.

Lev, Julian D.M.: Applicable law in commercial arbitration, New York 1978.

Lionnet, Klaus: Handbuch der internationalen und natio

nen Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Auflage, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2001.

Loquin, Eric: „Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage" in JDI 1983, S. 293-345.

Loquin, Eric: „La réalité des usages du commerce international" in RIDE 1989, S. 163-195.

Loquin, Eric: „Où en est la lex mercatoria" in „Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle," Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Paris 2000, S. 23-51.

Loquin, Eric; Ravillon, Laurence: „La volonté des opérateurs, vecteur d'un droit mondialisé" in La mondialisation du droit, Publications du CREDIMI, Vol. 19, Paris 2000, S. 91-132 .

Lorenz, Werner: „Die Lex Mercatoria: Eine internationale Rechtsquelle?" In Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag, S. 407 – 429, Baden Baden 1985.

Lowenfeld, Andreas F.: “Lex mercatoria: An Arbitrator's view" in Lex mercatoria and Arbitration – A discussion of the law merchant, Kluwer Law International 1998, S. 71-91.

Lj, Filip de: „Emerging new perspectives regarding lex mercatoria in an era of increasing globalization" in FS Sandrock, S. 179-203.

Malynes, Gerard: Consuetudo vel Lex Mercatoria or the ancient law merchant, Nachdruck der Originalausgabe

von 1622, Goldbach 1997.

Mann, Frederik Alexander: „Schiedsrichter und Recht“ in Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Band I, Köln 1978, S. 593-619.

Mann, Frederik Alexander: „Lex facit arbitrum“ in International Arbitration - Liber Amicorum for Martin Domke, (1967) S. 157-183.

Mann, Frederik Alexander: „England rejects „delocalised“ contracts and arbitration“ in ICLQ 1984 Vol. 33, S. 193-198.

Mann, Frederik Alexander: „Foreign Awards“ in LQR 1992, S. 6-8.

Martiny, Dieter: „Die Bestimmung des anwendbaren Sachrechts durch das Schiedsgericht“ in FS für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag, München 1999, S. 529-542.

Maxwell, Karen: „International Arbitration in England“ in Peter Gottwald (Hsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Band 9, S. 315-324, Bielefeld, 1997.

Maxwell, Karen: Country Report England in Practitioner's Handbook on International Arbitration, von Frank-Bernd Weigand, (Hsg.) München 2002, S. 593-642.

Mayer, Pierre: „Les lois de police étrangères“ in JDI 1981, S. 277-345.

Mayer, Pierre: „Les pouvoirs des arbitre de régler la

procédure – une analyse comparative des systèmes de civil law et de common law" in RdA 1995, S. 163-183.

Medwig, Michael T.: „The new law merchant: Legal rhetoric and commercial reality” in LPIB, Vol. 24, 1992, S. 589-616.

Mertens, Hans-Joachim: „Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff” in RabelsZ 1992, S. 219-241.

Meyer, Rudolf: Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition, Göttingen 1993.

Michaels, Ralf: „Privatautonomie und Privatkodifikation – Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien“ in RabelsZ 1998, S. 580-626.

Moitry, Jean-Hubert: „Arbitrage international et droit de la concurrence : Vers un ordre public de la lex mercatoria ?” in RdA 1989, S. 3-36.

Molineaux, Charles: „Moving toward a Construction Lex Mercatoria – A Lex Constructionis” in JIA 1997, Vol. 14, S. 55-66.

Münchener Kommentar: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, EGBGB und Internationales Privatrecht, 3. Auflage, München 1998.

Musielak, Hans-Joachim: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Auflage, München 2002.

Mustill, Sir Michael J.: „The new lex mercatoria: The first

twenty-five years“ in Festschrift für Lord Wilberforce, 1987, S. 149-183.

Mustill, Sir Michael J.; Boyd, Stewart C.: The Law and Practice of Commercial Arbitration in England, 2. Auflage, London and Edinburgh 1989.

Mustill, Sir Michael J.: „Vers une nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage“ in RdA 1991, S. 383-417.

Mustill, Sir Michael J.: „La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 : Philosophie, inspiration, aspiration“ in RdA 1997, S. 29-43.

Nicklisch, Fritz: „Privatautonomie und Schiedsgerichtsbarkeit bei internationalen Bauverträgen“ in RIW 1990, S. 89-91.

Nienaber, Volker: „Die Anerkennung und Vollstreckung im Sitzstaat aufgehobener Schiedssprüche“, Frankfurt a.M. 2002.

Niggemann, Friedrich: „Die neuere Rechtsprechung der französischen Gerichte zur Schiedsgerichtsbarkeit“ in BB 2001 (Beilage 7), S. 11-20.

Nolting, Ekkehard: „Empfiehl es sich das deutsche Schiedsrecht zu reformieren?“ in IPRax 1987, S. 387-388.

Normand, Jacques: „Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé“ in RTDciv. 1984, S. 544-557.

Oppetit, Bruno: „Théorie de l'arbitrage“, Paris 1998.

Osman, Filali: „Les principes généraux du droit”, thèse, Dijon 1992.

Park, William W.: „Judicial Supervision of Transnational Commercial Arbitration: The English Arbitration Act of 1979”, in *HJIL* 1980 Vol.21, S. 87-125.

Park, William W.: „The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration“ in *ICLQ* 1983 Vol. 32, S. 21-52.

Park, William W.: „The new English Arbitration Act” in *Mealey’s IAR* 1998, S. 21-37.

Paulson, Jan: „Arbitration unbound: Award detached from the law of its country of origin” in *ICLQ* 1981 Vol. 30, S. 358-387.

Paulson, Jan: „Delocalisation of international commercial arbitration: When and why it matters” in *ICLQ* 1983 Vol. 32, S. 53-61.

Pawlowski, Hans-Martin: *Methodenlehre für Juristen – Theorie und Norm des Gesetzes*, 2. Auflage, Heidelberg 1991.

Pollock, Sir Frederick; Maitland, Frederic William: *The History of English Law*, Volume I, 2. Auflage, Cambridge 1952.

Potter, Harold: *An Historical Introduction to English Law and its Institutions*, 3rd Edition, London 1948

Poudret, Jean-Francois; Besson, Sébastien: „Doit comparé de

l'arbitrage international", Zürich, Basel, Genf, 2002.

Quigley, Leonard V.: „Accession by the United States to the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards“ in YLJ 1961 Vol. 70, S. 1049-1082.

Radcliffe, G. R. Y.; Cross, Geoffrey: The English Legal System, 4. Auflage, London 1964.

Raesbke-Kessler, Hilmar; Berger, Klaus-Peter; Lehne, Hans K.: Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 2. Auflage, Köln 1995.

Redfern, Alan; Hunter, Martin: Law and Practise of International Commercial Arbitration 3rd edition, London 1999.

Reimann, Thomas: Zur Lehre vom „rechtsordnungslosen“ Vertrag, Bonn 1970.

Reinhart, Gert: „Rechtsvergleichung und richterliche Rechtsfortbildung auf dem Gebiet des Privatrechts“ in FS der Juristischen Fakultät zur 600. Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 599-617.

Rensmann, Thilo: Anationale Schiedssprüche, Berlin 1997.

Reymond, Claude: „L'Arbitration Act 1996 – convergence et originalité“ in RdA 1997, S. 45-68.

Reymond, Claude: „Where is an arbitral award made?“ in LQR 1992, S. 1-6.

Ripert, Georges; Roblot, René: „Traité de droit commercial,” 16. Aufl., verfasst von Michel Germain, Paris 1996.

Rivkin, David W.: „Enforceability of arbitral awards based on lex mercatoria” in AI 1993, S. 67-84.

Robert, Jean: „De la place de la loi dans l’arbitrage” in FS Martin Domke, The Hague 1967, S. 226-239.

Robert, Jean: „L’arbitrage en matière international” in Recueil Dalloz 1981, II, chronique S. 209-216.

Robert, Jean: „L’arbitrage, droit interne, droit international privé” , 6. Aufl., Paris 1993.

Sandrock, Otto: „Die Fortbildung des materiellen Rechts durch die internationale Schiedsgerichtsbarkeit“ in Rechtsfortbildung durch Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Schriftenreihe des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtswesen Band 8, Köln, Berlin, Bonn, München 1989, S. 21-81.

Sandrock, Otto: „Welches Kollisionsrecht hat ein internationales Schiedsgericht anzuwenden?” in RIW 1992, S. 785-795.

Sandrock, Otto: „Neue Herausforderungen an das internationale Wirtschaftsrecht” in ZVglRWiss 1999, S. 227-259.

Sandrock, Otto: „Die objektive Anknüpfung von Verträgen nach § 1051 Abs. 2 ZPO” in RIW 2000, S. 321-328.

Schlösser, Peter: „Das Internationale an der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit“ in RIW 1982, S. 857-867.

Schlösser, Peter: „Das Recht der internationalen, privaten Schiedsgerichtsbarkeit“, 2. Auflage, Tübingen 1989.

Schlösser, Peter: „Bald neues Recht der Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland?“ in RIW 1994, S. 723-728.

Schmidt-Kessel, Martin: „Auf dem Weg zu einem europäischen Vertragsrecht“ in RIW 2003, S. 481-489.

Schmitthoff, Clive M.: „Das neue Recht des Welthandels“ in *RabelsZ* 1964, S. 47 – 77.

Schmitthoff, Clive M.: „The unification of the law of international trade“, *JBL* 1968, S. 105-119.

Schmitthoff, Clive M.: „The United Kingdom Arbitration Act 1979“ in *YBCA* 1980, S. 231-239.

Schmitthoff, Clive M.: „The law of international trade, it's growth, formulation and operation“, in *The sources of the law of international trade*, London 1964, S. 3-38.

Schneider, Hartmut: „Auslegungsregeln für den internationalen Handelsverkehr in Neuauflage“ in RIW 1990, S. 91-96.

Schroeder, H.-P.; Oppermann, B.: „Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen nach *lex mercatoria* in Deutschland, England und Frankreich“ in *ZvglRWiss* 99, 2000, S. 410-443.

Schütze, Rolf A.: Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3.Auflage, München 1999.

Schütze, Rolf A.: „Die Bestimmung des anwendbaren Rechts im Schiedsverfahren und die Feststellung seines Inhalts“ in FS für Karl-Heinz Böckstiegel, Köln, Berlin, Bonn, München 2001, S. 715-725.

Schulte-Nölke, Hans: „Ein Vertragsgesetzbuch für Europa?“ (Kurzbeitrag) in JZ 2001, S. 917 – 920.

Schumacher, Klaus: „Das neue 10. Buch der Zivilprozessordnung im Vergleich zum UNCITRAL – Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit“ in BB 1998, Beilage 2, S. 6-17.

Schwab, Karl-Heinz; Walter, Gerhard: Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar, 6. Auflage, München 2000 ; ebenfalls 5. Auflage, München 1995.

Shackleton, Stewart R.: „The applicable law in international arbitration under the new English arbitration act 1996“ in AI 1997 Vol. 13, S. 375-389.

Simpson, A.W.B.: A History of the Common Law of Contract – The Rise of the Action of Assumpsit, Oxford 1975.

Smit, Hans: „A-National Arbitration“ in Tulane LR 1989 Vol. 63, S. 629-645.

Söderlund, Christer: „A comparative overview of Arbitration Laws: Swedish Arbitration Act 1999, English Arbitration Act 1996 and Russian Federal Law on Inter

national Commercial Arbitration 1993” in AI 2004,
S. 73-84.

Solomon, Dennis: „Das vom Schiedsgericht in der Sache anzuwendende Recht nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts” in RIW 1997, S. 981-990.

Spickhoff, Andreas: „Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten” in RabelsZ 1992, S. 116-141.

Stein/Jonas: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Auflage, Tübingen 2002.

Stein, Peter: The Character and Influence of the Roman Civil Law, Historical Essays, London 1988.

Stein, Ursula: Lex mercatoria – Realität und Theorie, Frankfurt a. M. 1995.

Steyn, Johan: National Reports, England in YBCA 1983, Vol.VIII, S.3-33.

Sturm, Fritz: „Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs“ in JZ 2001, S. 1097 – 1102.

Thomas, Heinz; Putzo, Hans: Zivilprozessordnung, 24. Auflage, München 2002.

Thompson, Brian: Constitutional & Administrative Law, Hampshire 1993.

Trakman, Leon E.: „The evolution of the law merchant: Our commercial heritage“ in JMLC Vol. 12, 1981, S. 153-182.

Triebel, Volker; Hodgson, Stephen; Kellenter, Wolfgang; Müller, Georg: *Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2. Auflage, Heidelberg 1995.

Virally, Michel: „Un tiers droit?: Réflexions théoriques“ in *Mélanges Goldman*, Paris 1987, S. 373-385.

Voit, Wolfgang: „Privatisierung der Gerichtsbarkeit“ in *JZ* 1997, S. 120-125.

Volckart, Oliver; Mangels, Antje: „Has the modern lex mercatoria really medieval roots?“ Diskussionsbeitrag 08-96 des Max-Planck-Instituts zur Erforschung von Wirtschaftssystemen, Jena 1996.

Weigand, Frank Bernd: „Practitioner’s Handbook on International Arbitration“, München 2002.

Weinacht, Felix: „Die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche nach ihrer Annullierung im Herkunftsstaat“ in *ZVglRWiss* 1999, S. 139-174.

Weise, Paul-Frank: *Lex mercatoria – Materielles Recht vor der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Frankfurt a. M., Bern, New York, Paris 1990.

Westphal, Friedrich Graf v.: „Die einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive (1974) und die einheitlichen Richtlinien für Inkassi im Licht des AGB Gesetz“, in *WM* 1980, S. 178-191.

Wetzler, Christoph F.: „Nationales Gesellschaftsrecht im Wettbewerb: Anmerkung zu EuGH, Rs. C-167/01 vom 30.09.2003 – Inspire Art“ in GPR, Beilage 3 in Heft 4, RIW 2004, S. 84-86.

Wichard, Johannes Christian: „Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte“ in RabelsZ 1996, S. 269-302.

Winkler, Rolf; Weinand, Armin: „Deutsches internationales Schiedsverfahrensrecht“ in BB 1998, S. 597-604.

Yu, Hong-lin: „Five Years on: A review of the English Arbitration Act 1996“ In JIA 2002 Vol. 19, S. 209-225.

Zekos, Georgios: „The Role of Courts in Commercial and Maritime Arbitration under English Law“ in JIA 1998 Vol. 15, S. 51-73.

Zerbe, Götz: Die Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts auf der Grundlage des UNCITRAL Modellgesetzes über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Baden Baden 1994.

Zimmermann, Reinhard: „Europäischer Charakter des englischen Rechts“ in ZEuP 1993, S. 4 - 51.

Zimmermann, Reinhard: „Die Principles of European Contract Law, Teile I und II“ in ZEuP 2000, S. 391-393.

Zimmermann, Reinhard: „Schuldrechtsmodernisierung?“ in JZ 2001, S. 171 – 181.

Zöller, Richard: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Auflage, Köln 2002.

Zumbansen, Peer: „Lex mercatoria: Zum Geltungsanspruch transnationalen Rechts“ in *RabelsZ* 2003, S. 637-682.

Zweigert, Konrad; Kötz, Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage, Tübingen 1996.

Abkürzungsverzeichnis

AAA	American Arbitration Association
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
ADHBG	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AdV	Archiv des Völkerrechts
a.F.	alte Fassung
AI	Arbitration International
AJIL	American Journal of International Law
ALLER	All England Law Reports
Alt.	Alternative
APD	Archives de Philosophie du Droit
BB	Betriebs-Berater
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	Beziehungsweise
c.	contre
C.A.	Court of Appeal
C.app.	Cour d'Appel
C.Cass.	Cour de Cassation
C.c.	Code civil
CISG	Convention of International Sale of Goods
CJIL	Columbia Journal of International Law
CJTL	Columbia Journal of Transnational Law
C.N.U.D.C.I.	Commission des Nations Unies sur le Droit du Commerce International
CPC	Code de la Procédure Civile
CREDIMI	Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux
d.h.	das heißt
DAC	Departmental Advisory Committee on Arbitration

DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Em.JIDR	Emory Journal of International Dispute Resolution
etc.	etcetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EVÜ	Europäisches Vertragsrechtsübereinkommen von 1980
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fussnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
HILJ	Harvard International Law Journal
Hsg.	Herausgeber
IATA	International Air Transport Association
ICC	International Chamber of Commerce
ICLQ	The International and Comparative Law Quarterly
i.e.	im einzelnen
IGH	Internationaler Gerichtshof
IL	The International Lawyer
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPR	Internationales Privatrecht
IPRG	Gesetz über das Internationale Privatrecht
IWF	Internationaler Währungsfond
i.ü.	im Übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit
JBL	Journal of Business Law

JDI	Journal du Droit International
JIA	Journal of International Arbitration
JMLC	Journal of Maritime Law and Commerce
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KB	King's Bench
LG	Landgericht
LLLR	Lloyd's List Law Reports
LPiB	Law and Policy in International Business
LQR	The Law Quarterly Review
McGillLJ	McGill Law Journal
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mealey's IAR	Mealey's International Arbitration Report
MK	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
m.w.N	mit weiteren Nachweisen
NCPC	Nouveau Code de la procédure civile
n.F.	neue Fassung
no.	numéro
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
o.g.	oben genannte
PatG	Patentgesetz
PECL	Principles of European Contract Law
QB	Queen's Bench Division
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RCDIP	Revue critique du droit international privé
R.D.	Recueil Dalloz Sirey
RdA	Revue de l'Arbitrage
RDAl	Revue de droit des affaires internationales
RIDE	Revue internationale du droit économique
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rdn.	Randnummer
RTDciv.	Revue trimestrielle du droit civil

RTDcom.	Revue trimestrielle du droit commercial
S.	Seite
s.a.	siehe auch
s.o.	siehe oben
SJZ	Schweizer Juristenzeitung
TGI	Tribunal de Grande Instance
TL	The Transnational Lawyer
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TranspR	Transportrecht
TulaneLR	Tulane Law Review
u.a.	unter anderem
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
UNÜ	UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958
v.	versus
v.a.	vor allem
Vol.	Volume
vergl.	vergleiche
WBR	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (niederl. Zivilgesetzbuch)
WTO	World Trade Organisation
W.L.R.	Weekly Law Reports
WM	Wertpapiermitteilungen
YLJ	The Yale Law Journal
YBCA	Yearbook of Commercial Arbitration
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZfV	Zeitschrift für Versicherungswesen

ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International

Einleitung

„... that the rules of the lex mercatoria exist in gremio legis as a complete, albeit inexplicit, and evolving whole; that they are received, at least in part, into individual national laws or are reflected by them; and that by careful analysis the dross of the rigidities, impracticabilities and distinctions imposed by each national law, can be purged away, leaving behind the pure gold of the underlying international legal order.”

[Lord Sir Michael J. Mustill in *Liber amicorum* für Lord Wilberforce, S. 149, 155].

A) Die Rolle der Staaten bei der Herausbildung eines universellen Handelsrechts

Bereits Anfang der 60er Jahre¹ und zuletzt gegen Ende der 80er und Beginn der 90er Jahre wurden Bewegungen im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

¹ Dies erfolgte vor allem in Frankreich durch die grundlegenden Werke von Fouchard (*L'arbitrage commerciale internationale*, 1965), Kahn (*La vente commerciale internationale*, 1961) und Goldmans („*Frontières du droit et lex mercatoria*“) in APD 1964, S. 177 ff.. Erstmals wurde der Begriff eines transnationalen Wirtschaftsrechts von Goldman in einem Artikel in *Le Monde* von 1956 diskutiert, wo er über die Nationalität der Suez Kanal Gesellschaft reflektierte. Einen Überblick hierzu geben Berger in *The practice of transnational law*, S. 1 ff.; Kahn in McGillJ 1992, S. 413 ff..

und der privaten Rechtsschöpfung im Bereich des internationalen Wirtschaftsrechts in verstärktem Maße signalisiert und analysiert². Aktuell werden die „neuen Herausforderungen“ des internationalen Wirtschaftsrechts anhand von sechs Faktoren evaluiert: Digitalisierung, Europäisierung, Globalisierung, die Erschöpfung öffentlicher Finanzen (und damit die mangelnde Ausbaupkapazität des überlasteten, staatlichen Justizwesens), dem Streben nach Kosteneffizienz und der zunehmenden Spezialisierung³.

Diese Entwicklungen führen zu der Frage nach dem Steuerungsmonopol im Bereich des internationalen Wirtschaftsrechts. Denn soll das Recht, als effektives Steuerungsinstrument menschlichen Handelns seine Funktion erfüllen können, hat es gesellschaftlichen Entwicklungen Rechnung zu tragen, deren Auswirkungen den rechtlichen Bestand als unzureichend

² Vergl. Berger, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, (1992), S. 1 ff. der auf die Reform und Vereinheitlichungswelle im Bereich der nationalen Schiedsgesetzgebungen hinweist. In denselben Zeitraum fallen umfangreiche Monographien zu dieser Thematik, etwa von Weise (1990), Dasser (1989), Kappus, (1990) oder Osman (1992). Vergl. auch das Symposium zu Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung des Max Planck Institutes Hamburg, 1991 dessen Beiträge in *RebelsZ* 1992, S. 215 ff. zu finden sind.

³ Sandrock in *ZVglRWiss* 1999, S. 227 ff..

erscheinen lassen. So stellt sich zu Beginn des 21. Jahrhunderts unter dem Eindruck eines unaufhaltsam fortschreitenden Globalisierungsprozesses, begleitet und ermöglicht durch die technische Entwicklung insbesondere im Kommunikationsbereich, die Frage, bis zu welchem Grad nationalstaatliche Regelungen legitimiert sind, rechtliche Probleme einer internationalisierten Wirtschaftsgesellschaft⁴ zu lösen und ob oder in welchem Ausmaß sie hierzu überhaupt (noch) in der Lage sind.

Diese Situation hat drei Formen von Prozessen hervorgerufen:

Die Staatengemeinschaft organisiert sich selbst und bemüht sich einheitliche Standards bei der Behandlung internationaler Rechtsprobleme sowie entsprechende institutionelle Rahmen zu schaffen⁵. Dabei treten Staaten als Normgeber und gleichzeitig Normadressat, bei privatwirtschaftlichem Tätigwerden, auf. Parallel

⁴ Bereits 1961 prägte Kahn den Begriff einer „société extraétatique et internationale des commercants“. Vergl. in *La vente commerciale internationale*, S. 17. Unschärf bleiben bis heute deren Konturen und inhaltliche Organisationsdichte, an ihrer Existenz als solcher dürften jedoch keine Zweifel mehr bestehen.

⁵ Beispielhaft seien genannt die TRIPS, WTO, IWF, Weltbank, UNCITRAL oder IGH.

hierzu werden die Staaten aber auch im Binnenbereich tätig und beginnen ihre nationalen Rechtsordnungen „wettbewerbsfähig“ zu machen, um deren Attraktivität zur Bindung und Anlockung von Investitionen zu steigern. So verstanden wird nationales Recht in bestimmten Bereichen zu einer Art „Produkt“, dessen Qualität Einfluss auf die Ansiedlung privater, wirtschaftlicher⁶ wie auch streitschlichtender⁷ Aktivitäten haben soll. Ein Wettbewerb der Rechtsordnungen oder Systemwettbewerb im Privatrecht⁸ wird in diesem Zusammenhang diskutiert. Drittens und letztens ist hier ein Prozess der von Privaten ausgehenden Rechtsvereinheitlichung oder

⁶ So löst die zum Gesellschaftsrecht bisher ergangene Entscheidungsserie des EuGH in den Sachen Centros, Überseering und Inspire Art nach allgemeiner Auffassung einen Wettbewerb nationaler Gesellschaftsrechte aus. Vergl. hierzu Wetzler in GPR, Beilage 3 zu Heft 4, RIW 2004, S. 84-86.

⁷ So die häufig anzutreffende Formulierung der erklärten Ziele, die mit der Modernisierung der nationalen Schiedsgesetze verfolgt werden, die Attraktivität des betreffenden Staates für die Abhaltung von internationalen Schiedsverfahren auf seinem Territorium zu steigern. Vergl. zu den hier untersuchten Rechtsordnungen respektive im 1. Teil, 2. Kapitel, A.); 2. Teil, 2. Kapitel, B.); 3. Teil, 2. Kapitel, B.).

⁸ Berger, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, S. 1 ff. und 8 ff.; s.a. die Habilitationsschrift von Prof. Dr. Kieninger: „Wettbewerb der Rechtsordnungen und Binnenmarktziel – Studien zur Privatrechtskoordinierung in der Europäischen Union auf den Gebieten des Gesellschafts- und Vertragsrechts“.

Standardisierung zu nennen. Dieser hängt mit vorgenanntem Aspekt des Wettbewerbes der Rechtsordnungen eng zusammen, denn in diesem Wettbewerb geht es vornehmlich um die Frage der bedarfsgerechten Regelung privater, grenzüberschreitender Wirtschaftsoperationen. Im Rahmen zwischenstaatlicher Lösungsansätze durch internationale Abkommen werden derartige Fragen nicht selten von nationalstaatlichen Eigenheiten überlagert, welche vornehmlich in der historischen Rechtstradition des jeweiligen Landes zu erblicken sind und zudem von politischen und geostrategischen Maximen dominiert oder wenigstens mitbestimmt werden. Dies erschwert die Effektivität und Zwecktauglichkeit staatlicher Rechtsvereinheitlichung⁹. Neben etwaiger, inhaltlicher Unzulänglichkeiten, durch die letztlich auch der klassische, kollisionsrechtliche

⁹ Honsell in SJZ 1992, S. 361, 365 führt etwa über das CISG aus: Die Erwartungen die man an eine moderne, weltweit geltende *lex mercatoria* stellt, erfüllt das CISG nicht. Andererseits ist die Forderung nach einem Uniform Law statt IPR nicht nur ein modisches Postulat, sondern in einer kleiner gewordenen Welt ein Gebot der Stunde. Zu dem Dilemma staatlicher Rechtsvereinheitlichung auch Leible in ZVglRWiss 1998, S. 286, 309 f. der darauf hinweist, dass die Anwendbarkeit des CISG in Kaufverträgen des internationalen Warenhandels regelmäßig ausgeschlossen wird; s.a. Zweigert/ Kötz, S. 27; Mertens in ReabelsZ 1992, S. 219 ff., ausführlich dargestellt im 3. Teil

Ansatz in Frage gestellt wird¹⁰, sind aber auch das immer komplizierter werdende Geflecht einheitsrechtlicher Regelungen von beschränkter Reichweite und unterschiedlicher Kohärenz, sowie der kaum noch überschaubaren Anwendungsbereiche und Geltungsansprüche der verschiedenen Abkommen¹¹ augenscheinliche Parameter, die zu einem Rückgriff auf private Lösungen bei der Gestaltung internationaler Geschäftsbeziehungen führen.

Symptomatische Indikatoren für diese Entwicklung sind etwa ein Aufruf der ICC zu einem am 19. Januar 2004 in Brüssel abgehaltenen Workshop der EU-Kommission zur Harmonisierung des Europäischen Vertragsrechts, in dem eine „hands off message“ bezüglich der Regulierung des Vertragsrechts abgegeben wurde, die auf ernsthaften Bedenken der Organisation beruht, hierdurch die unerlässliche und durch die Privatautonomie gewährleistete vertragliche Gestaltungsfreiheit zu gefährden¹². In dieselbe Richtung

¹⁰ Vergl. zur Unzulänglichkeit des kollisionsrechtlichen Systems ausführlich Stein, S. 19-28, dort v.a. S. 23 ff..

¹¹ Mertens in RabelsZ 1992, S. 219, 222; Leible in ZVglRWiss 1998, S. 286, 310.

¹² Ein kurzer Auszug: „No need for new regulatory instruments - contractual instruments can do the job“, was the business message today to an EU Commission workshop on the initiative

deutet auch ein Hinweis aus der Praxis, nach dem bei derzeitigem Stand der Vereinheitlichung im internationalen Transportrecht, eine Empfehlung an die Akteure dieser Branche ausgesprochen wird, ihren Interessenausgleich durch Abschluss von Individualvereinbarungen per Rahmenvertrag zu erreichen¹³. Verstanden als „Fluchtmittel“ oder unerlässliches Aktionsinstrument, die individuelle Vertragsgestaltung ist im Rahmen internationaler Geschäftsbeziehungen von herausragender praktischer Bedeutung und kann, wenn nicht rechtstheoretisch, so doch jedenfalls faktisch als wachsende Quelle einer Regelbildung fungieren.

to harmonize European contract law. Today's workshop follows consultations on a European Commission action plan for a more coherent European contract law. ICC and other business organizations have expressed serious concerns that the right for businesses to draft and negotiate contracts with a minimum of government interference could be endangered. This right is under the principle known as 'party autonomy'.

¹³ Gran in TranspR 2004, S. 72, 74.

I) Das Regulierungspotential Privater als Ergebnis staatlicher Regression bei der Rechtssetzung im internationalen Wirtschaftsraum

Wenn es um die Bewertung privater Rechtssetzung geht, stellen sich zunächst zwei Fragen: Erstere muss lauten, ob und warum überhaupt ein diesbezügliches Bedürfnis besteht, wo doch Rechtssetzung ureigenste, staatliche Aufgabe ist. Dies wurde zuvor in groben Zügen zu beantworten versucht. Zweitere stellt sich sodann als Weiterführung der ersten, woraus soll eine Legitimität für solch eine Aktivität resultieren und wie stellt diese sich dar ?

1. Legitimität privater Regulierungsbestrebungen

Legitimiert zur Regelung und Gestaltung privater Geschäftsbeziehungen sind die beteiligten Parteien dann, wenn sie sich im Bereich der ihnen verliehenen, sachrechtlichen Privatautonomie bewegen. Für den Bereich des internationalen Rechts stellt sich hiervor die (kollisionsrechtliche) Frage der Parteiautonomie, also die Frage, welchem Recht unterstellen die Parteien ihre

grenzüberschreitenden Geschäftsbeziehungen¹⁴. Dieses Recht (mit seinen zwingenden Vorschriften) bestimmt letztlich die Reichweite der von den Parteien vertraglich regelbaren Gesichtspunkte ihrer Geschäftsbeziehung. Die Vertragsgestaltungsfreiheit reicht nur soweit, wie die jeweils anwendbare Rechtsordnung, das Vertragsstatut, privatautonomes Handeln zulässt¹⁵.

An dieser Stelle fließen auch die beiden letzten der o.g. Prozesse zusammen:

Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Bereich der internationalen, privaten Geschäftsbeziehungen hat sich an der Förderung der Selbstregulierungskraft der Parteien in Form von individuellen oder standardisierten Vertragsvereinbarungen zu orientieren. Dieses Regulierungspotenzial der im internationalen Wirtschaftsverkehr involvierten, privaten Akteure hat nämlich ein derart hohes Ausmaß erreicht, dass zum Teil von einem „Phänomen der Vertraglichung“ der internationalen Wirtschaftsbeziehungen gesprochen wird¹⁶.

¹⁴ Vergl. zur Differenzierung und Entwicklung der beiden Begriffe bei von Bar, IPR, S. 592 ff., Rdn. 67-72.

¹⁵ Leible in ZVglRWiss 1998, S. 286, 288.

¹⁶ Loquin/ Ravillon in La mondialisation du droit, S. 91, 108 ff..

2. Manifestation privater Regulierungsbestrebungen

Das Zugestehen einer privatautonomen Anknüpfung des Vertrages an ein bestimmtes Recht (im Sinne des IPR), führt zur rechtlichen Nationalisierung einer internationalen Geschäftsbeziehung, die dieser häufig nicht gerecht werden kann. Ein schwindender Partikularismus, Zurückweichen staatlicher Regelungsautonomie durch Entwicklung von Austausch und Kommunikation im Zeichen der Globalisierung haben, nicht zuletzt auch als Reaktion hierauf, neuartige Interdependenzen kreiert, aus welchen ein neuer Akteur zur Schaffung internationaler Normen hervorgegangen ist:

Die Zivilgesellschaft als Ausdruck des mit der Globalisierung korrelierenden Individualismus¹⁷. Die hierdurch erfolgte und noch erfolgende Modifizierung des Regelursprungs, in Form einer Koexistenz von Staat und Zivilgesellschaft, hat zur Schaffung eines extralegalen Normkorpus geführt. Dieser nährt sich aus der angesprochenen „Vertraglichung“ der Beziehungen, welche aus der Einsicht der privaten Akteure rührt, dass

¹⁷ So die Beobachtungen von Loquin /Ravillon in *La mondialisation du droit*, S. 91, 110 f..

Individualvereinbarungen häufig am Besten geeignet sind der Besonderheit des grenzüberschreitenden Verhältnisses gerecht zu werden. Dies hängt mit der Spezialisierung und Diversifizierung der wirtschaftlichen Aktivitäten zusammen, sowie der erforderlichen Flexibilität angesichts sich schnell wandelnder Umstände. Diesen Anforderungen können staatliche Gesetzgebungen nicht in vollem Ausmaß nachkommen. Zum Teil werden daher etwaige Normsetzungsbefugnisse auch staatlicherseits abgegeben und an Berufsorganisationen und Verbände übertragen¹⁸ oder allgemein die parteiautonome Gestaltungsfreiheit im Rahmen individueller Rechtsverhältnisse maximiert¹⁹. Eine sich derart herausbildende Organisation und Institutionalisierung führt zu Standardisierungen und Systematisierungen im Bereich der Normsetzung, zugeschnitten auf verschiedene Wirtschaftsbereiche. Angereichert durch allgemeine Rechtsgrundsätze und staatliches Einheitsrecht wird dieser Regelkorpus regelmäßig als lex

¹⁸ Vergl. Loquin/ Ravillon a.a.O., S. 91, 112.

¹⁹ Berger in RIW 1994, S. 12, 14 ff. in Bezug auf die internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit.

mercatoria²⁰ bezeichnet. Dieser Begriff ist ebenso weitläufig wie zweckdienlich, da klare Abgrenzungen zur staatlichen Rechtsetzung, sowie innerhalb der globalisierten, zivilen Wirtschaftsgesellschaft aufgrund deren komplexer Vielfältigkeit derzeit noch nicht durchführbar erscheinen. Der Vorteil des Begriffes ist daher in seiner umfassenden Beschreibungskraft zu sehen²¹, weswegen er hier zur Bezeichnung o.g. Regelkorpus des globalen Wirtschaftsraumes verwendet werden soll.

II) Paradigmenwechsel in der staatlichen Rechtssetzungsaktivität

Der soeben beschriebene Prozess führt zu einem Paradigmenwechsel in der staatlichen Rechtssetzung. Das Vordringen der Bedeutung von Individualvereinbarungen verleiht dem Vertrag eine neue, bedeutendere Rolle²². Dieser Entwicklung haben die Staaten bei ihren Rechtssetzungsaktivitäten

²⁰ In Anlehnung an das mittelalterliche Recht der Kaufleute. Dazu ausführlich im 1. Teil, 1. Kapitel.

²¹ Über den Inhalt des Begriffes besteht keine Einigkeit, verschiedene Ansätze werden im Rahmen der Darstellung der verschiedenen Rechtsordnungen aufgegriffen.

²² Loquin/ Ravillon in La mondialisation du droit, S. 91, 108; ähnlich Zumbansen in RabelsZ 2003, S. 637, 675 f..

Beachtung zu schenken, geht es hierbei letztlich doch um Revision und Neupositionierung ihrer eigenen Rolle als Reflexion des gesellschaftlichen Wandels²³. Die Ausrichtung ihrer Rechtssetzung hat sich folglich auch an der Gestaltung des Verhältnisses von eigener Regelungsgewalt und dem zunehmenden, von der Zivilgesellschaft beanspruchten Autoregulierungsraum zu orientieren. Gesetzgebung hat sich also grundsätzlich auf ein Mindestmaß an Eingriffs- und Regulierungsgewalt zu reduzieren, wobei selbstverständlich jeder Staat selbst die von ihm beanspruchte Einfluss- und Kontrollmöglichkeit auf die privaten Aktivitäten in diesem Bereich festlegen muss²⁴. Dies wird in erster Linie durch Einräumung von

²³ Allgemein hierzu Zumbansen in RabelsZ 2003, S. 637, 654 ff..

²⁴ Orientierungspunkt ist dabei sicher das UNCITRAL Modellgesetz zur internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. Juni 1985, welches in Art. 19 und 28 den Parteien relativ weite Entscheidungsräume bei der Bestimmung von Verfahrensvorschriften und dem anzuwendenden materiellen Recht gewährt. Schütze (S. 4 ff., Rdn. 5) bezeichnet dieses als juristischen „Bestseller“, vergl. die Aufzählung der zahlreichen Staaten die sich von diesem bei der Reformierung ihres Schiedsgesetze inspirieren ließen, u.a. auch die hier zu untersuchenden Rechtsordnungen Englands und Deutschlands. Davon abgesehen sei schon jetzt angemerkt, dass im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen das New Yorker Übereinkommen vom 10. Juni 1958 einen überragenden, vereinheitlichenden Effekt erzielen konnte. Vergl. nur die von Glossner (in FS Schütze, S. 221-224) gezogene Bilanz.

Zugeständnissen an die Selbstregulierung und Selbstdisziplinierung dieser privaten Wirtschaftsgesellschaft erreicht, anders ausgedrückt, die Parteiautonomie erhält zum Teil weitest gehende Freiräume. Zugleich befriedigt eine möglichst umfassende Anerkennung der Rechtswahlfreiheit das dringende Bedürfnis (der privaten Akteure) nach Rechtssicherheit (durch Vorhersehbarkeit) im Außenhandel²⁵ und bildet so die wichtigste Schutzvorschrift für die Parteien im internationalen Handel²⁶.

B) Zielsetzung und Vorgehensweise

I) Zielsetzung

Die Bedeutung des anwendbaren materiellen Rechts auf den Sachverhalt (wobei es sich grundsätzlich um einen Vertrag handeln wird) ist signifikant, werden doch Entscheidungen der Parteien zur Streitlösung (insbesondere bei hohen Summen) regelmäßig erst nach sorgfältiger Prüfung der rechtlichen Erfolgsaussichten unter Berücksichtigung der Risiken und des

²⁵ Leible in ZVglRWiss 1998, S. 286, 318; Engle in TL 2002, S. 323, 355 f..

²⁶ Gottwald, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 78.

wirtschaftlichen „Einsatzes“ unternommen. Bei diesen Überlegungen ist das anwendbare, materielle Recht von erstrangiger Bedeutung, weswegen eine fortschreitende Vereinheitlichung im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit den Weg zu gesteigerter Vorhersehbarkeit in diesem Bereich ebnen würde²⁷. Als regelmäßig genutzter Streitentscheidungsmechanismus der privaten Wirtschaft hat die internationale Schiedsgerichtsbarkeit also auf das Bedürfnis der Parteien (s. obige Ausführungen) einzugehen, den Regelkorpus, nach welchem sie ihre Beziehungen beurteilt sehen möchten, ihrer Entscheidung zu überlassen.

Aus dem Kontext der oben skizzierten gesellschaftlichen Entwicklung heraus betrachtet, sollen in dieser Arbeit der den Parteien durch die jeweiligen Schiedsgesetze eingeräumte rechtliche Rahmen bei der Bestimmung des anwendbaren, materiellen Rechts analysiert werden. Besonderes Augenmerk ist in diesem Zusammenhang auf die rechtliche Bewertung der Qualität eines, von der privaten Wirtschaftsgesellschaft entwickelten Regelkorpus zu richten. Damit soll

²⁷ Vergl. den Titel des Aufsatzes von Engle in TL 2002, S. 323 sowie dort auf S. 355, Fn. 222.

ermittelt werden, inwieweit sich die drei zu untersuchenden Rechtsordnungen in diesen Punkten unterscheiden und welche letztlich als die „wettbewerbsfähigste“ im oben verstandenen Sinne anzusehen ist. Ein Indikator hierfür ist der Grad der den Parteien eingeräumten Autonomie bei der Gestaltung ihrer Beziehungen vor internationalen Schiedsgerichten. Die „Offenheit“ der jeweiligen Rechtsordnung gegenüber diesem Rechtskorpus wird aber vor allem auch dann nachzuweisen sein, wenn die Parteien keine Wahl bezüglich der auf ihren Rechtsstreit anzuwendenden Regeln getroffen haben und somit das Schiedsgericht zu einer entsprechenden Bestimmung aufgerufen ist²⁸. Auch hierfür gilt es daher den entsprechenden rechtlichen Rahmen genau zu ermitteln und festzustellen, wie weitgehend o.g. Paradigmenwechsel in diesem Bereich vollzogen wurde. Damit versteht sich die Arbeit zugleich als Darlegung des allgemeinen, diesbezüglichen Entwicklungsstandes, für den die hier untersuchten Rechtsordnungen der drei

²⁸ Prekärerweise wird diese Frage als nahezu „unlösbares Problem“ (Wichard in *RabelsZ* 1996, S. 269, 292) oder „Quadratur des Kreises“ (Schlosser, *Rdn.* 726) bezeichnet. Der Vergleich der in den jeweiligen Rechtsordnungen vorgenommenen Lösungen wird daher von besonderem Interesse sein.

größten, europäischen Wirtschaftsnationen als wichtiger Indikator angesehen werden kann. Zugleich wird sich im Ergebnis feststellen lassen, wie weit die nationalen Rechte noch von dem Idealzustand einer uniformen Behandlung der Parteiautonomie entfernt sind, welche berufen ist, den Weg zu größtmöglicher Vorhersehbarkeit und damit Rechtssicherheit im internationalen Wirtschaftsverkehr zu ebnen.

II) Untersuchungsrichtlinien

Prämisse eines Vergleichs verschiedener Rechtsordnungen muss sein, dass Recht so zu ermitteln, wie es gelebt und insbesondere wie es durch die Gerichte interpretiert wird²⁹. Neben den Gesetzestexten und ihren Interpretationen wird also auch die einschlägige Rechtsprechung der staatlichen Gerichte von besonderer Bedeutung sein. Auch ist die Eigenart der unterschiedlichen Rechtssysteme, respektive des common law und des civil law Rechtskreises, zu berücksichtigen, welche sich insbesondere bei der Bedeutung der Rechtswissenschaft und der rechtshistorischen Betrachtung offenbaren wird. Dabei

²⁹ Poudret/ Besson, Einleitung, S. V.

wird sich die Darstellung so eng wie möglich an dem Nukleus der Arbeit orientieren, d.h. der Untersuchung all jener Aspekte einer Rechtsordnung, anhand derer sich relevante Aussagen über den Status der Parteiautonomie im Hinblick auf die Rechtswahlmöglichkeiten der Parteien ermitteln lassen. Von besonderem Interesse sind daher auch die Berührungspunkte der privaten Schiedsgerichtsbarkeit mit der staatlichen Rechtsordnung, welche sich primär bei der Kontrolle von Schiedssprüchen durch die staatliche Gerichtsbarkeit konzentrieren. Um einen vollständigen Eindruck von der „Prägung“³⁰ der jeweiligen Rechtsordnung zu diesen Aspekten gewinnen zu können, ist es nach diesseitigem Verständnis unerlässlich, auch einige allgemeine Beobachtungen vorzunehmen, so den rechtshistorischen Weg des „übernationalen“ Handelsrechts von seiner Entstehung hin zur Adaption in die nationalen Rechtsordnungen, sowie die allgemeine Konzeption der Schiedsgerichtsbarkeit im Verhältnis zur nationalen Gerichtsbarkeit, die eine jede Rechtsordnung in ihrer

³⁰ Vergl. zu diesem Begriff Aden in RIW 1984, S.934, 937 der damit die „Streubreite“ möglicher, rechtlich richtiger Entscheidungen eines typischen, nationalen Richters, eingegrenzt durch Gesetz, Recht und Auslegungsmethoden meint.

Schiedsgesetzgebung zum Ausdruck kommen lässt. Internationale Abkommen über die Schiedsgerichtsbarkeit, die von den drei hier in Rede stehenden Staaten ratifiziert wurden, sind grundsätzlich in die Betrachtung einzubeziehen. Da jedoch, abgesehen von dem New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen von 1958 (UNÜ) den beiden anderen, in Frage kommenden Abkommen³¹ nur eine äußerst begrenzte, praktische Bedeutung zukommt, können sie im Rahmen der hier zu ermittelnden „Prägung“ der jeweiligen Rechtsordnung nicht entscheidend sein und innerhalb dieser Untersuchung demnach vernachlässigt werden. Da eine bedeutende Funktion der Rechtsvergleichung auch in der Vorbereitung übernationaler Rechtsvereinheitlichung liegt³², müssen die untersuchten

³¹ Es handelt sich zum einen um das Europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961, zum anderen um das Genfer Abkommen vom 26. September 1927 über die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche. Beide, vor allem aber letzteres wurden durch das UNÜ marginalisiert. S. hierzu i.ü. auch Art. VII Abs. 2 des UNÜ.

³² Zweigert/ Kötz, S. 23, unter V.). Im konkreteren Rahmen wird dies im Wege funktionaler Rechtsvereinheitlichung (hierzu Zweigert/ Kötz, S. 33 unter II.) anhand konkreter Sachprobleme z.B. im Rahmen der Rechtsprechung des EuGH oder den

nationalen Rechte vor dem Hintergrund dieser übernationalen Ebene gesehen und gedeutet werden³³, frei von Systembegriffen der jeweiligen nationalen Rechtsordnung³⁴. Zwar entspringen die Rechtsquellen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in erster Linie den nationalen Rechten³⁵. Ohne eine ergänzende „Beleuchtung“ aus internationaler Perspektive könnte das mit der Rechtsvergleichung verfolgte Erkenntnisziel aber nicht sinnvoll erreicht werden, denn die zu gewinnende Erkenntnis kann nur zur Anreicherung der untersuchten Materie beitragen, wenn sie unter Berücksichtigung der dieser eigenen Dialektik, Bedürfnisse und Struktur³⁶ ermittelt wurde. Anders ist Rechtseinheit nicht zu gewährleisten, bzw. würde

internationalen Schiedsgerichten betrieben. Auch die UNIDROIT-Prinzipien beruhen auf dieser Vorgehensweise.

³³ So wohl auch Schlosser in RIW 1982, S. 857, 860; Großfeld, S. 54 und 46 f..

³⁴ Zweigert/ Kötz, S. 33.

³⁵ Ebenso die übrigen Teile des internationalen Privat- und Prozessrechts, vergl. Schlosser in RIW 1982, S. 857.

³⁶ Zu dieser Sonderstellung der Schiedsgerichtsbarkeit: Glossner/ Bredow/ Bühler, S. 20, Rdn. 3 zum Verhältnis staatlicher Kontrollbefugnisse und Schiedsgerichtsbarkeit; Gottwald, in Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 7 unter 3.). S.a. beispielhaft für die hier zu untersuchenden Rechtsordnungen: Fouchard in Gottwald (Hsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 365, 366; vergl. die in section 1. (b) und (c) Arbitration Act 1996 zum Ausdruck kommende Haltung; Geimer in Zöller, ZPO, Vorbemerkung zu § 1025 ZPO, Rdn. 3.

international nicht akzeptabel³⁷. Nur die durch Rechtsvergleichung erhellte Erfassung der Vorgänge³⁸, verstanden als international einheitlicher Auslegungsansatz³⁹, kann eine sinnvolle Annäherung an die Thematik gewährleisten und so den internationalen Akteuren ein klares Bild von der Rechtslandschaft, in der sie sich befinden, zukommen lassen⁴⁰.

³⁷ Zweigert/ Kötz, S. 20 unter III.); ausführlich zur Gewichtung des rechtsordnungsübergreifenden Ansatzes in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit Berger, S. 18 ff.; in diesem Sinne aus Sicht des IPR auch Großfeld, S. 46 f., Da die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, wie das IPR, eine von der Rechtsvergleichung durchdrungene Materie ist, erscheint der Gedanke Großfelds hier ohne weiteres übertragbar.

³⁸ Vergl. insoweit Reinhart in FS Juristische Fakultät der Universität Heidelberg, S. 599, 604 f..

³⁹ Ohne dass hierbei die klassischen Auslegungskriterien verdrängt würden, vielmehr sollten sie unter Beachtung gegenseitiger Konkordanz miteinander abgestimmt werden. Vergl. auch Reinhart in FS Juristische Fakultät der Universität Heidelberg, S. 599, 614 f..

⁴⁰ Booyen in AdV 1992, S. 196, 206.

Erster Teil: Lex mercatoria in der englischen Rechtsordnung

1. Kapitel: Rechtsgeschichtliche Entwicklung

A) Antike / römische Epoche

Neben dem *ius civile*, welches an das Personalitätsprinzip geknüpft war und auf Nicht Römer grundsätzlich keine Anwendung fand, entwickelte sich parallel zum Aufstieg Roms als zentrale Ordnungsmacht das sogenannte *ius gentium*, welches bereits Regelungen für den internationalen Handel vorsah⁴¹. Es behandelte, im Gegensatz zum heutigen Verständnis von Völkerrecht, auch das Privatrecht und wurde als eine Art gemeinsames Regelwerk für alle Völker angesehen.⁴² Zur Anwendung kam es auf Verhältnisse zwischen römischen Bürgern und Ausländern, sowie unter Ausländern und galt, da das römische Recht kein entwickeltes IPR hatte, als alternatives Recht, das direkt auf transnationale Beziehungen angewendet werden konnte⁴³. Sein Geltungsanspruch war universaler Natur, es verstand sich als eine Art Einheitsprivatrecht.

⁴¹ Berman/ Kaufman in HILJ 1978, S. 221, 224.

⁴² Weise, S. 9 f..

⁴³ Vergl. Booyen in AdV 1992, S. 196, 200.

Inhaltlich behandelte es vor allem Regelungen zu den Konsensualverträgen. Daneben existierten bereits im Seerecht international geltende Regelungen, wie das Rhodische Seerecht (ca. 300 v.Chr.).

B) Entstehung eines „law merchant“

Das law merchant, Recht der Händler, nimmt insofern eine Sonderrolle in der Rechtsentwicklung⁴⁴ ein, als es aufgrund der Natur des Handels, als besonders dynamischen und in kurzen Phasen operierenden Berufszweiges, eines pragmatischen und möglichst unkomplizierten / unformalistischen Rechts bedarf, welches den praktischen Bedürfnissen der Händler gerecht werden kann. Diesem Bedürfnis folgend, entwickelten die Händler eigene, auf ihre Transaktionen und Konflikte zugeschnittene Regeln, die von einer staatlichen Legislativmacht (sei es regional oder national) nicht geleistet werden beziehungsweise werden konnten. Im Folgenden soll nun auf die Entstehung solcher Regeln und deren Entwicklung in England bis ins 20. Jahrhundert eingegangen werden. Eine solche historische Annäherung ist erforderlich, um die

⁴⁴ Hierzu Potter, S. 179.

Unterschiede und Parallelen zwischen den drei zu untersuchenden Rechtsordnungen im Bereich des internationalen⁴⁵ Handelsrechts verständlicher zu machen und gegebenenfalls Ursachen hierfür zu ermitteln. Die folgende Darstellung wird sich dabei grundsätzlich an den drei großen, zu unterscheidenden Entwicklungsstufen der *lex mercatoria* aus einer europäischen Betrachtung heraus orientieren.⁴⁶

⁴⁵ Der Begriff „international“ wird hier aufgrund seiner allgemeinen Verständlichkeit verwendet, obwohl er genau genommen erst mit dem Aufkommen der Nationalstaaten, vor allem ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, seinen bestimmungsgemäßen Gehalt erfährt. Da es sich hierbei um eine komplexe Entwicklung handelt, die historisch differenziert betrachtet werden müsste, soll der Terminus hier zunächst im Sinne von „überregional“ oder „systemübergreifend“ verstanden werden. Vergl. i.e. hierzu Kleinschmidt, *Geschichte der internationalen Beziehungen*, S. 142 f., *Entstehung des Nationalgedankens* S. 250ff. und 263 ff.

⁴⁶ So Pohlmann in Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Band I, S. 801 f. (Vorbemerkung) .

I) Bildung von Handelsgewohnheitsrechts - Angelsächsische Zeit bis zum Ende des 15. Jahrhunderts

Im England unter den Angelsachsen war der Handel wesentlich in einigen Zentren konzentriert, in denen Schutz und Stabilität garantiert wurden. Ein solcher Schutz ist seit jeher ein unerlässlicher Rahmen für die Entstehung von Handel, dessen Umfang neben anderen Faktoren immer auch von der Risikolage der jeweiligen Lokalität mitbestimmt wird. Diese Lokalitäten wurden „king’s burh“ genannt, der König verlieh ihnen, gegen eine Kompensation, „das Privileg“ (überregionalen) Handel unter seinem Schutz zu betreiben. Ähnliches wurde auch von einigen Lords als Regionallherrschern in bestimmten „boroughs“ und „fairs“ betrieben, (sogenannter „franchise of fair“)⁴⁷. So entstanden die ersten „Märkte“ und die damit einhergehenden Regeln⁴⁸. Eine erste Erwähnung einer „lex⁴⁹ mercatoria“ taucht in der „Fleta“ auf, einem Rechtsbuch das wohl um 1290

⁴⁷ Holdsworth, Vol. I, S. 537 f.

⁴⁸ Vergleiche Holdsworth, Vol. V, S. 103 f.

⁴⁹ Der Begriff „lex“ ist hier wohl nicht im Sinne einer einheitlichen autoritären Ordnung zu verstehen, wie es die

abgefasst wurde und die mit diesem Begriff das Handelsgewohnheitsrecht bezeichnete.⁵⁰ Bereits 1303 wurde diese von Edward I. in einer „Carta mercatoria“ als rechtlicher Teil des common law anerkannt.

1. Verwaltung des law merchant

Regelfall der rechtlichen Streitentscheidung war die Beurteilung eines Rechtsstreites durch eine „jury“⁵¹. Kennzeichnend war ein „schnelles Anwenden von Recht“, was sich insbesondere in vereinfachten prozessualen Verfahrensweisen ausdrückte. Dabei bildeten sich deutlich früher als bei der common law Gerichtsbarkeit moderne Verfahrensweisen heraus, die noch in heutigen Prozessordnungen angelegt sind. So war etwa schon damals der unbestrittene Parteienvortrag als „wahr“ zugrunde zu legen.⁵² Das law merchant wurde im wesentlichen von speziellen Handelsgerichten auf den jeweiligen Messen überwacht, die sogenannten „piepowder courts“, die Rechtsstreite unter Händlern

etymologische Interpretation annehmen ließe, vergleiche hierzu Bärmann in FS zum 70. Geburtstag von F.A. Mann, S. 547, 555.

⁵⁰ Siehe Rehme in Ehrenberg, Handbuch des Handelsrechts I, S. 145.

⁵¹ Holdsworth, V, S. 107.

⁵² Holdsworth Vol. V, S. 108; heute etwa in § 138 III ZPO.

nach den Handelsbräuchen und Praktiken entschieden.⁵³

Judiziert wurde also nach dem law merchant, welches insoweit für in – und ausländische Händler gleichermaßen Anwendung fand. Allerdings unterlagen letztere seit 1386 den von Edward III. und dem Parlament durch das „statute of staple“ in den Hauptumschlagplätzen des Fernhandels eingerichteten „staple courts“. So verfügte das statute of the staple, dass „...all merchants and their servants coming to the staple shall be ruled by the law merchant...“⁵⁴

Hierin wird die Sonderbehandlung ausländischer Händler erkennbar. Zum einen wurden sie durch die oben erwähnte Carta mercatoria von 1303 von der Geltung gewisser lokaler Handelsbräuche ausgenommen.⁵⁵ Zum anderen unterstanden sie einer speziellen Gerichtsbarkeit, in der ihren Interessen

⁵³ Bradgate/ Savage, Commercial Law, S. 7; der Name „piepowder“ ist nach Lord Chief Justice Sir Edward Coke auf deren schnelle Gerichtsbarkeit zurückzuführen, denn diese Schnellgerichte der Messen mussten so schnell entscheiden, „wie der Staub von den Füßen der Kaufleute fiel“ (vergl. Schmitthoff in RabelsZ 28, S. 47, 49); zu Nuancen bei der Begriffsdeutung vergl. Kappus, Lex mercatoria in Europa und Wiener UN-Kaufrechtskonvention 1980, S. 39 in Fußnote 67.

⁵⁴ So zitiert bei Potter, S. 179.

⁵⁵ Vergl. von Bar, IPR Band I, S. 31, Rdn. 11.

dadurch Rechnung getragen wurde, dass sie bei der Zusammensetzung der Gerichte zwei ausländische Händler als Assistenten zur jährlich gewählten Besetzung, bestehend aus einem mayor und zwei constables, hinzuwählen durften.⁵⁶ Wurde eine „jury“ eingesetzt und waren am Rechtsstreit auf beiden Seiten ausländische Kaufleute beteiligt, bestand diese sogar vollständig aus ausländischen Händlern.⁵⁷ Neben anderen Begünstigungen, wie preiswerter Unterbringung und dem besonderen königlichen Schutz, sollte dies dazu beitragen, dem wirtschaftlich bis dato relativ unbedeutenden England in den wichtigen Sparten wie Wolle und Lederwarenhandel eine Stärkung des Außenhandels zukommen zu lassen. Diese „Sonderbehandlung“ wirkte sich zwangsläufig auch auf die Entwicklung des law merchant aus.

⁵⁶ Güterbock, ZHR 4, S. 13, 22.

⁵⁷ Güterbock, ZHR 4, S. 13, 23.

2. Folgen für die Entwicklung des law merchant

Durch die „Konzentrierung“ der Rechtstreitigkeiten ausländischer Kaufleute bei den staple courts, verloren die (anderen) lokalen Gerichtsbarkeiten, wie die „piepowder courts“ (ebenso die borough courts), zunehmend an Bedeutung, denn sie wurden nur noch mit den weniger bedeutsamen Streitigkeiten, die im Rahmen des internen Handels aufkamen betraut.⁵⁸

Des Weiteren kam es zu einer zunehmenden Rivalität unter den verschiedenen Gerichtszweigen, in der die Ursache einer Entwicklung begründet liegt⁵⁹, welche später zu einer relativen Eigenständigkeit in der Entwicklung des „englischen“ law merchant im Vergleich zur kontinentaleuropäischen lex mercatoria führen sollte.

Ursprünglich war es den common law courts (King's Bench, Common Pleas, Exchequer) verfahrensrechtlich nicht gestattet, Streitigkeiten mit Auslandsbezug zur Entscheidung anzunehmen, was mit den derzeit geltenden „rules of venue“ (Gerichtsstandregelungen)

⁵⁸ Holdsworth Vol. V, S. 113; dazu auch unten S. 4 unter dd).

⁵⁹ Zu dieser Entwicklung allgemein von Bar, IPR Band I, S. 35 f., Rdn. 17 und 18.

zusammenhing.⁶⁰ Diese verlangten eine möglichst genaue örtliche Bezeichnung der Ereignisse auf die sich die Klage bezog um eine geeignete „jury“⁶¹ zusammenstellen zu können. Dies wurde zu einem Hindernis in Rechtsstreitigkeiten, deren Sachverhalt an verschiedenen Orten stattfand. Dies veranlasste zunächst zu Beginn des 14. Jahrhunderts die Richter dazu, zwischen Verfahren zu differenzieren, deren zugrundeliegender Sachverhalt keinen Bezug zu einem bestimmten Ort aufwies und solchen, die einen derartigen Bezug offenbarten, sowie diejenigen mit „ausländischen Elementen“ (mixed cases).⁶² Erstere erwiesen sich als zu missbrauchsgeeignet, weswegen andere Anknüpfungspunkte (im Sinne des IPR) gesucht wurden und es letztlich unter Henry VI und Henry VII darauf hinauslief, es ausreichen zu lassen, dass entweder

⁶⁰ Lorenz in Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag, S. 407.

⁶¹ Die Idee der „jury“ als „judges of the facts“ sollte der genauest möglichen Sachverhaltserforschung dienen und wurde deshalb vorzugsweise von anerkannten Ortsansässigen gebildet, eine Art Vorläufer moderner Sachverständiger; vergleiche hierzu im einzelnen Holdsworth Vol. I, S. 332 f.

⁶² Vergleiche hierzu Holdsworth Vol. V, S. 117 ff. und gleichfalls von Bar, IPR Band I, S. 36, Rdn. 18.

der Vertragsschluss in England stattfand oder zumindest ein Teil des Vertrages in England erfüllt wurde.⁶³

Damit war der Weg zur Bemächtigung des bis dato den speziellen lokalen Handelsgerichten zugewiesenen law merchant durch die common law courts geebnet, wobei diese dabei soweit gingen, sich Fiktionen zur Gerichtsstands begründung zu bedienen.⁶⁴

3. Entwicklungsstand des law merchant zum Ende des 15. Jahrhunderts

Zunächst ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen, dass sich seit etwa dem 12. Jahrhundert bis zum auslaufenden 15. Jahrhundert ein „Rechtskorpus“⁶⁵ entwickelt hat, der aus dem Austausch und der ordnenden Anerkennung der Handelsplatz-Usancen erwuchs.⁶⁶ Inwieweit diesem „Rechtskörper“,“

⁶³ Holdsworth a.a.O., S. 119.

⁶⁴ Von Bar a.a.O.

⁶⁵ Berman, Recht und Revolution, S. 549.

⁶⁶ So Pohlmann in Coing, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, I, S. 804; eine ausführliche Darstellung des materiellen Gehalts dieser Usancen liefert zumindest für die kontinentaleuropäischen Länder Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts, (1891) dort insbesondere S. 161 ff. und 225 ff für die Regelungen des Zahlungsverkehrs; für das englische law merchant vergl. etwa Güterbock in ZHR 4, S. 13-29; zur Entwicklung des Wertpapierrechts vergl. Holdsworth Vol. VI, S. 519 ff.

bestehend aus Gewohnheitsrecht, zum damaligen Zeitpunkt ein universaler, das heißt gesamteuropäisch einheitlicher Charakter zukam, lässt sich nicht eindeutig beantworten. Eine beispielhafte Aufzählung von Beschreibungen des mittelalterlichen Handelsrechtssystems bis etwa Ende des 15. Jahrhunderts, lässt aber ohne weiteres erkennen, dass im Grunde große Einigkeit herrscht, über den bereits bestehenden Integrationsgrad des Handelsrechts, dessen materieller Gehalt bis dato eine besondere „übernationale Kohärenz“, um nicht zu sagen Uniformität erreicht hatte. So spricht man beispielsweise von „law universal throughout the world“⁶⁷, lokales Gildenrecht welches inhaltlich (in Europa) weitgehend übereinstimmte⁶⁸, „gesamteuropäisches Sonderrecht“ für Kaufleute⁶⁹, „einheitliches kontinentaleuropäisches Handelsrecht“⁷⁰, „Universalität des Handelsrechts, zurückführbar auf den kosmopolitischen und transnationalen Charakter eines großen Teils des

⁶⁷ Bradgate/ Savage, Commercial Law, S. 7.

⁶⁸ Gierke, Handels- und Wirtschaftsrecht Band I, S. 13.

⁶⁹ Zimmermann in ZEuP I, 1993, S.4, 30.

⁷⁰ Von Bar, IPR Band I, S. 31, Rdn. 11.

damaligen Handels“⁷¹. Die bestehenden regionalen oder lokalen Varianten (bzw. zwischen verschiedenen Gilden) waren insofern von untergeordneter Bedeutung, waren es doch alle „Varianten innerhalb derselben Art“.⁷² Treffend erscheint daher auch die Formulierung Bärmanns,⁷³ der von einer „Regionalität in Interdependenz“ des damaligen internationalen Wirtschaftsverkehrs spricht.

4. Verhältnis zum common law

Die soeben beschriebene, inhaltliche Eigenständigkeit des law merchant hinsichtlich territorialer Grenzen, galt prinzipiell auch gegenüber dem übrigen „nationalen“ Recht. Es wurde auch innerstaatlich als „Sonderrecht des Kaufmannsstandes,“ wengleich als Teil des allgemeinen Rechts betrachtet. Dies kommt in folgender Formulierung sehr bildlich zum Ausdruck: „...*the common law, which is the mother of the law of merchant and which endowed her daughter with certain privileges and in certain*

⁷¹ Berman, Recht und Revolution, S. 539; ähnlich Schmitthoff in RabelsZ 28, S.47, 49 der von „universalem Gewohnheitsrecht“ spricht.

⁷² William Mitchell, An Essay on the Early History of the Law Merchant S.7, zitiert nach Berman, Recht und Revolution, S. 540.

⁷³ In Festschrift für F.A. Mann zum 70 Geburtstag, S. 547, 555.

places...“;⁷⁴ das law merchant wurde somit als Teil des common law angesehen, ging diesem jedoch als spezieller vor.⁷⁵

Aufgrund der erwähnten „Schwächung“⁷⁶ der fair und borough courts, durch Einführung der staple courts, welche nunmehr die Jurisdiktion über Handelssachen mit Auslandsbezug ausübten, nahmen erstere auf die Weiterentwicklung dieser Materie, (welche aufgrund des einsetzenden Aufstiegs Englands zur Welthandelsmacht von immer größerer Bedeutung wurde), keinen Einfluss mehr. Hinzu kam die erwähnte Expansion der common law Gerichtsbarkeit in diesem Bereich, welche langfristig zu einer „Absorption“ der meisten Fälle, durch diese führte⁷⁷. Eine Tendenz die den internen, wie auch den Außenhandel erfassen sollte.

⁷⁴ Red Book of Bristol (1280), zitiert nach Potter, S. 184.

⁷⁵ Meyer, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*, S. 59.

⁷⁶ Kritisch zu dieser Tendenz soweit ersichtlich nur Ratcliffe, *Pennsylvania Law Review* (zitiert nach Potter, S. 186), der darauf hinweist, daß mangels Erwähnungen in den einschlägigen Law reports das law merchant wohl nicht von den common law courts „verwaltet“ wurde, dies folglich nur durch die lokalen piepowder courts erfolgen konnte; hiergegen spricht bereits die nur spärliche Erwähnung lokaler Gerichtsbarkeiten in Malynes *Grundlagenwerk – consuetudo vel lex mercatoria* von 1622.

⁷⁷ Holdsworth Vol. V, S. 116.

Diese Entwicklung, sowie die zunehmende „Verwissenschaftlichung“ des Handelsrechts unter, zumindest partieller Rezeption kontinentaleuropäischer Rechtslehren, bestimmten den weiteren Weg des internationalen Handelsrechts in der Epoche des Spätmittelalters bis zum Beginn der Neuzeit.

II) Wissenschaftliche Erfassung des law merchant und Rezeption von civil law Doktrinen ab dem 16. Jahrhundert

Mit Beginn des Zeitalters der Entdeckungen zum ausgehenden 15. Jahrhundert hin, verlagerte sich der Schwerpunkt des internationalen Handels vom Mittelmeerraum zu den am atlantischen Ozean liegenden Hafenstädten. Damit begann der Aufstieg des wirtschaftlich bis dahin vergleichsweise weniger bedeutsamen Englands zur Welthandelsmacht. Mehr und mehr wurde die englische Rechtsordnung mit Problemen internationaler Handelsrechtsstreitigkeiten konfrontiert.

Im Folgenden soll zunächst auf die wichtigsten Schritte der in diesem Zusammenhang einsetzenden wissenschaftlichen Erfassung des Handelsrechts in dieser Phase eingegangen werden.

1. Wissenschaftliche Erfassung

- a) Gerard Malynes – *consuetudo vel lex mercatoria or the ancient law merchant*

Diese als Grundlagenwerk⁷⁸ bezeichnete Arbeit⁷⁹ von 1622 eines in Antwerpen geborenen Händlers war das erste Werk eines Engländers welche das law merchant „als Ganzes“ schriftlich erfasste und damit einer auf dem Kontinent im Gange befindlichen Entwicklung⁸⁰ des 16. Jahrhunderts folgte⁸¹. Auf diese, in gewisser Hinsicht als „Pionierarbeit“ zu bezeichnende Arbeit, ist die Vermittlung kontinentaleuropäischer Rechtslehren und ökonomischer Erwägungen an englische Händler, Rechtsgelehrte und Staatsmänner zurückzuführen.⁸² Trotz der vielfach übereinstimmenden oder zumindest parallelen Bräuche in den verschiedenen Handelszentren Europas erkannte Malynes, dass viele von diesen im

⁷⁸ So Berger in JZ 1999, S. 369, 370.

⁷⁹ Vergl. zum materiellen Inhalt des Buches, welches in drei Teilen *Commodities, Moneys, Exchange for moneys by bills of exchange* behandelt, die Darstellung von Scherner in Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Band II / 1, S. 859 f.

⁸⁰ Vergleiche hierzu Meyer, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*, S. 60 unter cc).

⁸¹ Holdsworth, *Sources and Literature of English Law*, S. 210.

⁸² Lorenz in *Festschrift für Neumayer zum 65. Geburtstag*, S. 407.

angelsächsischen Rechtskreis erst verständlich wurden, wenn man die Erkenntnisse und Methoden zivilrechtlicher Rechtsgelehrter kannte. Diese hatten das civil law „besser“ auf die Bedürfnisse des Handels zugeschnitten und große Teile des law merchant basierten auf Werken von civil law –Autoren⁸³. In diese Richtung tendierte auch die Praxis des Councils, welches oftmals die civil law –Rechtler mit den Händlern gleichsetzte, was daran gelegen haben mag, dass das civil law unter den ausländischen Händlern verbreiteter war und die notwendigen materiellen Regeln für deren Fälle bereitstellte.⁸⁴

Trotz allem waren die Zivilrechtler des Kontinents für Malynes nur eine sekundäre Rechtserkenntnisquelle, was wohl an der hohen Technizität und teilweisen Unpraktikabilität ihrer Lehren gelegen haben mag. Neben einiger Ansätze dieser, hielt es Malynes daher für entscheidender, die Handelsbräuche und Praktiken zu kennen. Das führte dazu – und hierin liegt wohl sein

⁸³ Vor allem aus dem italienischen Raum, in welchem vergleichsweise früh eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem „internationalen Handelsrecht“ einsetzte. Beispiele sind etwa: Scaccia („tractatus de commerciis et cambio“, 1618) oder Stracca („tractatus de mercatura seu mercatore“, 1553), vergl. Meyer, S. 60 m.w.N..

⁸⁴ Vergleiche zum Ganzen Holdsworth Vol. V, S. 129 – 135.

hauptsächlicher Verdienst aus englischer Sicht, dass er die zivilrechtlichen Ideen nur bis zum unbedingt erforderlichen Maße in seiner Arbeit rezipierte und in einer für die englischen Rechtsgelehrten verständlichen Weise verarbeitete.⁸⁵ Im Übrigen stellte sein Werk eine erste Sammlung des in England geltenden Handelsrechts dar. Dennoch gelangte die handelsrechtliche Wissenschaft dort nie zu dem bedeutenden Einfluss⁸⁶, wie sie es auf dem europäischen Festland erreichte.

b) Wyndham Beawes - Lex mercatoria
rediviva

Beawes war ebenfalls Händler, zudem Konsul seiner Majestät in Sevilla. Seine Arbeit (1751) war weniger ein Rechtsbuch als vielmehr „a guide to all men in business“, das heißt ein praxisorientiertes Werk in dem alle wesentlichen Bereiche des Handels- und Seerechts behandelt werden (Geld, Maße und Gewichte, der Außen – und Kolonialhandel Englands), wobei der rechtliche Gehalt vornehmlich auf den „Statutes“ und „Reports“ beruhte, welche etwa 1 ½ Jahrhunderte nach

⁸⁵ Holdsworth a.a.O., S. 135.

⁸⁶ Rehme in Ehrenberg, Handbuch des Handelsrechts I, S. 190,

Malynes Werk deutlich reichhaltiger waren. Hierin spiegelt sich der Fortschritt in diesem Bereich wieder.⁸⁷

⁸⁷ Holdsworth, Sources and literature of English Law, S. 213.

c) Nicolas Magens

Kurze Erwähnung soll noch das Werk von Nicolas Magens, eines deutschen Kaufmannes in London, finden, welches um 1755 ins englische übersetzt wurde und im wesentlichen die „marine insurance“ als besonderen Teil des Seerechts behandelte. Weitere Werke, die vornehmlich den Bereich des Seerechts behandelten waren etwa Molloy's „Treatise of Affairs Maritime and of Commerce“ (1676)⁸⁸ oder Zouche, „The Jurisdiction of the Admiralty of England asserted“ (1663).⁸⁹

2. Die Funktion der Rechtsprechung in dieser Entwicklung

Die Entwicklung des law merchant in England ist im Verlaufe des 16. bis 18. Jahrhunderts erheblich von dem konkurrierenden Wirken der verschiedenen Gerichte geprägt.⁹⁰ Es fand eine Art Kompetenzwettbewerb der

⁸⁸ Zu diesem Scherner in Coing, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, S. 861 ff.

⁸⁹ Vergleich zum Ganzen die Aufzählung bei Zimmermann in ZEuP 1993, S. 4, 32.

⁹⁰ Siehe bereits oben unter B. I. 2.).

Gerichte statt, begleitet durch einen „Literary Battle for the Law Merchant“.⁹¹

Im Folgenden ist daher genauer auf den wachsenden „Zugriff“ der common law Gerichtsbarkeit auf das law merchant einzugehen.

a) Common law Gerichtsbarkeit ab dem 16. Jahrhundert

Es ist unerlässlich zuvor einige grundlegenden Aussagen zum Verhältnis der common law courts und der Chancery zu treffen, da sich ohne ein Verständnis von deren historisch entwickeltem Konkurrenzverhältnis die Einordnung des law merchants und seine Entwicklung kaum verstehen lässt.⁹²

Das antagonistische Verhältnis der beiden Rechtsprechungskörper⁹³ erklärt sich aus dem Verhältnis der beiden vorhandenen „Rechtskörper“, dem common

⁹¹ Vergleiche die Aufzählung bei Coing, *Ius Commune*, Band V, S. 1, 37-40.

⁹² Hierbei sollen nur die wichtigsten Grundzüge dargestellt werden, eine ausführlichere Betrachtung muß eigenen Arbeiten diesbezüglich überlassen bleiben und würde den Rahmen dieses als „Einführung“ verstandenen Kapitels überschreiten. Eine ausführliche Darstellung findet sich bei Holdsworth Vol. I, Chapters III, V-VII.

⁹³ Die jedoch ursprünglich ein harmonisches Verhältnis pflegten, Baker, *An Introduction to English Legal History*, S. 92.

law und der equity, (die sich ursprünglich mit trusts und dem land law beschäftigte und unter dem Einfluss des Königs zu einer Art Billigkeitskorrektur für die common law Gerichte wurde, soweit diese nicht für „Gerechtigkeit“ sorgten). Ersteres wurde von den in Westminster sitzenden und von dem ursprünglich allein zuständigen King’s Council eingerichteten Royal Courts „verwaltet“: Der Court of Exchequer, Court of Common Pleas und Court of King’s Bench⁹⁴. Equity wurde durch den Court of Chancery „verwaltet“, welcher im Laufe des 17. Jahrhunderts innerhalb der Chancery gegründet wurde. Der Chancellor war ursprünglich „nur“ ein hoher Beamter des Königs,⁹⁵ der in dessen Namen agierte, aber kein Richter.

Der Konflikt dieser beiden fand seinen Höhepunkt in dem Earl of Oxford’s Case (1616), in dem sich Lord Chief Justice Coke (Präsident des King’s Bench /

⁹⁴ Vergl. Brunner, *The Sources of English Law*, S. 25.

⁹⁵ “The king’s secretary of state for all departments,”(vergl. Pollock and Maitland, Vol I, S. 193) an den, als Verwahrer des königlichen Siegels, welches der Authentifizierung der Dokumente der Chancery diente und der aufgrund seiner Nähe zum König ab etwa dem 14. Jahrhundert direkt die Beschwerden/Petitionen gegen common law Urteile annahm, deren Ursache häufig prozessuale Mängel des common law waren und denen der Chancellor „remedy“ erteilen konnte. Vergl. dazu im einzelnen Baker, a.a.O. S.87,88.

Vertreter des common law) und der Chancellor Ellesmere gegenüber standen und in dem King James I auf Empfehlung des Kronanwaltes Sir Francis Bacon das Recht des Chancellors bekräftigte das common law, wenn nötig, zu „korrigieren:“ „...*principles of equity would always in a case of conflict prevail over the rules of the common law*“⁹⁶

Die Chancery hatte im übrigen bereits etwa ein Jahrhundert vor den common law Gerichten begonnen auch die missachtete Bindung an ein formloses Versprechen (parole contracts) als entschädigungsfähige Verletzung anzusehen, der „remedy“ erteilt wurde.⁹⁷ Das common law hielt hierfür keine geeignete „action“ bereit⁹⁸, so dass um 1500 die Chancery das nahezu ausschließliche Rechtsprechungsmonopol über Verträge innehatte. Um diesem „Misstand“ entgegen zu wirken, begannen die common lawyers, das insoweit naheliegendste prozessuale Mittel des common law, die writ of trespass, mehr und mehr auf contractual cases auszudehnen, was ihnen bis etwa 1600 auch gelingen

⁹⁶ Radcliffe and Cross, *The English Legal System*, S. 124 f.; siehe auch Baker a.a.O., S. 92 f.

⁹⁷ Simpson, *A history of the common law of contract*, S. 277.

⁹⁸ In diesem begrenzten „writ system“ drückt sich der damalige Formalismus des common law aus.

sollte.⁹⁹ Die Ausdehnung der, ursprünglich dem Deliktsrecht vorbehaltenen prozessualen Geltendmachung eines writ of trespass durch die „action of assumpsit“¹⁰⁰ (Vertragsbruchklage/Schadensersatz wegen Nichterfüllung¹⁰¹) auf formlose Verträge, implizierte auch den Übergang dieser, für den Handelsverkehr bedeutsamen Fälle, von der Chancery auf die common law Gerichtsbarkeit. Damit wurde dieser das notwendige prozessuale Mittel für Fälle zuteil, welche die Chancery während des 15. Jahrhunderts im Wege der equity bewältigte.¹⁰²

Die Aussage Cokes, „the law merchant is part of the Lawes of this realm...“¹⁰³ erhält nach soeben skizzierter Entwicklung ihre Berechtigung, waren doch die Transaktionen des Handels von dieser Entwicklung grundlegend betroffen. Dieser Konflikt war gleichzeitig

⁹⁹ Baker, a.a.O., S. 272 ff.

¹⁰⁰ So wurde die neue „action“ genannt, welche die Fälle des Vertragsbruch erfassen sollte indem sie im Verlaufe einer längeren Entwicklung der Rechtsprechung den „Graben“ zwischen Delikts- und Vertragsrecht überbrücken musste, der anfangs unüberwindbar schien, denn es wurde durchaus ein Unterschied gesehen in „...doing something wrong (misfeasance) and wrongly not doing something (nonfeasance)“, vergl. Baker a.a.O., S. 275 ff.

¹⁰¹ Im Vertragsrecht existierte bis dahin nur die action of covenant.

¹⁰² Vergl. Simpson, A history of the common law of contract, S. 278.

¹⁰³ Zitiert nach Trakman in JMLC 1981, S. 153, 156.

Auslöser für eine Belebung der englischen Rechtsliteratur in dieser Phase gewesen.

b) Vollendung der Inkorporation des
law merchant durch Lord Mansfield

Die beschriebene Entwicklung wurde zum Ende des 17. Jahrhunderts zunächst von Sir Edward Coke vorangetrieben, der vor allem den beträchtlichen Einfluss des Court of Admiralty zurückzudrängen wusste.¹⁰⁴ Weiterhin war mit Sir John Holt (1642-1710) ein Richter auf der Position des Chief Justice des King's Bench, welcher den Bedürfnissen des Handels Rechnung trug, indem er das common law auf jene „auszurichten“ bezweckte um sie zu adaptieren. So gelang ihm beispielsweise die wichtige Inkorporation der Handelsbräuche betreffend der Wertpapiere in das common law, das hierzu feste Regeln entwickelte.¹⁰⁵

Mansfields herausragende Leistung ist auf seine weitreichenden Rechtskenntnisse zurückzuführen, die sich vom kanonischen Recht, kontinentalem See- und

¹⁰⁴ Vergl. zur Person und ihrem Wirken: Holdsworth, Vol. V, S. 425 ff.; ebenfalls Stein, *The Character and Influence of Roman Civil Law*, S. 154, der Cokes intendierte „Konservierung“ des common law als „immemorial and unchangeable customs“ unterstreicht.

¹⁰⁵ Holdsworth, Vol. VI, S. 519 und 520.

Handelsrecht, internationalem Recht bis zum common law und equity Recht erstreckten. Aufbauend auf dieser breiten rechtsvergleichenden Basis ging es ihm weiterhin darum, einen Mittelweg zwischen der Bewahrung und Aktualisierung der gängigen Handelsbräuche und der Assimilierung dieser mit anerkannten Rechtsprinzipien zu erreichen, bzw. deren Anerkennung als „Recht“ selbst.¹⁰⁶ Des Weiteren galten für ihn die Maximen, dass das Handelsrecht den universalen Charakter seines mittelalterlichen Vorläufers, dem law merchant, behalten müsse, zudem soweit wie möglich untechnisch und klar in seiner Anwendung für die Praktiker sein solle und letztlich auch „certain“, sein müsse, das heißt von rechtlicher Gewissheit bzw. Beständigkeit.¹⁰⁷ Durch Konsultierungen von Fachleuten aus der Kaufmannschaft und der Fixierung grundlegender Rechtsprinzipien ermöglichte er dem Richter „die Rationalisierung der gewohnheitsrechtlichen Regeln des Handelsverkehrs und ihre Verankerung als allgemeine Grundsätze im Gesamtsystem des common law.“¹⁰⁸

¹⁰⁶ Vergl. hierzu am Beispiel der Problematik welche Anforderungen an das Bestehen solcher „mercantile customs“ gestellt werden sollen: Holdsworth, Vol. XII, S. 527 f.

¹⁰⁷ Holdsworth a.a.O. , S. 524 f.

¹⁰⁸ Zimmermann in ZEuP 1993, S. 4, 34 f.

All dies in der Konstruktion eines Rechtskörpers als Teil des common laws zu vereinen¹⁰⁹ war der Verdienst von Lord Mansfield und seiner Rechtsprechung zum Handelsrecht.¹¹⁰ Damit darf dieser zu Recht als Vater des modernen englischen Handelsrecht angesehen werden, das „*an established and rational branch of the common law*“¹¹¹ wurde, „...*different from the general rules of the common law (is) yet ingrafted into it and made a part of it...*“¹¹².

Entscheidendes Resultat dieser Entwicklung war jedoch, die mit einer solchen Integration verbundene Abschwächung der Eigendynamik dieser Materie. Neue Entwicklungen wurden nicht sich selbst überlassen, sondern geschahen quasi unter der „Obhut“ des common law, welches dem law merchant bildlich gesprochen „seinen Stempel aufdrückte“.¹¹³ Es verbleibt zu ermitteln, welches Ausmaß eine Rezeption des Gedankenguts des römisch-rechtlich geprägten

¹⁰⁹ Gleichzeitig trug er der Spezifität des Handels Rechnung und hob in seiner Rechtsprechung besondere Aspekte des Handels hervor, was zu einer dauerhaften Konservierung und Etablierung von Regeln in bestimmten, leider nicht allen Bereichen des Handelsrechts beitrug, vergl. i.e. Honnold in „Sources of the law of international trade, S. 70, 72.

¹¹⁰ Vergl. beispielhaft die Darstellung bei Potter, S. 203 f.

¹¹¹ James, Introduction to English Law, S. 36.

¹¹² Blackstone, Commentaries on the Laws of England, Band I, S. 75.

¹¹³ Von Bar, IPR Band I, S. 35, Rdn. 17.

Kontinentalrechts unter diesen Voraussetzungen erlangen konnte.

3. Grad der Rezeption von civil law

Elementen

Die in England (früher als in anderen Nationen) seit der normannischen Eroberung 1066 betriebene Zentralisierung der Gerichtsbarkeit(en) bestimmte den institutionellen Rahmen und das Maß, in dem Rechtsgedanken des römisch-rechtlich geprägten civil law Rechtskreises Eingang in die englische Rechtsordnung finden konnten, in erster Linie durch eine diesbezügliche Affinität herausragender Personen des Justizapparates der kanonischen, sowie später der expandierenden common law Gerichtsbarkeit¹¹⁴.

Hervorzuheben ist diesbezüglich zunächst Bracton, (1245-1268), der sich in seinem unvollendeten Buch „The Laws and Customs of England“¹¹⁵ vor allem in methodischer und struktureller Hinsicht vom römischen und kanonischen Recht inspirieren ließ – „*romanesque in*

¹¹⁴ So grundsätzlich bereits in der Zeit Bractons, vergl. Güterbock, Bracton and his relation to the Roman Law, S. 61.

¹¹⁵ “The crown and flower of English medieval jurisprudence”, Pollock and Maitland, History of English Law, S. 206.

form, English in substance^{116 117}. Der Hauptverdienst dieser vergleichsweise frühen Rezeption römisch-rechtlicher Ideen in Bractons Zeit liegt darin, dass es das nationale Recht „immun gegen zerstörende Infektionen“ durch das römische Recht, wie es im 16. Jahrhundert in Deutschland der Fall war, gemacht hat¹¹⁸ und eine Adaption substanzieller Natur damit weitgehend vermieden wurde¹¹⁹.

III) Nationalisierung der *lex mercatoria*

Es bleibt gleichsam als Ergebnis der bis hierhin skizzierten Entwicklung zu diagnostizieren, dass das ursprünglich nahezu universal geltende, im Mittelalter entstandene und als *lex mercatoria* bzw. *law merchant* bezeichnete Handelsrecht nun, an der Schwelle zum 19. Jahrhundert, in England gewissermaßen „nationalisiert“ wurde indem es in einem etwa drei Jahrhunderte

¹¹⁶ Pollock and Maitland, *History of English Law*, S. 207.

¹¹⁷ Das Verhältnis Bractons zum Römischen Recht war nicht unumstritten, vergl. Stein, *The Character and Influence of the Roman Civil Law*, S. 152; Güterbock in Bracton and his relation to the Roman Law, S. 56 – 62.

¹¹⁸ Brunner, *The Sources of English Law*, S. 41 f.; ebenso Rehme, S. 203.

¹¹⁹ Vornehmlich ging es Bracton um die Verbesserung des common laws, welches die neuen rechtlichen Aspekte des wachsenden Handels nicht bewältigen konnte bzw. hierzu keinen Versuch machte, Güterbock a.a.O., S. 61.

andauernden Prozess in das common law integriert und diesem assimiliert wurde.

Ein englisches Handelsrecht war entstanden.¹²⁰ Von nun an war das law merchant ein von Gerichten wegen zu beachtendes Recht, welches nicht nur auf Kaufleute, sondern auf alle Bürger anzuwenden war.¹²¹

Begleitet bzw. vertieft wurde diese Formierung durch den ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts einsetzenden Nationalismus, welcher in erster Linie aus dem Wettbewerb der europäischen Mächte um Einflussphären in Afrika und Asien und im Fernhandel, sowie einer einsetzenden revisionistischen Bewegung als Reaktion auf die Re-installierung der Monarchien in Europa im Rahmen der Restauration seit 1815 zurückzuführen war.¹²²

Parallel hierzu setzten die Kodifikationen des Rechts auf dem Kontinent ein¹²³, welche „als der vollkommendste

¹²⁰ Vergl. hierzu von Bar, IPR Band I, S. 35, Rdn. 17, s.a. S. 32, Rdn.13.

¹²¹ Lord Mansfield in dem Pillans & Rose v. van Mierop and Hopkins Case, zitiert nach Blaurock, ZEuP 1993, S. 247, 252, s.a. dort in Fn. 28.

¹²² Kleinschmidt, Geschichte der internationalen Beziehungen, S. 263 ff.

¹²³ Wenn auch zu teilweise sehr unterschiedlichen Zeitpunkten, je nach Entwicklung der jeweiligen Länder. So begann diese in

Ausdruck des nationalen Charakters des Handelsrechts gesehen werden können, da die Kodifizierung auf einem bewussten Schöpfungsakt des nationalen Gesetzgebers beruht.¹²⁴

Damit erfuhren die einzelnen Rechtsordnungen in diesem Punkt gewisse Modifikationen. So war England das einzige europäische Land, indem das Handelsrecht ein schlichter Zweig des allgemeinen nationalen Rechts wurde, der zwar begründet war auf den Prinzipien der universalen mittelalterlichen *lex mercatoria*, sich jedoch in der Maschinerie und technischen Atmosphäre des *common law* entwickelte.¹²⁵ Dies führte bereits zum Ende des 17. Jahrhunderts zu einigen Übereinstimmungen, aber auch vielen Abweichungen von den kontinentalen Bräuchen im aktuellen Regelwerk.¹²⁶ Ein Zustand der verharrte und sich erst wieder im Verlauf des 20. Jahrhunderts zu ändern schien.

Frankreich bereits 1673 mit der *ordonnance du commerce*, in Deutschland erst ab 1869.

¹²⁴ Schmitthoff in *RabelsZ* 28, S. 47, 50.

¹²⁵ Holdsworth Vol. V, S. 153.

¹²⁶ Holdsworth Vol. V, S. 154.

2. Kapitel: Universelles Handelsrecht in der englischen Rechtsordnung des 21. Jahrhunderts

A) Allgemeine Einführung

Die angesprochene Nationalisierungsphase nahm der *lex mercatoria* ihren als „universal“ verstandenen Charakter. Erst nach dem zweiten Weltkrieg setzte eine Art „reconquista“ dieses Phänomens ein¹²⁷, ausgelöst durch den in vehementer Weise prosperierenden, internationalen Handel¹²⁸. Diese brachte eine grundlegende Revision und eine Neuformierung des rechtstheoretischen Ansatzes desselben mit sich.

Als einer der Initiatoren der Wiederentdeckung mag Bertold Goldman gehandelt werden,¹²⁹ wobei bereits Grossmann-Doerth 1929 von einem autonomen Recht des Welthandels sprach und die vielleicht bis heute zutreffende Aussage traf, dass das autonome

¹²⁷ Vergl. im einzelnen hierzu Weise, S. 14-16; Kappus, S. 45 ff.

¹²⁸ Vergl. Kahn, McGillLJ 1992, S. 413 ff.; Berger in *The practise of Transnational Law*, S. 1 ff..

¹²⁹ Zumindest legte Goldman in seinem grundlegenden Aufsatz „Frontières du droit et „*lex mercatoria*“ in *Archives de Philosophie du droit* Vol. 9, 1964, S. 177-192 erstmals einen Versuch vor, die rechtliche Existenz einer *lex mercatoria* nachzuweisen.

Wirtschaftsrecht wohl „letzte Fragen des Staatsgefühls“ berühre.¹³⁰ Gleichzeitig lieferte er in seinem Aufsatz Beispiele nationalstaatlicher Ignoranz gegenüber dem „fremden“ Recht des Welthandels und offenbarte hierbei Ursachen, welche wohl ebenfalls bis heute die Existenzberechtigung einer *lex mercatoria*, ungeachtet welcher rechtlichen Qualität, manifestieren:

Nationale Gerichte, besetzt mit Juristen die eine (weitgehend) nationalrechtliche Ausbildung erfuhren, nationalrechtlichen Verfahrensordnungen unterliegen und nationales Recht anzuwenden haben, „können“ die Gestaltungsformen des internationalen Handelsverkehrs nicht sachgerecht erfassen, bzw. mit den ihnen zur Verfügung stehenden Lösungsmöglichkeiten aus Sicht der Parteien befriedigend judizieren.¹³¹

Das Bestehen eines Rechts des Welthandels als solchem wurde nunmehr auch nicht wirklich in Frage gestellt, umso umfangreicher entwickelte sich hingegen die

¹³⁰ Grossmann-Doerth in JW 1929, S. 3447, 3448.

¹³¹ Ebendieser a.a.O. S. 3448 f. anhand des sehr erhellenden Beispiels des Gefahrüberganges und S. 3451 bezüglich des Ansatzes des Reichsgerichts zur Auslegung eines Rechtsbegriffes aus der speziellen Branche des internationalen Getreidehandels; der Autor ordnet derartige Tendenzen der Kategorie „Selbstsicherheit aus Unkenntnis“ zu.

Diskussion um dessen rechtliche Qualität einerseits sowie, dessen Geltungsradius andererseits.¹³²

An dieser Stelle soll nur ein kurzer Überblick über die im Wesentlichen aufgeworfenen Fragen und die prinzipiellen Strömungen in diesem Bereich gegeben

¹³² Umfangreiche Abhandlungen hierzu aus jüngerer Zeit: Zumbansen, „Lex mercatoria: Zum Geltungsanspruch transnationalen Rechts“ in *RabelsZ* 2003, S. 637 ff.; Weise, *Lex mercatoria-Materielles Recht vor der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit* 1990; Kappus, *Lex mercatoria in Europa und Wiener UN-Kaufrechtskonvention* 1990; Dasser, *Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria* 1989; Meyer, *Bona fides und Lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition* 1993; Stein, *Lex mercatoria* 1995; Weiterhin zahlreiche Auseinandersetzungen in Aufsätzen wie etwa: Lando, “The lex mercatoria in international commercial arbitration” in *ICLQ* Vol. 34, 1985, S. 747-768; Delaume, “Myth of the lex mercatoria” in *TulaneLR* Vol. 63, 1989, S.575-611; Highet, “The Enigma of the lex mercatoria” in *TulaneLR* Vol. 63, 1989, S.613-627; Berman, “The law of international commercial transactions (lex mercatoria)” in *Em.J.I.D.R.* Vol. 1, 1986, S. 235-310; Mustill, “The new lex mercatoria: The first twenty-five years” in *Liber amicorum for Lord Wilberforce*, S. 149-183; Goldman, “Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria – L’affaire Norsolor” in *Revue de l’arbitrage* 1983, S. 378-409; Loquin, “Où en est la lex mercatoria” in *Mélanges Kahn*, S. 23-51; Carbonneau, “A definition of and perspective upon the lex mercatoria debate” in *Lex mercatoria and arbitration- A discussion of the law merchant* 1998, S. 11-22; Lagarde, “Approche critique de la lex mercatoria” in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman* 1982, S. 125-150. Für weitere Vertiefung zu diesem Thema ist auf die Literaturübersichten bei Poudret/ Besson, S. 603 f. oder bei Kegel, IPR, S. 92 f. zu verweisen.

werden, um einen Eindruck vom Gegenstand der Diskussion zu vermitteln.

I) Durch die Anerkennung einer lex mercatoria entstehende Problemkreise

1. Begriff der lex mercatoria

Hier ergeben sich erste Schwierigkeiten in dem Sinne, dass ein Terminus unterschiedliche Bedeutungen bzw. Interpretationen erfährt und ein einheitlicher Inhalt hinter dem Begriff lex mercatoria nicht auszumachen ist.¹³³ Eckpfeiler des Begriffes sind jedoch ersichtlich und sollen im Rahmen dieser Betrachtung genügen. So erscheinen die Loslösung von nationalen Rechtssystemen und die einheitliche Geltung¹³⁴ im Rahmen internationaler Handelssachverhalte die prägnantesten Merkmale der Vertreter einer lex mercatoria zu sein, Anationalität und Universalität sind

¹³³ Vergl. insoweit die Aufzählung der gängigsten Formulierungen bei Mustill, *Liber amicorum* for Lord Wilberforce, S. 149, 151. S.a. Fouchard/ Gaillard/ Goldman, S. 816 ff., Rdn. 1446-1448, die insbesondere die Vielfältigkeit der von den Parteien im Schiedsverfahren verwendeten Bezeichnungen dokumentieren, sowie die, letztlich wenig erfolgreichen, Versuche einiger Autoren, eine einheitliche Terminologie durchzusetzen.

¹³⁴ Diese lässt sich schwerlich nachweisen, da ein einheitlicher Entwicklungsrahmen im Hinblick auf die unterschiedlichen nationalen Schiedsordnungen und der Schiedsordnungen internationaler Organisationen (ICC, AAA), bereits fehlt.

somit der „kleinste gemeinsame Nenner“. Unterschiedliche Graduierungen bestehen darüber hinaus aber bei den Fragen der inhaltlichen Dichte und Kohärenz¹³⁵ solcher internationaler Regeln, deren Verbindlichkeit im Hinblick auf die Legitimation ihrer Quellen, wie auch hinsichtlich ihrer Anerkennung im Rahmen eines Schiedsentscheids, ihrer Handhabbarkeit und konkrete „Greifbarkeit“ im Rahmen eines Schiedsverfahrens, ihr tatsächlicher materieller Gehalt, sowie die Voraussetzungen und Reichweite der Anwendbarkeit und Geltung solcher Regeln. Ironischerweise ist der am häufigsten verwendete Begriff eben derjenige der *lex mercatoria*¹³⁶, weshalb er zur Beschreibung dieser Erscheinung der Regeln des internationalen Handels zumindest terminologisch der umfassendste ist.

Der Versuch einer Definition, ist sinnvoll daher nur als Beschreibung des *status quo* im Hinblick auf die Konkretisierung eines Arbeitsbegriffs durchzuführen und kann einen abschließenden Charakter nicht

¹³⁵ So wird beispielsweise eine Universalität verneint, indem die einheitliche Geltung auf einzelne Branchen reduziert wird, vergl. Redfern/Hunter, S. 119 f..

¹³⁶ Fouchard/ Gaillard/ Goldman, S. 817, Rdn. 1446, dort m.w.N. in Fn. 93.

beanspruchen.¹³⁷ So soll mit *lex mercatoria* im Rahmen dieser Arbeit ein Bestand von Regeln gemeint sein, welcher die Transaktionen international operierender Händler, je nach Bereich mehr oder weniger vollständig regelt, unterschiedliche Quellen zu Grunde legt und im Rahmen verschiedener institutioneller Rahmenorganisationen „verwaltet“ wird, dabei jedoch den Ansatz eines selbstregulierenden und unabhängigen Systems realisiert, ohne in letzter Konsequenz auf eine staatliche Sanktion verzichten zu können.

Zum Stand der Diskussion nun folgender Überblick:

2. Rechtliche Qualität der *lex mercatoria*

Die an das mittelalterliche Vorbild anknüpfende Idee einer „*societas mercatorum*“ die selbständig „ihr“ Recht setzt und über sich „richtet“,¹³⁸ würde zu dem weitreichendsten Konzept führen. Ein solches müsste in

¹³⁷ Letztlich ist dies auch auf den Umstand zurückzuführen, dass die Entwicklung in diesem Bereich durch Praxis und legislatorische Aktivitäten der Staaten ununterbrochen bewegt wird und schwer überschaubar ist.

¹³⁸ Volckart/ Mangels „Has the modern *lex mercatoria* really medieval roots“, S. 29 f. weisen darauf hin, dass die Existenz einer solch ausgeprägten *societas mercatorum* im Mittelalter wohl an der Realität vorbeigeht, dies lässt sich jedoch nicht argumentativ gegen den „modernen“ Ansatz richten, denn dessen Existenz ist wie von den Autoren gezeigt, durch andere Umstände geprägt als das angebliche mittelalterliche Vorbild.

seiner Idealform eine eigene Rechtsordnung der international operierenden Kaufmannschaft, mit eigener Gerichtsbarkeit (den Schiedsgerichten) und eigenem Recht (wie etwa Standardverträgen, Handelsbräuchen, allgemeinen Rechtsgrundsätzen etc.¹³⁹) annehmen.

Damit werden zunächst fundamentale Fragen zu den Anforderungen an die Annahme einer Rechtsordnung aufgeworfen, die sich vor allem mit der Legitimation¹⁴⁰ eines (zu bestimmenden) „Gesetzgebers“ der internationalen Kaufmannschaft und der Rechtsnormqualität¹⁴¹ und Bindungswirkung der von diesem erlassenen „Regeln“ zu beschäftigen hätten.

Festzustellen ist hierbei, dass ausgehend von dem jeweils zugrundegelegten Grad der Verwurzelung des internationalen Handelsrechts in einer (beliebigen) staatlichen Rechtsordnung und damit dem Grad der

¹³⁹ Vergl. zum materiellen Gehalt einer *lex mercatoria* Dasser a.a.O., S. 75 ff.; Blaurock in ZEuP 1993, S. 247, 253 ff. unter V; ausführlich auch Berman/ Kaufman in HILJ Vol. 19, 1978, S. 221, 229 ff..

¹⁴⁰ Traditionelle Ansicht diesbezüglich ist die grundsätzliche Verbindung jeden „Rechts“ zu einer staatlichen Autorität, vergl. Blaurock in ZEuP 1993, S. 247, 260.

¹⁴¹ Die Normativität beruhend zuallererst auf dem Gleichheitsprinzip in Abgrenzung zur Willkür würde damit zunächst Fragen zur Kohärenz der vielbeschworenen „Gemeinschaft“ der Kaufleute betreffen; weiterführend dazu Pawlowski, „Methodenlehre für Juristen“ S. 19 ff., ab Rdn. 35.

Abhängigkeit eines solchen von „fremder“, nationalstaatlicher Legitimationskraft, mittlerweile drei Strömungen in der Masse der Abhandlungen auszumachen sind¹⁴² :

a) Unabhängiges Welthandelsrecht

So wird die am weitesten gehende Loslösung von staatlichen Rechtsordnungen als autonomes Recht des Welthandels bezeichnet, *„an autonomous legal order which creates rules independent of any national legal order and which govern the relationships of parties involved in international trade.“*¹⁴³ Recht in diesem Sinne, müsste sich vor allem durch die Merkmale allgemein, zugänglich und vorhersehbar auszeichnen, *„should one add enforceability ?“*¹⁴⁴ wird ein Dilemma dieser Konzeption sodann trefflich auf den Punkt gebracht.

Kritisch zu dieser „Idealform“ lässt sich weiterhin anmerken, dass über die einzelnen zuvor angedeuteten Problemkreise schon inhaltlich-terminologisch keine

¹⁴² Craig/ Park/ Paulsson, ICC - Arbitration, S. 623 ff; Blaurock, ZEuP 1993, S. 247, 257 ff.

¹⁴³ Craig/ Park/ Paulsson a.a.O. S. 628; grundlegend Schmitthoff in RabelsZ 1964, S. 47 ff..

¹⁴⁴ So einer der herausragendsten Verfechter dieser „Version“ der lex mercatoria: Berthold Goldman in der „Introduction“ zu „Lex mercatoria and arbitration“, (Hsg. Carbonneau) S. XXI.

Einigkeit besteht. Die als konturenpendende Merkmale verwendeten Termini der internationalen Gerichtsbarkeit (durch die privaten Schiedsgerichte), der *societas mercatorum* (als normsetzende Gemeinschaft) sowie die Handelsbräuche, allgemeine Rechtsgrundsätze etc.¹⁴⁵ (als Recht des internationalen Handels) verfügen selbst über keinen klaren, weithin anerkannten, inhaltlichen Rahmen oder erweisen sich zumindest als erörterungsbedürftig.¹⁴⁶ Eine objektiv anerkannte, wie auch immer geartete Instanz, welche die Legitimität besäße, derartige Entwicklungen zu analysieren und gegebenenfalls den Entwicklungsgrad des angestrebten „autonomen Rechtssystems“ für alle „Beteiligten“ verbindlich festzustellen fehlt bis dato ebenfalls.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Vergl. zum Inhalt einer *lex mercatoria* oben Fn. 132.

¹⁴⁶ Vergl. zu einer Übersicht über die wesentlichen Kritikpunkte von Bar S.80 ff. Rdn. 75-77; Sandrock, „Die Fortbildung des materiellen Rechts durch die internationale Schiedsgerichtsbarkeit“ in *Rechtsfortbildung durch internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, S. 21, 77 ff. sowie auch Mustill in *Liber amicorum für Lord Wilberforce*, S. 149 ff., dort vor allem S. 159-161, s.a. Lagarde in *Études Goldman*, S. 125 ff..

¹⁴⁷ Graf von Westphalen in *WM* 1980, S. 178, 179 stellt beispielhaft für die ICC Paris fest, dass es ein Faktum sei, dass dieser keine Gesetzgebungsbefugnis zukommt und sich aus der Aufgabe der Sammlung und Vereinheitlichung von Bräuchen eine solche insbesondere im Verhältnis zum nationalen Gesetzgeber auch nicht ergeben kann.

b) Transnationale Konzeption¹⁴⁸

Weniger unabhängig, da nicht von dem Gedanken der Selbstregulierung¹⁴⁹ der internationalen Kaufmannschaft getragen, versteht sich die Auffassung eines transnationalen Rechts.¹⁵⁰ Gemeint ist ein Recht (bzw. einzelne Rechtssätze), welches in zwei (oder mehr) Rechtsordnungen fundamntiert ist, beide „gleichermaßen durchwirkend“¹⁵¹ und im Wege der Rechtsvergleichung ermittelbar.¹⁵² Dabei wird diesem transnationalen Recht nicht der Charakter einer Rechtsordnung oder eines Systems, sondern der einer Rechtsquelle attestiert.¹⁵³ Aus den verschiedenen Rechtsordnungen sollen sich folglich konkrete Rechtssätze im Wege der Rechtsvergleichung und zur Lösung internationaler Sachverhalte ermitteln lassen. Diese Ansicht steht damit, wenn auch weniger frappierend als zuvor Genannte, im Gegensatz zum Ausgangspunkt des internationalen Privatrechts, nach

¹⁴⁸ Dasser erläutert auf S. 64 unter C. die verschiedenen Bedeutungen die diesem Begriff zuteil wurden. Objekt dieses Abschnitts ist aber der Begriff im Sinne von Langen.

¹⁴⁹ Berger, JZ 1999, S. 369, 371.

¹⁵⁰ Grundlegend: Langen, Transnationales Recht 1981.

¹⁵¹ Langen a.a.O., S. 16.

¹⁵² Für F.A. Mann bedeutet dieser Weg nichts anderes als Willkür, vergl. in FS Flume I, S. 593, 596 in Fn. 13.

¹⁵³ Langen a.a.O., S. 13.

dem jedes Rechtsverhältnis seinen Schwerpunkt oder Anknüpfungspunkt in einer nationalen Rechtsordnung findet.¹⁵⁴ Nicht zu verwechseln sei der transnationale Ansatz aber mit der Lehre vom „rechtsordnungslosen Vertrag“.¹⁵⁵¹⁵⁶ Genau genommen trägt diese Konzeption jedoch nicht das o.g. Attribut der Anationalität, denn sie führt die transnationalen Regeln auf die nationalen Rechtsordnungen zurück. Damit sind diese letztlich „staatlicher Qualität,“ was zur Folge hat, dass ein Legitimitätsproblem nicht besteht.

Kritisch wird dieser Auffassung des Weiteren entgegengehalten, dass die rechtsvergleichende Basis für eine derart weitgehende „Würdigung“ solcher

¹⁵⁴ Prinzip der engsten Verbindung welches das Recht bestimmen soll, dass „am nächsten daran ist, den Fall zu regeln“, vergl. Kropholler, IPR, S. 25 f.

¹⁵⁵ Reimann, „Zur Lehre vom rechtsordnungslosen Vertrag“, S. 105 ff. stellte fest, dass es privatrechtliche Verträge außerhalb nationalen Rechts nicht geben kann; eine solche „negative“ Rechtswahl als Ausfluss der Privatautonomie wird mit verschiedenen Argumenten kritisiert (S. 47 ff.).

¹⁵⁶ Langen bedauert eine Gleichsetzung desselben mit dem transnationalen Ansatz (a.a.O. S. 16); ob beide Ansätze tatsächlich so gegenläufig sind erscheint zumindest fraglich, erkennen sie doch beide die grundsätzliche Verwurzelung von internationalen privatrechtlichen Verträgen in nationalen Rechtsordnungen als oberste Prämisse an. Jedenfalls wurde durch den Terminus des „rechtsordnungslosen“ Vertrages ein weiterer, noch dazu recht allgemeiner Terminus in die Diskussion eingeführt.

gemeinsamer Rechtssätze „viel zu schmal“ sei¹⁵⁷ und sie lediglich den juristisch „kleinsten gemeinsamen Nenner“ darstellen, welcher weder geeignet ist konkrete Fälle zu lösen, noch durch die Richter und die Vertragsparteien ermittelt zu werden,¹⁵⁸ hierzu sei die Rechtswissenschaft berufen. Im Übrigen würden die von der Praxis geschaffenen Regeln unberücksichtigt bleiben. Diese sollen jedoch Wesenszug einer *lex mercatoria* sein, zumindest bilden sie, wie oben gesehen, den Ausgangspunkt ihrer Entwicklung.

c) Primat der nationalen

Rechtsordnungen – Primat des IPR

Zuletzt lässt sich die Existenz einer *lex mercatoria* auch generell in Frage stellen. Vor den Realitäten der Praxis lassen sich gewiss die Augen nicht verschließen¹⁵⁹, gesehen wird hierin jedoch nur eine Ergänzung zu einem im übrigen anzuwendenden nationalen Recht in Form von internationalen Handelsbräuchen „*sufficiently*

¹⁵⁷ Von Bar, IPR, S. 92, Rdn. 94.

¹⁵⁸ Blaurock in ZEuP 1993, S. 247, 260 f. mit weiteren Kritikpunkten.

¹⁵⁹ Gegen die Existenz spezifischer Regeln des internationalen Handels bestehen insoweit keine Einwände. Diese Realität, unabhängig von wissenschaftlichen Qualifizierungen, hebt Medwig hervor, vergl. in LPIB 1992, S. 589, 612 ff..

*established to warrant that parties to international contracts - whether generally or by category of contracts- be considered bound by them“.*¹⁶⁰

Dies entspricht der traditionellen Konzeption des internationalen Privatrechts.

Die internationalen Handelsbräuche sind dabei entweder als Bestandteil der jeweiligen Verträge anzusehen und müssten vom nationalen Recht anerkannt werden oder das nationale Recht betrachtet sie bereits als „eigenes“ Handelsgewohnheitsrecht.

So verstanden käme den internationalen Handelsbräuchen kein besonderer Status zu und konsequenterweise erschiene die Diskussion um eine *lex mercatoria* gänzlich „überflüssig“ und jedwedes nationale Gericht könnte sie berücksichtigen¹⁶¹. Diese Ansicht entspricht rechtstheoretisch anerkannten Vorstellungen und führt folgerichtig zu einem universalen Geltungsanspruch des IPR wenn es um die Frage des anzuwendenden Rechts auf internationale

¹⁶⁰ Craig/ Park/ Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, S. 633.

¹⁶¹ Für das englische Recht z. B. *Shell UK v. Lostock garages Ltd* 1977 1 AllER 481, 487 sowie *Triebel/ Hodgson/Kellenter/Müller*, S. 43; im deutschen Recht über § 346 HGB der auch internationale Bräuche einschließt, vergl. etwa *Koller/ Roth/ Morck*, HGB, zu § 346, Rdn. 10 ff..

Wirtschaftssachverhalte geht. Solche müssten ihre Erdung zwingend im nationalen Recht finden, „lex facit arbitrum“.¹⁶² Diesem Standpunkt ließe sich mit großer Zurückhaltung nur der (wenig juristische) Vorwurf des „Anachronismus“¹⁶³ entgegenhalten und dies auch nur in dem Maße, als man die Aufgabe der Rechtswissenschaft streng danach definierte, sich neuen Lebensstatsachen gegenüber offen zu präsentieren¹⁶⁴ und die Korrespondenz mit neuen wirtschaftlichen und sozialen Erscheinungen in wechselseitigem Zusammenspiel zu praktizieren. Allein durch eine Reflexion über das etablierte Konzept von Recht - was Recht ist oder sein kann, bzw. welcher Quelle es entnommen werden darf - ließe sich das Legitimitätsproblem der lex mercatoria als unabhängigem „Welthandelsrecht“ neu bewerten und der Graben der geltenden Rechtsquellenlehre überbrücken. Eine „normative Kraft des Faktischen“¹⁶⁵

¹⁶² F.A. Mann in FS Flume I, S. 593, 595.

¹⁶³ So schon Stein, S. 19, dort m.w.N.

¹⁶⁴ Im Grundsatz ähnlich Grossmann-Doerth, S. 3447, 3450 f. der insbesondere aber auf die Öffnung durch die nationalen Gerichte abstellt. Vergl. auch die Bemerkungen von Kötz betreffend „Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung“ in RabelsZ 1992, S. 215 ff..

¹⁶⁵ Formulierung bei Berger, JZ 1999, S. 369, 374.

kann hierbei nicht als relevanter Faktor zum Tragen kommen.

3. Entstehungsrahmen der lex mercatoria

a) Die Praxis der Kaufleute

Handelsbräuche als wichtiger Bestandteil der lex mercatoria¹⁶⁶ entstehen natürlicherweise in der Praxis der Kaufleute, aus dem Bedürfnis heraus, ihre internationalen Transaktionen so interessengerecht wie möglich zu gestalten. Um so entstandene „Regeln“ zu erfassen und allgemein zugänglich zu machen werden sie von Branchenorganisationen gesammelt und geordnet. Branchenübergreifend hatte in dieser Hinsicht die Arbeit der Internationalen Handelskammer mit Sitz in Paris Vorbildcharakter bei der Erstellung der INCOTERMS.¹⁶⁷ Ein solcher Prozess erlaubt eine Standardisierung allgemeinen Ausmaßes, von der sich einzelne Bereiche durch ihre Spezifizierung und/ oder Regelungsdichte¹⁶⁸ in gewissem Maße

¹⁶⁶ Mit der vielzitierten Formulierung von Fouchard in *Mélanges Goldman*, S. 67, als „noyau dur“, als Kernstück der lex mercatoria bezeichnet.

¹⁶⁷ Zu diesen vergl. Schneider in *RIW* 1990, S. 91ff.

¹⁶⁸ So spricht sich Fall in *JIA* 1998, S. 83-85 deutlich für die Existenz einer lex mercatoria als „commercial reality“ im Bereich des Seerechts aus; gleiches gilt wohl auch für den

„verselbständigen“ können, so dass sich in diesem Zusammenhang wohl durchaus auch von „leges mercatoriae“ sprechen ließe¹⁶⁹.

b) Internationale

Handelsschiedsgerichtsbarkeit

Neben dieser Erfassung der verwendeten Regelungen kommt der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit eine herausragende Bedeutung zu. Diese privaten Gerichte werden zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten im Bereich internationaler Handelssachverhalte von den Parteien berufen. Ihre Bedeutung und ihr Wert für die internationale Kaufmannschaft lässt sich ermessen, wenn man ihre Funktionalität aus Sicht der Parteien¹⁷⁰

Bereich der Dokumentenakkreditive vergl. zu diesen Westphal in WM 1980, S. 178 ff; bezüglich einer „lex constructionis“ für den Bausektor etwa Molineaux in JIA 1997, S. 55 ff..

¹⁶⁹ Vergl. Dasser, S.393; De Ly in FS Sandrock, S. 179, 191; dies hervorhebend Redfern/ Hunter, S. 119 f., Rdn. 2-60 die konstatieren, dass „international traders do not constitute one single community but instead a myriad of communities, each with their own different customary rules.“

¹⁷⁰ Damit ist insbesondere die Berücksichtigung des internationalen Charakters des Streitfalles gemeint, dem Schiedsgericht wird größere Sachkompetenz und Sachnähe zuerkannt, vergl. bei Stein, S. 32 f.. S.a. Engle in TL 2002, S. 323 ff. mit einem Überblick über Vorteile und Probleme im Rahmen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit.

der Unzulänglichkeit nationaler Gerichtsbarkeit¹⁷¹ bei der Regelung internationaler Rechtsstreitigkeiten im Handelsverkehr gegenüberstellt. Diese Tatsache wurde bereits 1929 von Grossmann-Doerth festgestellt.¹⁷²

Die Sachkompetenz der Schiedsgerichte und deren ursprüngliche Praktikabilität bedingte deren expandierenden Zugriff auf die Entscheidung internationaler Handelsstreitigkeiten.

Maßgebliche Rolle kommt der *lex mercatoria* hierbei als anzuwendendes materielles Recht im Schiedsverfahren zu,¹⁷³ welches in erster Linie durch die Wahl der Parteien

¹⁷¹ Die Allgemeinheit dieses Vorwurfes wird von Stein relativiert indem sie vor allem die äußeren Umstände eines Verfahrens wie Dauer, Kosten oder Vollstreckungsmöglichkeit als beiden „Gerichtsbarkeiten“ gleichermaßen anhaftend nachweist, was sie auf die Entwicklung der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit und der damit einhergehende Formalisierung ihres Verfahrens zurückführt. Auch hat deVries in JIA 1984, S. 7, 11 festgestellt, dass sich das „Streitverständnis“ von einem ursprünglichen „gentleman´s agreement“ zur Haltung „winner takes all“ vergleichbar zu den kontradiktorischen Prozessen des nationalen Rechts hin entwickelt hat. Ebenso Berger in RIW 1994, S. 12, 15.

¹⁷² Vergl. oben 2. Kapitel, A.) dort insbesondere Fn. 131.

¹⁷³ Staatliche Gerichte haben im Verfahren staatliches Recht anzuwenden, mit der *lex mercatoria* werden sie nur bei der Beurteilung von Schiedssprüchen konfrontiert, vergl. Blaurock in ZEuP 1993, S. 247, 264.

bestimmt wird, wie überhaupt die Parteiautonomie oberste Maxime eines Schiedsverfahrens ist.¹⁷⁴

Die Realität dieses Ansatzes offenbart zum einen, dass die Parteien häufig keine Rechtswahl getroffen haben, was sich als konkludente Wahl der *lex mercatoria*¹⁷⁵ oder schlichte Uneinigkeit oder Nachlässigkeit bei den Vertragsverhandlungen interpretieren ließe.¹⁷⁶ Zum anderen erbot sich dadurch den Schiedsrichtern die Gelegenheit über das anzuwendende materielle Recht zu befinden, wodurch sich das Anwendungsfeld der *lex mercatoria* erweiterte und ihre Fortbildung vorangetrieben wurde.

Damit liefert die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit den notwendigen Rahmen zur Fortentwicklung und Konsolidierung der *lex mercatoria*, indem diese durch stetige Anwendung in

¹⁷⁴ Zu deren Bedeutung Nicklisch in RIW 1990, S. 89, 90; Engle in TL 2002, S. 323, 334 f..

¹⁷⁵ Goldman in Clunet JDI 1979, S. 475, 481 iii) entnimmt dies allein aus der Tatsache dass eine Entscheidung durch internationale Schiedsgerichte gewollt ist.

¹⁷⁶ Lowenfeld in „*Lex mercatoria and arbitration*“, S. 71, 87 der nicht soweit geht wie Goldman (Fn. 140) sondern schlicht anerkennt, dass in Fällen fehlender Rechtswahl „we don't know the reason for the omission“ und sich mithin nicht auf eine Interpretation diesbezüglich einlassen will.

internationalen Sachverhalten verfeinert, angereichert und aktualisiert werden kann.

aa) Terminologie

Eine notwendige Differenzierung ist jedoch vorzunehmen:

Die interne Schiedsgerichtsbarkeit unterliegt dem *lex fori* des nationalen Recht des Staates, in dem das Schiedsgericht seinen Sitz hat. Es erfüllt lediglich die Funktion einer Alternativgerichtsbarkeit gegenüber den nationalen Gerichten.¹⁷⁷ Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit hingegen besitzt keine „eigene“ *lex fori*, sie fungiert im Sinne einer „genuinen“ rechtsprechenden Gewalt, die als solche im Bereich des internationalen Wirtschaftsrechts nicht existiert. Sie hatte die „Lücken“ des Rechtsschutzes im internationalen Wirtschaftsrecht zu füllen.¹⁷⁸ „*The simple fact is, that international arbitration is 'a different animal' from domestic arbitration*“.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Caron in AJIL 1990, S. 104, 116.

¹⁷⁸ Stein, S. 78.

¹⁷⁹ Lalive, in „Summary of Chairman“ in UNCITRAL’s project for a model law on international, commercial arbitration 1984, S. 197.

Strenggenommen ist aber auch die internationale Schiedsgerichtsbarkeit nur eine aus Pragmatismus- und Praktikabilitäts Gesichtspunkten emporgestiegene Alternative zu der an sich möglichen Konfrontierung nationaler Gerichte¹⁸⁰ mit internationalen Sachverhalten.¹⁸¹ Alternativlos ist sie also nur aus qualitativen Gesichtspunkten. Der Vollständigkeit halber ist noch eine weitere Differenzierung vorzunehmen, die „foreign arbitration,“ (ausländische Schiedsverfahren) welche sich mit Angelegenheiten auseinander zu setzen hat, die essentiell Elemente zu einem anderen (fremden) Staat aufweisen.¹⁸² Auch diese lässt sich somit aber einer eindeutigen (ausländischen) lex fori zuordnen und bedarf nur aus der Perspektive der jeweiligen, mit einem

¹⁸⁰ Vergl. Carbonneau in CJTL 1984, S. 579, Fn. 1.

¹⁸¹ Eine tiefergehende Auseinandersetzung mit der „Rolle“ die die internationale Schiedsgerichtsbarkeit im internationalen Rechtsschutz erfüllt, führt erneut zur Reflexion über die rechtliche Qualität der internationalen Rechtsordnung und stellt damit letztlich das institutionelle Pendant zur lex mercatoria Debatte dar. Diesen Zusammenhang konstatierend etwa Lando in ICLQ 1984, S. 747 ff.; Carbonneau in CJTL 1984, S. 579, 586; derselbe a.a.O. S. 579 in Fn. 1, der unterstreicht, dass es bei der Charakterisierung der Schiedsgerichtsbarkeit vor allem darauf ankommt, welche Haltung man gegenüber dem Verhältnis zwischen Staat und Privaten und damit gegenüber öffentlicher und privater Gewalt einnimmt.

¹⁸² So die präzise Differenzierung bei Smit in TulaneLR 1989, S. 629 f.

ausländischen Schiedsspruch konfrontierten, nationalen Rechtsordnung einer besonderen Behandlung.

International schließlich ist ein Schiedsgericht, wenn „*the subject-matter or the parties have a connection with several legal systems*“¹⁸³. Aus der oben angesprochenen Besonderheit einer fehlenden *lex fori* erwuchs die Problematik hinsichtlich der Zuordnung bzw. der „Unterordnung“ eines solchen Schiedsgerichts unter ein bestimmtes Recht, einer *lex arbitri*.¹⁸⁴ Nach diesem bestimmen sich etwa die Fragen nach der Gültigkeit der Schiedsabrede, dem Verfahren sowie generell der „Nationalität“ des Schiedsspruches.¹⁸⁵ Die Frage der Nationalität eines Schiedsspruchs konnte von den Befürwortern der *lex mercatoria* nicht in Einklang mit ihrer Vorstellung eines eigenständigen internationalen Handelsrechts gebracht werden. Hierauf ist die Entwicklung der Idee von der Anationalität bzw. der Delokalisierung¹⁸⁶ des Schiedsgerichts und seines Entscheides zurückzuführen.

¹⁸³ Lando in ICLQ 1985, S. 747; Smit a.a.O.; negative Abgrenzung zur nationalen Schiedsgerichtsbarkeit bei Stein, S.81.

¹⁸⁴ Zur Bestimmung dieser *lex arbitri* hat sich wohl das Recht des Sitzes des Schiedsgerichts durchgesetzt, vergl. im einzelnen Stein, S. 71 f.

¹⁸⁵ Vergl. deVries in JIA 1984, S. 7, 12; Smit in TulaneLR 1989, S. 629, 633.

¹⁸⁶ Vergl. hierzu die Nachweise in Fn. 170.

Es sollte der dem internationalen Wirtschaftsrecht inhärenten Tendenz zur Meidung nationalstaatlicher Lösungsansätze Rechnung getragen werden und der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit die ihr zugedachte Unabhängigkeit von jedwedem staatlichen Einfluss auf sämtliche durch das Schiedsverfahren tangierte Rechtsanwendungsfragen gewährleistet werden. Dies zumindest insoweit, als davon die Wirksamkeit des Schiedsspruches in (irgend) einem Vollstreckungsstaat abhängig gemacht werden könnte.¹⁸⁷ Über diese Konzeption herrscht insofern weitgehende Einigkeit, als auch die Befürworter des „delokalisierten Ansatzes,“ durch die Anerkennung einer grundsätzlichen Verankerung des Schiedsgerichts zu einem nationalen Recht, die rechtliche Rolle der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in moderateren Gefilden „angesiedelt“ haben, allerdings stellen sie auf das Recht des Vollstreckungsstaates ab¹⁸⁸. Damit wurde dem Bild der frei über den nationalen Rechtsordnungen im Raum

¹⁸⁷ Grundlegend hierzu Loquin in JDI 1983, S. 298 ff.; vergl. i.ü. die Nachweise in Fn. 161.

¹⁸⁸ So deutlich Paulsson in ICLQ 1983, S. 53, 57: „the delocalised award is not thought to be independent of any legal order...but may be accepted by the legal order of an enforcement jurisdiction *although* it is independent from the legal order of it's country of origin.”

schwebenden, internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, die seine Opponenten einigende Wirkungskraft zum Teil genommen. Es verbleiben allerdings noch die streng aus der staatlichen Legitimationsperspektive heraus argumentierenden Literaten,¹⁸⁹ die dem Schiedsspruch ohne nationale *lex arbitri* des Sitzstaates seine Verbindlichkeit versagen wollen.

Die wesentlichen Aspekte des Begriffes der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit sind damit skizziert. Nun soll kurz deren Bedeutung für das von ihr anzuwendende „Recht des Welthandels“ erläutert werden um sodann auf diesem Weg die Position der nationalen englischen Schiedsgesetzgebung gegenüber der *lex mercatoria* zu ermitteln.

bb) Bedeutung der
internationalen Schiedsgerichtsbarkeit
für die *lex mercatoria*

Die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit konstituiert den judikativen Rahmen für die Anwendung

¹⁸⁹ Vergl. die Nachweise bei Fn. 164 und später in Fn. 228, sowie die in Fn. 181 aufgezeigte, konzeptionelle Parallelität zur *lex mercatoria* Debatte. Beide Diskussionsebenen sind logisch miteinander verknüpft und bedingen einander.

von *lex mercatoria* Regeln auf internationale Wirtschaftssachverhalte. Eine solche Anwendung hängt zum einen von einer diesbezüglichen Vorgabe durch das, das Schiedsverfahren regelnde Recht ab. Dies kann ein nationales Recht sein, ebenso wie die Regeln einer internationalen Schiedsinstitution wie bspw. der ICC¹⁹⁰ oder der AAA.

Zum anderen ist auch die diesbezügliche Tendenz des Schiedsgerichts selbst von Bedeutung. Neben der Tatsache dass *lex mercatoria* angewendet werden kann, liegt die besondere Bedeutung der internationalen Schiedsgerichte aber vor allem in der Herausarbeitung, Entwicklung und Formulierung derselben, wodurch Fragen nach der Befugnis des Schiedsrichters zu Rechtsfortbildung und Rechtsschöpfung aufgeworfen werden.¹⁹¹

Unter den Befürwortern einer autonomen *lex mercatoria* steht dies freilich nicht zur Debatte,¹⁹² doch auch die

¹⁹⁰ Zu deren herausragender Rolle in diesem Bereich Glossner in „Rechtsfortbildung durch internationale Schiedsgerichtsbarkeit“ S. 83, 88 f.

¹⁹¹ Ausführliche Darstellung bei Stein, S. 148-169.

¹⁹² Goldman in *Clunet* JDI 1979, S. 475, 481 ff.; Lando in *ICLQ* 1985, S.747; Stein (S. 151 oben) stellt hierzu fest, dass vermeintliche Differenzen unter den Anhängern einer autonomen *lex mercatoria* nur scheinbarer Natur waren und eine solche Befugnis des Schiedsrichters heute außer Diskussion steht.

Kritiker dieser Sichtweise gestehen dem Schiedsrichter ein solches normerschöpferisches Tätigwerden zu.¹⁹³

So ist auch unter diesen anerkannt, dass *„...a type of jurisprudence is generated, by repeated decisions dealing with similar transnational fact patterns, which by definition cannot be derived from a purely national context.“*¹⁹⁴ Gleichzeitig wird aber die Qualität dieser Rechtsschöpfung gegenüber nationalem Recht relativiert.¹⁹⁵

Eine bedeutende Rolle diesbezüglich spielt im Übrigen auch die im Laufe der Entwicklung dem Schiedsrichter zugestandene Befugnis, Entscheidungen mit einer Begründung zu versehen.¹⁹⁶ Ursprünglich waren unbegründete Entscheide die Regel und wurden

¹⁹³ Sandrock in „Rechtsfortbildung durch internationale Schiedsgerichtsbarkeit“ S. 21, 30 gesteht den internationalen Schiedsgerichten eine solche Befugnis trotz der Ablehnung der „lex mercatoria Doktrin (a.a.O. S. 80) zu; s.a. Hoffmann in FS Kegel, S. 215, 231.

¹⁹⁴ Craig/ Park/ Paulsson, S. 638, u.a. S. 639, die im übrigen eine sehr zurückhaltende Auffassung bezüglich einer Autonomie des Welthandelsrechts vertreten, in diesem lediglich internationale Handelsbräuche sehen, welche unter den Akteuren des Welthandels ausreichend etabliert sind um von ihnen als bindend angesehen zu werden (S. 633).

¹⁹⁵ Craig/ Park/ Paulsson, S. 638, betonen aber, dass ein solcher „body of arbitral precedents“ nicht gegen explizite Vorgaben des anwendbaren nationalen Rechts bestehen könne.

¹⁹⁶ Carbonneau in CJTL 1984, S. 579 ff., der Autor zeigt i.ü. die konkreten „Extrakte“ internationaler Regeln gewonnen aus begründeten Entscheidungen, a.a.O. S. 587-597.

(zumindest in England) von den Schiedsgerichten mit dem Ziel, sich auf diesem Weg einer gerichtlichen Überprüfung bezüglich „errors of law“ zu entziehen, praktiziert.¹⁹⁷

Letztendlich scheinen die Worte Goldstajns noch heute die Dinge treffend zu pointieren: *„Autonomous law...obtains its sanction and draws its strength from arbitration“*.¹⁹⁸

Die heutige Bedeutung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit¹⁹⁹ drückt sich hierin treffend aus. Sie „sichtet“ und deduziert den vorhandenen Bestand der Regeln und entwickelt ihn in kontinuierlicher Anwendung auf wirtschaftliche Sachverhalte fort. Dieser Vorgang erlangt umso mehr Qualität und Bedeutung, als er allmählich systematisch durchdrungen und durch

¹⁹⁷ Carbonneau a.a.O. S. 581 ff., die englischen Gerichte reagierten hierauf alsbald mit der Gewährung der Inanspruchnahme des amtlichen Verfahrens, der sog. „case staded procedure“, wodurch ihnen die Inhalte der Schiedsfälle zur Überprüfung vorgelegt werden konnten (vergl. S. 583 f.).

¹⁹⁸ Goldstajn in „The sources of the law of international trade“, S. 103, 112.

¹⁹⁹ Lando in ICLQ 1985, S. 747 fast wie folgt zusammen: „This judicial process, which is partly an application of legal rules and partly a selective and creative process, is here called application of the lex mercatoria.“ Croff in IL 1982, S. 613, 634 f. hebt hervor, dass sich lex mercatoria und internationale Schiedsgerichtsbarkeit gegenseitig ihre Entwicklung und ihren Erfolg garantieren.

zentralere Erfassung seiner Komponenten (d.h. der Sammlung von Schiedssprüchen im Rahmen von Schiedsinstitutionen) zu mehr innerer Kohärenz findet und sich damit ein „wahrhaftes Schiedsrecht“ in diesem Bereich entwickelt.²⁰⁰

Die Rechtsprechung der Schiedsgerichte avancierte damit zu der bedeutendsten Quelle²⁰¹ der *lex mercatoria*, neben den in der Praxis „spontan kreierten Regeln“²⁰² der Kaufleute. Das diesbezügliche Potential der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ergibt sich letztlich auch aus ihrem quantitativen Anteil an der Bewältigung internationaler Streitigkeiten über Wirtschaftssachverhalte. Nahezu 90 % aller internationalen Verträge enthalten heute eine Schiedsklausel²⁰³.

²⁰⁰ Vergl. zu dieser Entwicklung Stein, S. 170 f.

²⁰¹ Stein, S. 96 f. m.w.N., s.a. Craig/Park/Paulsson, S. 657 ff.

²⁰² Vergl. Goldman in Clunet JDI 1979, S. 475, 478; Craig/ Park/ Paulsson, S. 631; mit dieser Formulierung ist das von den Kaufleuten im Rahmen ihrer Tätigkeit entwickelte Gewohnheitsrecht bzw. die unter ihnen etablierten Bräuche oder Übungen bezeichnet, zu diesen etwa Croff in IL 1982, S. 613, 623; Highet in TulaneLR S., 613, 617; Lew, S. 436.

²⁰³ Berger in RIW 1994, S. 12, der die Vereinbarung einer Schiedsklausel als einen im Werden begriffenen internationalen Handelsbrauch bezeichnet.

II) Zusammenfassung

Es lässt sich feststellen, dass der stetig wachsenden Bedeutung internationaler Regelungen zur Absolvierung internationaler Geschäfte durch den kollisionsrechtlichen Lösungsansatz nicht mehr ausreichend Rechnung getragen werden kann, dieser deren Evolution sogar (mit)bedingt hat.²⁰⁴ Dieser Entwicklung zu folgen ist daher eine bedeutende Aufgabe des IPR in der Zukunft.²⁰⁵ Fraglich bliebe nur zu welchem Preis dieser Weg für das internationale Privatrecht in seiner bis heute verstandenen Rolle überhaupt gangbar wäre, denn die Öffnung hin zu einer Anwendung „eigenen materiellen Rechts“ auf besagte Sachverhalte würde einen Gesetzeskonflikt ausschließen, das IPR somit in diesem Bereich funktionslos machen. Neben den inhaltlichen Divergenzen trägt im übrigen auch die Palette der in der Diskussion verwendeten Begrifflichkeiten²⁰⁶ und der Facettenreichtum der durch die *lex mercatoria* berührten rechtlichen Aspekte zu deren, auf den ersten Blick nebulöser Gestalt bei.

²⁰⁴ Berger in JZ 1999, S. 369, 374.

²⁰⁵ So auch von Hoffmann, IPR, S. 63, Rdn. 56, der eine Neubestimmung des Verhältnisses beider Komplexe als Aufgabe des IPR ansieht.

²⁰⁶ Vergl. Weise, S. 5 f. und auch Dasser, S. 63 – 65.

Zutreffend ist jedenfalls eine negative Deutung, welche die *lex mercatoria* als „anational“ bezeichnet. Das heißt, sie ist dem Grunde nach nicht staatliches und auch nicht staatlich anerkanntes Recht²⁰⁷. „The essence of the *lex mercatoria* is its detachment from national legal systems“²⁰⁸

Gegen letztgenannten Punkt spräche jedoch die implizite Anerkennung etwa bei der Vollstreckung von Schiedsentscheiden durch staatliche Gerichte²⁰⁹, wenngleich dieser Schluss nicht zwingend ist, da in diesem Rahmen im Allgemeinen nur die Vollstreckbarkeit eines Schiedspruchs gefördert werden soll. Auch ließe sich möglicherweise aus der, in vielen nationalen Schiedsordnungen gestatteten Anwendung von *lex mercatoria* als „wählbares Recht“ im Schiedsverfahren, eine „Anerkennung“ staatlicherseits ableiten.²¹⁰ Verglichen mit staatlichen Rechten mag genannte Formulierung jedoch zunächst berechtigt sein.²¹¹

²⁰⁷ Dasser, S. 65.

²⁰⁸ Mustill in *Liber amicorum* für Lord Wilberforce, S. 149, 155.

²⁰⁹ Schroeder/Oppermann in *ZVglRWiss* 2000, S. 410, 419.

²¹⁰ Dies wird im weiteren Verlauf für die drei untersuchten Rechtsordnungen zu prüfen sein.

²¹¹ Dasser soeben in Fn. 207.

Verschiedene Perspektiven ergeben sich somit für eine lex mercatoria. Eine Ausstattung der „internationalen Kaufmannsgemeinschaft“ mit Selbstregulierungsbefugnissen in legislatorischer und judikativer Hinsicht ist für manche das Ideal, ohne Koordinierungs- und Normierungsbeiträge von Seiten der Staatengemeinschaft ist dies jedoch nicht denkbar und vielleicht auch nicht wünschenswert.²¹²

Inwieweit sich diese Herausforderung überhaupt stellt, hängt entscheidend davon ab, welchen Erfolg bereits eingeschlagene Initiativen zur Rechtsvereinheitlichung erzielen können²¹³ (CISG 1990, UNIDROIT, UNCITRAL, Principles of european contract law der Lando Commission).²¹⁴

Gesichert scheint insoweit nur, dass der Prozess der Rechtsvereinheitlichung im internationalen Wirtschaftsrecht zumindest in seiner Tendenz unumkehrbar ist. Gleichwohl macht dieser in dem

²¹² Es ist kaum vorstellbar, dass Staaten sich ihres Einflusses gegenüber „Privaten“ gänzlich entledigen würden, sei es auch nur in den weiten Grenzen der „ordre public“; historisch bewies allerdings die deutsche Hanse zu ihrer Blütezeit, dass eine Handelsgemeinschaft unter bestimmten Umständen auch „machtpolitisch“ mit den Staaten konkurrieren kann.

²¹³ Vergl. für den Bereich des europäischen Privatrechts Schmidt-Kessel in RIW 2003, S. 481 ff..

²¹⁴ Vergl. die Übersicht bei Berger a.a.O., S. 372 – 374.

weltwirtschaftlich bedeutsamen Bereich der EU nur vergleichsweise bescheidene Fortschritte. So tauchen Begriffe wie Harmonisierungs-elend und Flickschusterei²¹⁵ zur Beschreibung des punktuellen und fragmentarischen Charakters des legislativen Einheitsrechts²¹⁶ europäischer Herkunft auf, die trotz der „beeindruckenden Vielzahl“ gemeinschaftlicher Rechtsakte mit Bezug zum Vertragsrecht²¹⁷ das Bedürfnis nach einer Fortführung dieser Entwicklung deutlich machen.²¹⁸

Nach diesem Überflug über den Stand der *lex mercatoria* Diskussion, soll nun untersucht werden, wie diese, an sich internationale Erscheinung, aus Sicht nationaler Rechtsordnungen bewertet wird. Es soll ermittelt werden, welcher „rechtliche Status“ dem Korpus des internationalen Handelsrechts (zunächst) in der englischen Rechtsordnung gewährt wird, bzw. in welchem Umfang die Parteiautonomie hierbei zur Geltung kommt.

²¹⁵ Bei Sturm in JZ 2001, S. 1097, 1101 m.w.N.

²¹⁶ Zimmermann in JZ 2001, S. 171, 178.

²¹⁷ Schulte-Nölke in JZ 2001, S. 917, 918.

²¹⁸ Schulte-Nölke a.a.O. S.918 ff. insbes. unter II und IV.

B) Rechtlicher Status der lex mercatoria nach englischem Recht

Bei der sich anschließenden Darstellung ist der Eigenart des common law, im Vergleich zu den civil law Ländern, Rechnung zu tragen, nach der Recht in erster Linie durch die Gerichte „erfasst“ wird und der Rechtswissenschaft, ganz im Gegensatz zum deutschen Rechtskreis, eine eher bescheidene Rolle zukommt.²¹⁹ Hieran hat sich nachstehende Darstellung zu orientieren. Weiterhin wird ebenfalls nach der Rolle der Gerichte und der Gesetzgebung differenziert, wenngleich diese miteinander verstrickt sind, da erstere zwar selbstverständlich an letztere gebunden ist, jedoch in dem Erlass von Präzedenzfällen maßgeblichen Einfluss auf deren rechtssetzendes Tätigwerden nimmt²²⁰. Dies drückt sich nicht zuletzt in der Vornahme von Kompilierungen oder Kodifizierungen existierenden Fallrechts durch Gesetze aus²²¹.

²¹⁹ Döser, S. 6, Rdn. 11; Mustill in RdA 1991, S. 383, 394.

²²⁰ Vergleiche hierzu den sehr instruktiven Überblick zur Bedeutung der englischen Rechtsprechung bei Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller, S. 34-38.

²²¹ Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller a.a.O. auf S. 34, Rdn. 25.

I) Lex mercatoria und der Arbitration

Act 1996²²²

Wie gesehen, betrifft die lex mercatoria nationale Rechtsordnungen in erster Linie „mittelbar,“²²³ nämlich im Falle ihrer Anwendung durch Schiedsgerichte. Die englische Schiedsgerichtsbarkeit gilt als traditionsreichste, von England aus breitete sich die Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit als Methode der Streitbeilegung in der Welt aus.²²⁴ Nationale Rechtsordnungen wirken an bestimmten Punkten des Schiedsverfahrens auf dieses ein. Wo und inwieweit dies geschieht, bestimmt den „Grad der Öffnung“ der jeweiligen Rechtsordnung gegenüber dieser alternativen Form der Streitbeilegung.

Als Richtschnur können hierbei zwei Beziehungen dienen:

²²² Vollständig abgedruckt bei Gottwald, S. 325-363.

²²³ Läßt man der lex mercatoria im weiten Sinne auch die durch völkerrechtliche Abkommen in nationale Rechtsordnungen implementierten Rechtssätze angehören, so wirken lex mercatoria Regeln auch unmittelbar in nationalen Rechtsordnungen. Der transnationale Ansatz berücksichtigt solche Abkommen im Rahmen einer rechtsvergleichenden Analyse, vergl. i.e. etwa Gaillard in AI 2001, S. 59 ff., ausführlich dargestellt unter im 2. Teil, 2. Kapitel unter A., V.).

²²⁴ Böckstiegel im Vorwort zu „Handelsschiedsgerichtsbarkeit in England und in der BRD“, Band 7, S.1.

Zunächst kann *lex mercatoria* von Schiedsgerichten als materielles, den Streit regelndes „Recht“ angewendet werden. Zum zweiten hat das Schiedsgericht sich hinsichtlich des Verfahrens einem bestimmten Recht zu unterwerfen.²²⁵ Unter welchen Voraussetzungen also die *lex mercatoria* angewandt werden kann, bestimmt das jeweils einschlägige Verfahrensrecht, die *lex arbitri*.²²⁶ Relevant für die hier zu erörternde Thematik ist folglich die Konstellation, in der englisches Recht als Verfahrensstatut anzuwenden ist, sei es durch ausdrückliche Wahl der Parteien oder kraft der *lex loci*

²²⁵ So die traditionelle Sichtweise gemäß der *lex loci arbitri* Regel die sich wohl als Kriterium zur Bestimmung einer nationalen „*lex fori*“ für internationalen Schiedsgerichte durchgesetzt hat. Dies ist jedoch nicht zwingend erforderlich wenn man die Existenz sog. „*delocalised*“ oder „*denationalised*“ contracts anerkennt. Grundlegend hierzu Paulsson in ICLQ 1981, S. 358 ff., der ausführt, dass die bindende Kraft eines internationalen Schiedsentscheides keiner Begründung in einem speziellen nationalen Rechtssystem bedürfe (vergl. a.a.O., S. 367 f.). Nach Paulsson (in ICLQ 1983, S. 53-61) entspricht die Wahl des Sitzes des Schiedsgerichts, abgesehen von Sonderkonstellationen, mehr einer geographischen Geeignetheit (S. 55) und die Delokalisation als solche auch nicht einer völligen Loslösung von irgendeiner nationalen Rechtsordnung (S. 54 und 57); im übrigen misst er dieser Diskussion keine entscheidende praktische Relevanz bei (so a.a.O. S. 57 unten).

²²⁶ DeVries in JIA 1884, S. 7, 16; i.ü. können sich nach diesem auch weitere Fragen des Schiedsverfahrens richten.

arbitri Regel.²²⁷ Das englische Recht ist somit daraufhin zu untersuchen, wie es die Anwendung der *lex mercatoria* durch internationale Schiedsgerichte sanktioniert, welcher Stellenwert ihr in seinem Rahmen beigemessen wird und welche Bedeutung der Parteiautonomie dabei zukommt. In zweiter Linie betrifft dies auch die Folge eines auf *lex mercatoria* beruhenden Schiedsentscheides im Rahmen seiner Vollstreckung in einer nationalen Rechtsordnung.

²²⁷ Als strenge Verfechter dieser Ansicht sind zu nennen: Mann in ICLQ 1984, S. 193, 197 f. der hier in unbedingter Konformität mit der Entscheidung des House of Lords in *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Company* Weekly.L.R. 3 (1983), S. 241, 249 f. geht, in welcher Lord Diplock unterstreicht, dass Verträge nicht in einem „legalen Vakuum“ existieren können; ders. in *Festschrift für Domke* 1967, S. 157 ff., 167 ; Auseinandersetzung mit Paulsson (Fn. 161) dessen Auffassung schließlich aber ablehnend: Park in ICLQ 1983, S. 21, 25 f.; ähnlich auch Smit in *TulaneLR* 1989, S. 629, 633 f. und 640, der zwar nicht streng an dem Recht des Sitzes des Schiedsgerichts festhält aber das jeweils dem verfolgten Zweck nach anzuwendende Recht als maßgebend für die Anerkennung und Vollstreckung hält. Gemeinsam ist genannten Autoren, dass sie ausschließlich aus staatlicher Sichtweise heraus argumentieren und dem Schiedsspruch demzufolge die bindende Kraft ohne nationale *lex arbitri* versagen wollen.

1. Die Rechtslage²²⁸ vor dem Arbitration Act 1996

Bisher setzte sich die vom Parlament erlassene Gesetzgebung aus den Arbitration Acts von 1950, 1975, 1979 sowie dem Consumer Arbitration Agreements Act von 1988 zusammen. Diese wurden durch den am 31. Januar 1997 in Kraft getretenen Arbitration Act 1996 zum Teil aufgehoben oder ersetzt.²²⁹

Dem 1950 Act kam dabei insofern grundlegende Bedeutung zu, als er dem englischen Schiedsgerichtssystem erstmals einen legislativen Rahmen erteilte. Der 1975 Act beruhte auf der Ratifizierung der „New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958“ und der 1979 Act²³⁰ hatte als vorrangiges Ziel die Kontrolle der Schiedsentscheide durch die staatliche Gerichtsbarkeit zu verringern.²³¹

²²⁸ Die Rechtslage umfasst sicherlich (gerade in England) auch den Stand der einschlägigen Rechtsprechung. An diesem Punkt soll sich die Darstellung jedoch auf den legislatorisch erstellten Bereich beschränken, während die Untersuchung der Rechtsprechung unter 2.) erfolgen soll. Diese Differenzierung inhaltlich verknüpfter Komplexe geschieht allein aus Gründen der Übersicht.

²²⁹ Zekos in JIA 1998, S. 51.

²³⁰ Abgedruckt in YBCA 1980, S. 239-249.

²³¹ Zekos a.a.O. S. 52.

Dies sollte insbesondere die sogenannte case state procedure betreffen, welche durch den 1950 Act eingeführt wurde.

a) Das „englische Verständnis“ des
Schiedsgerichtswesen

Eine Besonderheit des englischen Rechts ist ein, im Vergleich zu den meisten civil law Rechtsordnungen deutlich angenähertes, Verhältnis von staatlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichten²³². Das Verhältnis der englischen Gerichtsbarkeit zu den Schiedsgerichten war gekennzeichnet durch eine Koexistenz von zwei Typen von Schiedsgerichten, der „voluntary arbitration out of court“ und der „arbitration by rule of court“. Letztere sah die Schiedsgerichtsbarkeit als eine Art Hilfsmittel zur Entscheidung von Sachfragen auf Anordnung des Gerichts an, deren Entscheidung durch den Schiedsrichter so dann an dieses zurückverwiesen und im Rahmen seines Urteils berücksichtigt wurde. Die „voluntary arbitration out of court“ wurde an diese im Laufe der Zeit angenähert, soweit die Gerichte dies im Einzelfall zuließen. Anfangs forderten sie eine

²³² Bank Mellat v. Helliniki Techniki S.A., CA, in The Law Reports, QB, 1984, S. 291, 301.

diesbezügliche Einigung der Parteien. Nach dem dieses Kriterium immer weiter aufgeweicht wurde, verzichtete man schließlich ganz auf es und jede Schiedsgerichtsentscheidung wurde als solche „by rule of the court“ angesehen. Die Schiedsgerichtsbarkeit wurde auf diesem Wege in die nationalen Prozesse eingebettet²³³. Aus der Kontrollmöglichkeit die sich für die englischen Gerichte bezüglich der durch den Schiedsrichter getroffenen Lösung ergab, entwickelte sich ein Appellationsmittel, welches von den Parteien zur rechtlichen Kontrolle des Schiedsgerichts genutzt wurde (und in der case state procedure ihren Ausdruck fand). Insofern wurde dem Kooperationsverhältnis zwischen Richter und Schiedsrichter letztlich auf Betreiben der Parteien eine „Graduierung“ beigebracht. Die Kontrolle durch nationale Gerichte ist damit nicht auf einen Interventionismus dieser zurückzuführen.

²³³ Vergl. zu dieser Entwicklung i.e. bei Mustill, RdA 1991, S. 383, 386 ff..

b) Staatliche Kontrolle der
Schiedsentscheide nach dem
Arbitration Act 1979

Vordergründig ging es im Arbitration Act 1979 darum, zwei, aus der bisherigen Rechtslage resultierende Missstände zu beseitigen: Die sogenannte „special case procedure“²³⁴ eingeführt durch den Arbitration Act 1950 zum einen, sowie die Möglichkeit einen Entscheid für ungültig zu erklären, wenn dieser einen Tatsachen- oder Rechtsfehler offenbarte,²³⁵ zum anderen. Als besonders misslich erschien dabei, die durch eine extensive gerichtliche Kontrolle bewirkte Verzögerung der

²³⁴ Die case state procedure erlaubte den staatlichen Gerichten eine inhaltliche Überprüfung von Schiedsentscheiden und resultierte aus der Besonderheit der Wahrnehmung der Schiedsgerichtsbarkeit in England. Sie zeichnet sich durch ein Kooperationsverhältnis zwischen Richter und Schiedsrichter aus. Letzterer wird dabei tendenziell ein Fachmann der jeweiligen Branche sein, der sich bei Bedarf juristischen Rat bei den Gerichten einholt. Die kontinentalen Rechte sehen dagegen den Schiedsrichter als Juristen, der sich ggf. Rat eines Experten aus der jeweiligen Branche verschafft. Hieraus erklärt sich die Notwendigkeit im englischen Schiedsprozess für jede Partei die Möglichkeit der Anrufung eines Gerichts zu sichern - aus kontinentaler Sichtweise eine Einschränkung der Autonomie des Schiedsrichters. Vergl. i.e. hierzu Reymond, RdA 1997, S. 45, 46 sowie 50 f.. Bezeichnend auch die Definition bei Mustill/Boyd, Commercial Arbitration, S. 3: „*The law of private arbitration is concerned with the relationship between the courts and the arbitral process*“.

²³⁵ Schmitthoff in YBCA V, 1980, S.231.

Bindungswirkung (Finalität) eines Entscheides, was zu einem Vollstreckungshindernis für englische Entscheide nach Art. V (1)(e) des von England ratifizierten New Yorker Abkommens von 1958 wurde. Dadurch wurde der Schiedsstandort London für ausländische Firmen unattraktiv.²³⁶

Beide Regelungen wurden zunächst vollständig abgeschafft, (vergl. section 1. – (1)) um durch ein flexibleres Kontrollsystem ersetzt zu werden. In diesem ist die Kontrollbefugnis der nationalen Gerichte auf essentielle rechtliche Aspekte zurückgedrängt worden. Dies äußert sich etwa in section 1.-(4) nach der ein High Court nur dann einen „appeal“ zulassen darf, wenn die Rechtsfrage, die Gegenstand des Entscheides war, die Rechte mindestens einer der an der Schiedsvereinbarung beteiligten Parteien in substantieller Weise betrifft. Weiterhin kann ein Entscheid, nach Befassung durch einen High Court, nur dann der zweiten (nationalrechtlichen) Instanz, dem Court of Appeal, vorgelegt werden, wenn einer der beiden dies zugelassen hat und der High Court nachgewiesen hat, dass die zu

²³⁶ Vergl. Park in HILJ 1980, S. 87, 89.

klärende Rechtsfrage von allgemeinem Interesse ist, section 1.-(7).

Im Übrigen wird der Bedeutung der Parteiautonomie besonders Rechnung getragen, indem ein appeal auch durch einen Konsens seitens der Parteien herbeigeführt werden kann (section 1.(3) (a)). Des Weiteren kann eine gerichtliche Kontrolle des Schiedsentscheides, im Falle der (hier alleinig interessierenden) internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, sowohl vor als auch nach Beginn des Schiedsverfahrens durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden. Der 1979 Act gibt hierbei nur eine negative Definition zum Begriff der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, indem er die interne Schiedsgerichtsbarkeit definiert; aus dieser lässt sich jedoch eine weite Deutung ersterer erkennen, womit wohl intendiert wurde, die internationale Schiedsgerichtsbarkeit weitgehend von der neuen, weniger strengen Regelung profitieren zu lassen.²³⁷

Einige Ausnahmen von diesen „Erleichterungen“ wurden allerdings für sogenannte „special category arbitrations“ gemacht.²³⁸ Nach Section 4. (3) (a)

²³⁷ Schmitthoff a.a.O. S. 233 f.

²³⁸ In Section 4. (1) wird der Ausschluss der gerichtlichen Überprüfung durch die Parteien aufgehoben, soweit es sich um

verbleibt dem Secretary of State allerdings die Möglichkeit diese Sonderregelung aufzuheben oder anderweitig zu modifizieren.

Kritisch lässt sich zum Regelungsbereich des 1979 Act bemerken, dass er die schwierige Abgrenzung zwischen Rechtsfehler (aufgrund eines solchen der Entscheid annulliert werden kann) und der Kompetenzüberschreitung durch einen Schiedsrichter nicht behandelt. Dies ist insbesondere deshalb kritikwürdig, als das Schiedsverfahren ja gerade auf dem Parteiwillen gründet, eine Missachtung desselben konsequenterweise in jedem Fall einen Aufhebungsgrund darstellen müsste.²³⁹

Seinen „Hauptzweck“, die Abschaffung der case state procedure, hat der 1979 Act jedoch erfüllt. Ebenfalls hat er mit dem von ihm eingeführten Regelsystem die englische Rechtsordnung wieder schiedsgerichtsfriendlicher gestaltet. Eine Überprüfung

Bereiche der Admiralty Jurisdiction, Insurance contracts oder commodity contracts handelt, es sei denn die Vereinbarung erfolgt nach Beginn des Schiedsverfahrens oder der Vertrag der Gegenstand des Verfahrens ist soll nicht englischem oder walisischem Recht unterliegen. Ansonsten unterliegen solche Schiedsverfahren den strengeren Regeln für Überprüfungen der internen Schiedsgerichtsbarkeit. Vergl. hierzu auch Boyd/ Veeder in RdA 1991, S. 209, 252 f.

²³⁹ Park in HILJ 1980, S. 87, 91.

von Entscheiden hängt nun vom Willen der Parteien oder der Relevanz der rechtlichen Frage ab. Letzteres lässt sich jedoch nicht zwingend nur zugunsten der Finalität eines Schiedsspruches auslegen, denn die Einschätzung, wann eine solche relevante Rechtsfrage vorliegt, obliegt ja den Gerichten. Selbige könnten auf diesem Wege also weiterhin nach extensiver Kontrolle trachten. Fakt ist aber, dass aufgrund der Parteiautonomie die gerichtliche Kontrolle sogar gänzlich ausgeschlossen werden kann.

Indem der 1979 Act also letztlich dem Primat der Parteiautonomie oberste Autorität zukommen lässt, ist er als ein deutliches Signal in Richtung einer liberaleren und autonomeren Rolle der Schiedsgerichtsbarkeit nach englischem Recht zu qualifizieren. Gleichmaßen wurde das Appellationsverfahren vereinfacht und eine Reduktion der einem Rechtsmittel zugänglichen Fälle erreicht.²⁴⁰ Auch hierdurch wird die Autonomie der Schiedsgerichte letztlich vergrößert.

Ob man in dem Arbitration Act von 1979 per se eine Kehrtwende von der interventionistischen Attitüde der englischen Richter hin zu einer non-

²⁴⁰ Boyd/ Veeder in RdA 1991, S. 209.

interventionistischen erblicken kann, muss hier nicht weiter erörtert werden, denn Fakt ist, dass seit dem Arbitration Act 1979 ein „wohlwollendes Klima“²⁴¹ gegenüber der Schiedsgerichtsbarkeit bei den nationalen Richtern zu erkennen ist.²⁴² In diesem Sinne ist der Arbitration Act 1979 als Erfolg dahingehend anzusehen, dass er eine Öffnung der englischen Rechtsordnung hin zu einer Einräumung größerer Selbständigkeit der Schiedsentscheide von staatlicher Kontrolle bewirkt und diesen damit faktisch eine Erweiterung ihrer (eigenständigen) Rechtsprechungskompetenz zubilligt. Die Autonomie der Schiedsgerichte wurde gestärkt.

²⁴¹ Boyd/ Veeder a.a.O. S. 211.

²⁴² Unter den von Boyd und Veeder (a.a.O., S. 212) erbrachten Nachweisen aus der Rechtsprechung diesbezüglich ist die Erklärung von Mr. Justice Bingham hervorzuheben, der in der Sache *Zermalt Holdings S.A. v. Nu-Life Upholstery Repair Ltd.* betont, dass das Gericht generell sein Möglichstes tut um Schiedsentscheide zu bestätigen und sein Augenmerk (nur) auf wesentliche Fehler richten soll.

c) Der 1975 Act - Implementierung des
UN-Übereinkommens über die
Anerkennung und Vollstreckung
ausländischer Schiedssprüche vom
10. Juni 1958

Der 1975 Act stellt die Umsetzung der New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards von 1958²⁴³ dar, insoweit ist die inhaltliche Regelung dieser maßgeblich und soll kurz dargestellt werden²⁴⁴.

Das Übereinkommen enumeriert die Gründe einem ausländischen Schiedsentscheid die Anerkennung zu versagen in Art. V abschließend. Fünf Gründe (Art. V Abs. 1. a-e) kommen dabei auf Antrag des Verteidigers in Frage, zwei (Art. V Abs. 2. a-b) auf Betreiben des Forumstaates, als Ausdruck der *ordre public*.²⁴⁵

²⁴³ Abgedruckt in SJZ 1961, S. 251 f.; ausführliche Übersicht über dessen Regelungen bei Haas in Weigand (Hsg.), S. 399 ff.

²⁴⁴ Die Behandlung des New Yorker Abkommens ist von besonderer Bedeutung, da alle drei, hier untersuchten Rechtsordnungen dieses ratifiziert haben und es somit zu einem bedeutenden Bestandteil des Vollstreckungsregimes für jeden dieser Staaten geworden ist. Mittlerweile ist es von über 140 Staaten ratifiziert worden und es kann somit zu Recht als „Erfolgsgeschichte unserer Zeit“ bezeichnet werden (so Glossner in FS Schütze, S. 221, 224).

²⁴⁵ Vergl. Quigley in YLJ 1961, S. 1049, 1066.

Da die New York Convention 1958 keine Regelungen bezüglich des anwendbaren substantiellen Rechts enthält, wird zum Teil angenommen, dass der *lex mercatoria* in diesem Zusammenhang keinerlei Bedeutung zukomme.²⁴⁶

Indes ist eine Anwendung der *lex mercatoria* vor allem unter Art. V Abs. 1.c) durchaus denkbar, wenn in der Anwendung der *lex mercatoria* eine Überschreitung der Schiedsgerichtscompetenz zu sehen wäre. Zumindest diskutabel im Hinblick auf die *lex mercatoria* erscheinen jedoch auch andere (d. und e.) Ablehnungstatbestände.²⁴⁷

So ist eine Versagung der Anerkennung nach Art. V Abs. 1. e) möglich, wenn der Schiedsentscheid von einem staatlichen Gericht aufgehoben wurde, weil er z.B. auf der Anwendung von *lex mercatoria* beruhte. Weiterhin könnte eine solche Anwendung einen Verfahrensfehler nach dem jeweils einschlägigen Verfahrensrecht darstellen (Art. V Abs. 1) d)). Ebenfalls einschlägig wäre möglicherweise ein Verstoß gegen Art. V Abs. 2 a) und b), wenn das Recht des Landes, in dem die Anerkennung bzw. Vollstreckung des

²⁴⁶ So van den Berg in YBCA 1984, S. 342.

²⁴⁷ Ausführlich hierzu Dasser, S. 354 ff.

Schiedsspruches beantragt wird, den Streitgegenstand einer Entscheidung durch Schiedsgerichte entzogen hat (a) oder eine Anwendung der *lex mercatoria* im Schiedsentscheid gegen die *ordre public* des jeweiligen Landes (b.) verstoßen würde.

Im einzelnen handelt es sich folglich um Fragen des jeweils anwendbaren, nationalen Rechts und dessen „Konzeption“ zur *lex mercatoria*. Damit wird die Rolle der Gerichte des Schiedsortes unterstrichen, deren Konzeptionen den Schiedsspruch bei seiner Anerkennung und Vollstreckung gewissermaßen „begleiten“ können. Dasser tendiert nach Analyse der wenig vorhandenen Gerichtsurteile auf diesem Gebiet dazu, der *lex mercatoria per se* keinen „vollstreckungshindernden“ Charakter im Rahmen des New Yorker Übereinkommens beizumessen.²⁴⁸

Dem ist zuzustimmen. Hierfür spricht u.a. die Tatsache, dass Art. V des New Yorker Übereinkommens von

²⁴⁸ Ders. S. 363; ähnlich Lando in ICLQ 1985 S. 747, 761, der die indirekte Vollstreckungs-hinderung durch Anwendung der *lex mercatoria* hervorhebt, wenn der Schiedsspruch nach dem anzuwendenden Verfahrensrecht ungültig ist und somit unter Art. V Abs.1) e) des New Yorker Übereinkommens fällt; eine Anwendung durch den Schiedsrichter stelle als solche aber keinen Grund dar, dem Schiedsspruch die Anerkennung nach dem New Yorker Übereinkommen zu versagen. Ebenso Haas in Weigand (Hsg.), S. 399, 503 f., Rdn. 52.

1958 eine relativ detaillierte Aufzählung über die Gründe der Versagung der Anerkennung liefert und die Anwendung von „anationalem“ Recht hierin nicht auftaucht. Sicher ist jedenfalls, dass sich aus der Formulierung des Art. V, keinerlei negative Wertung hinsichtlich der Anwendung anationalen Rechts entnehmen lässt. Auch spricht Art. V des Übereinkommens seinem Wortlaut nach für eine Anwendung der Versagensgründe nach freiem Ermessen des Gerichts, („recognition or enforcement of the award *may* be refused...“), sie sind folglich nicht zwingend.

Eine relativ neutrale Haltung des Art. V des Übereinkommens hinsichtlich der Anwendung anationalen Rechts im Schiedsverfahren ließe sich auch mit der Tatsache rechtfertigen, dass das Übereinkommen vornehmlich als Instrument der internationalen Staatenkooperation konzipiert ist und „nur“ Minimumstandards der Anerkennung beinhaltet. Diese Präsentation eines Grundkonsenses vermag keine konzeptionelle Eigenständigkeit gegenüber anationalem Recht zu erzeugen. Aus diesem Grund lässt sich aus der Übernahme der traditionellen Ansicht der nationalen Verwurzelung eines Schiedsspruchs im Land seines

Erlasses,²⁴⁹ auch kein zwingendes Indiz für eine ablehnende Haltung zur *lex mercatoria* entnehmen.

Der Stand der englischen Gesetzgebung hinsichtlich der hier interessierenden Aspekte ist bis zum Erlass des Arbitration Act 1996 im Wesentlichen skizziert worden. Im Folgenden soll Inhalt und Tragweite des letzteren untersucht werden.

2. Inspiration und Konzeption des Arbitration Act 1996

Dem Grunde nach ging es dem englischen Gesetzgeber darum, mit dem Arbitration Act von 1996 die Unzugänglichkeiten des englischen Schiedsrechtes zu überwinden. Diese äußerten sich insbesondere in dessen hoher, nur Spezialisten erschließbarer Subtilität sowie seiner Unübersichtlichkeit infolge struktureller Inkohärenz, die das Heranziehen konkreter Regeln zu einer bestimmten Fragestellung erschwerte.²⁵⁰

Mit dem Arbitration Act 1996 wurde erstmalig ein wahrhaft systematischer und verständlicher, rechtlicher

²⁴⁹ Giardina in FS Böckstiegel, S. 205, 213.

²⁵⁰ Mustill in RdA 1997, S. 29, 30; ebenso Maxwell, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Band 9, S. 315.

Rahmen für die Schiedsgerichtsbarkeit in Handelsstreitigkeiten in England erreicht²⁵¹.

Obwohl der Arbitration Act 1996 das 1985 von UNCITRAL verfasste Modellgesetz gerade nicht „übernehmen“ sollte,²⁵² wollte das neue englische Gesetz diesem jedoch in Sprache und Struktur so weit wie möglich ähneln um seine Zugänglichkeit für solche zu erhöhen, die mit dem Modellgesetz vertraut sind. Mit anderen Worten, es war beabsichtigt, dem englischen Schiedsrecht auf diesem Wege eine gewisse „Popularität“ zu sichern. Dabei wurde die Schaffung eines, alle Aspekte des Schiedsprozesses umfassendes Rahmenwerkes angestrebt²⁵³, wobei ein großer Teil der Vorschriften unter dem Vorbehalt einer anderslautenden Parteivereinbarung steht, um auf diesem Wege eine flexible und individuelle

²⁵¹ Park in Mealey's IAR 1998, S. 21, 22.

²⁵² So die Empfehlung des 1985 zur Erarbeitung eines neuen Schiedsrechtes berufene „Departmental Advisory Committee on Arbitration“ unter der Leitung von Lord Mustill; vergl. im einzelnen zu diesem Boyd/ Veeder in RdA 1991, S. 209, 218 – 221. Vielmehr empfahl das DAC ein neues Gesetz. Dieses sollte das gesamte englische Schiedsrecht umfassen und die gegenwärtigen Schiedsgesetze von 1950, 1975 und 1979 inkorporieren. Der Struktur des UNCITRAL Modellgesetzes sollte dabei weitgehend gefolgt werden. Vergl. i.e. Gumbel in ZfV 1994, S. 575, 577.

²⁵³ Hill in ICLQ 1997, S. 274 f.

Verfahrensgestaltung bei Bedarf zu ermöglichen²⁵⁴. Es blieb jedoch nicht bei einer bloßen Kodifizierung des bestehenden Rechts, vielmehr wurden einige Regelungen entgegen bestehender Rechtsprechung getroffen. Im Ganzen ging es darum „...to restate and improve the law relating to arbitration.“²⁵⁵

Der Arbitration Act ist in vier Teile aufgegliedert, von denen der erste wohl das Kernstück des Gesetzes darstellt. In diesem ersten Teil finden sich auch die hier allein interessierenden Regelungen über das von den Schiedsrichtern anzuwendende Recht, bzw. die Voraussetzungen bei der Wahl eines solchen durch die Parteien. Es gilt daher im Folgenden zu ermitteln, unter welchen Umständen *lex mercatoria* nach dem Arbitration Act angewendet werden kann, um auf diesem Wege darzulegen, welcher Status dieser in dem neuen Gesetz beigemessen wird.

Das Ergebnis dieser Untersuchung ist dabei mit der oben unter A. I.) angesprochenen Grundsatzdiskussion über die Qualität der *lex mercatoria* als solcher, also der

²⁵⁴ So führt etwa Shakleton (in AI 1997, S. 375) aus: „*the new English Arbitration Act freed commercial parties from national constraints of procedural law*“. S.a. Haas in ZZPInt, S. 409, 413 f., sowie section 4 (2.) Arbitration Act 1996.

²⁵⁵ Hill a.a.O.

Frage nach ihrer Legitimation, verknüpft. Wie bereits festgestellt, hängt diese insbesondere von Fragen der Rechtsquellenlehre ab. An dieser Stelle soll der Status des internationalen Handelsrechts aus der Perspektive der klassischen Rechtsquellenlehre untersucht werden. Würde ein im Grunde gleichrangiger Status von *lex mercatoria* mit einem staatlichen Recht festgestellt werden, ließe sich auf diesem Wege möglicherweise eine staatliche Legitimationswirkung für „nicht staatliches Recht“ begründen. Entscheidend sind hierfür die im aktuellen englischen Schiedsrecht geltenden Regelungen.

3. Anwendungsbereich und Begriff der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

Der Anwendungsbereich von Part I des Arbitration Act 1996 (welcher alle wesentlichen Regelungen des Schiedsverfahrens enthält) erstreckt sich zunächst auf alle Schiedsverfahren in deren Rahmen das Schiedsgericht seinen Sitz in England, Wales oder Nordirland hat (section 2 (1.)). Darüber hinaus sollen die sections 9-11 und section 66 gemäß section 2 (2.)(a) und (b) auch Anwendung finden, wenn der Sitz des Schiedsgerichts sich außerhalb o.g. Territorien befindet oder kein Sitz bestimmt wurde. England nimmt das

Territorialitätsprinzip als Grundlage der rechtlichen Lokalisierung des Schiedsverfahrens an und entspricht damit wohl der überwiegenden internationalen Auffassung. Damit wird der Vorstellung einer internationalen oder delokalisierten Schiedsgerichtsbarkeit in oben skizzierten Sinne eine Absage erteilt²⁵⁶. Der Arbitration Act 1996 nimmt im Übrigen keine Definition einer internationalen Schiedsgerichtsbarkeit vor²⁵⁷. Prinzipiell handelt es sich hierbei, in Kontrast zur „domestic arbitration“, um ein Schiedsverfahren, welches eines oder mehrere „fremde“ Elemente einbezieht²⁵⁸. Für die „domestic arbitration“ werden einige Abweichungen in Part II des Arbitration Act 1996 gemacht.

²⁵⁶ Siehe bereits *Naviera Amazonica Peruana v. Compania Internacional de Seguros del Peru, CA* vom 10 November 1987 in *YBCA* 1988, S. 156, 159; *Bank Mellat v. Helliniki Techniki S.A., CA*, in *The Law Reports, QB*, 1984, S. 291, 301.

²⁵⁷ Maxwell in Gottwald (Hsg.), S. 315.

²⁵⁸ So Hill in *ICLQ* 1997, S. 274, 276. Zwar wurde über eine gesonderte Behandlung von internationaler und interner Schiedsgerichtsbarkeit nachgedacht, praktisch hielt man eine sinnvolle Unterscheidung zwischen beiden aber für nicht durchführbar, das DAC verwies in diesem Zusammenhang auch auf Unbilligkeiten, welche eine solche Praxis mit sich bringen kann, vergl. a.a.O. auf S. 277.

II) Das anwendbare Recht in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit unter der Geltung des Arbitration Act 1996

1. Wahl als *lex causae*

Eine Rechtswahl im Schiedsprozess kann grundsätzlich drei Aspekte betreffen. Das Recht welchem die Schiedsklausel unterliegt, das Recht welches das Verfahren regelt, sowie das auf den Streitgegenstand selbst anzuwendende Recht. Die *lex mercatoria* in ihrer „Rolle“ als Normsystem wird nur im Zusammenhang mit dem Streitgegenstand diskutiert, als *lex causae* also. Hier von Interesse ist somit der Fall, in dem englisches Recht (der Arbitration Act 1996) als anwendbares Verfahrensrecht einschlägig ist. Die Regelungen des Verfahrensrechts bestimmen nämlich das Vorgehen der Parteien und des Schiedsgerichts bei der Bestimmung des anzuwendenden, materiellen Rechts im Schiedsverfahren selbst. Diese, im Verfahrensstatut getroffenen Wertungen, können aber auch im Rahmen der Überprüfung der Schiedssprüche durch die staatlichen Gerichte, vor allem auf der Ebene der Anerkennung und Vollstreckung, zum Tragen kommen.

Im Arbitration Act 1996 findet sich erstmals eine Regelung zu der Frage des im Schiedsverfahren anzuwendenden, materiellen Rechts in Section (46). Damit reiht sich England in diesem Punkt in die Gruppe zahlreicher anderer europäischer Nationen ein.²⁵⁹ Der im UNCITRAL Modell Law in Art. 28 Abs. 1²⁶⁰ behandelte Komplex des auf den Rechtsstreit anzuwendenden, materiellen Rechts, scheint eine Tendenz zur Gleichwertigkeit²⁶¹ von nicht-staatlichem und staatlichem Recht zu beinhalten. Dies kommt darin zum Ausdruck, dass Abs. 1 zunächst die von den Parteien gewählten „rules of law“ als die „anzuwendenden“ Regeln betrachtet. Im Rahmen dieses grundsätzlich anerkannten Primates der Parteiautonomie wird sodann aber eine Art Vermutung zu Gunsten staatlichen Rechts ausgesprochen. So besagt Abs. 1 S. 2

²⁵⁹ Hill in ICLQ 1997, S. 274, 298. In dieser Entwicklung zeigt sich, dass ein gewisses Umdenken auf staatlicher Seite bereits stattgefunden hat; hieraus lassen sich jedoch noch keine Schlüsse auf eine Bewertung des staatlicherseits zur Kenntnis genommenen, nicht-staatlichen Rechts im einzelnen ziehen.

²⁶⁰ Abgedruckt bei Mustill/ Boyd, Commercial Arbitration, Appendix III, S. 730, 738.

²⁶¹ Dennoch bleibt ein Übergewicht zu Gunsten staatlichen Rechts bestehen, denn Art. 28 Abs. 2 des Modellgesetzes bestimmt, dass im Falle eines Schweigens der Parteien ein Rückgriff auf die vom Schiedsgericht als anwendbar betrachtete conflict of law rules vorzunehmen ist, dies führt grundsätzlich zur Anwendung eines staatlichen Rechts.

des genannten Artikels, dass *„Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not its conflict of laws rules.“* Mangels eines anderweitig lautenden Willens soll eine Bestimmung staatlichen Rechts als direkter Verweis auf dieses aufgefasst werden, ohne den Umweg über dessen IPR einzuschlagen. Damit vollzieht Art. 28 Abs. 1 aber auch eine klare terminologische Grenzziehung hinsichtlich der Wahl von nicht-staatlichem (S.1) und staatlichem (S.2) Recht und ordnet diesen respektive die Begriffe „rules of law“ (S.1) und „the law“ (S.2) zu.

Diese begriffliche Zuordnung wird vom Arbitration Act 1996 aufgegriffen, erfährt aber eine andere inhaltliche Ausrichtung.

a) Die explizite Wahl

Section 46 des Arbitration act 1996 spricht eine Vermutung zu Gunsten staatlichen Rechts aus.²⁶² Dies wird dadurch erreicht, dass der in Art. 28 Abs. 1, S.2 Model Law verwendete Begriff „law“ nunmehr in der an Art. 28 Abs. 1, S.1 Model Law angelehnten Formulierung der section 46 (1.) (a) Arbitration Act 1996 erscheint. „*The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute*“.

In dieser Wortwahl von section 46 (1.) (a) spiegelt sich die Intention des Gesetzgebers wieder, staatliches Recht gewissermaßen als Standardvorgabe bei der Wahl des anzuwendenden Rechtssystems zu etablieren. Zu einer Aufnahme des weiten Begriffes der „rules of law“ im Sinne des UNCITRAL Model Law kam es nicht, stattdessen werden in section 46 (1.) (b), im Falle einer diesbezüglichen Parteivereinbarung, nur „*other considerations as are agreed by them (the parties) or determined by the tribunal*“ als Entscheidungsgrundlage zugelassen. Der Arbitration Act 1996 nimmt damit eine relativ pauschale Kategorisierung des anwendbaren Rechts vor, staatliches

²⁶² Shakleton, AI 1997, S. 375, 376.

Recht oder „other considerations“, womit alles, was nicht „Recht“ ist (non-law) erfasst werden sollte.²⁶³ Jegliche Differenzierung, insbesondere die im Model Law in Art. 28 Abs. IV proklamierte Berücksichtigung internationaler Handelsbräuche (trade usages) oder eines Entscheides nach Billigkeit (Art. 28 Abs. 3) bleibt im Rahmen der section 46 des Arbitration Act 1996 vollkommen aus²⁶⁴. Wesentliche Folge hiervon ist, dass sämtliche Fragen die sich anhand der lex mercatoria herausbilden könnten, keine Fragen des anwendbaren „Rechts“ sind. Eine explizite Wahl von lex mercatoria ist folglich keine mögliche „Rechtswahl“, lex mercatoria ist nicht „Recht“ im Sinne des Gesetzes.

Zwar werden auch Fragen des ausländischen Rechts nur als Tatsachenfragen aufgefasst,²⁶⁵ die Handelsbräuche, Praktiken, Regelungen von Verbänden und allgemeine

²⁶³ Shakleton, a.a.O., S. 378.

²⁶⁴ Trotzdem sei erwähnt, dass zumindest nach common law Handelsbräuche bei der Entscheidung berücksichtigt werden, soweit diese nicht dem Vertragstext widersprechen. Vergl. i.e.(etwa mit Anforderungen an den Beweis eines Brauchs) Triebel/Hodgson/ Kellenter/Müller, S. 43, Rdn. 44.

²⁶⁵ Reymond in RdA 1997, S. 45, 55; s.a. section 82 (1.) Arbitration Act 1996.

Rechtsprinzipien etc.²⁶⁶ in ihrer Qualität dem (nicht englischen) staatlichen Recht insofern also scheinbar gleichgestellt. Hieraus lässt sich jedoch keine Wertung des englischen Gesetzgebers dahingehend ausmachen, *lex mercatoria* als ein, den staatlichen Rechtssystemen vergleichbares, Normensystem anzuerkennen oder diesen anzunähern²⁶⁷. Section 46 (1) (b) trägt dabei lediglich der besonderen Rolle der Parteiautonomie im Schiedsverfahren Rechnung. Die Tatsache, dass *lex mercatoria* hierdurch zwar als von den Parteien wählbares Regelsystem bewertet wird, kann mittlerweile nur als zeitgemäßer Standard unter den Schiedsordnungen beurteilt werden,²⁶⁸ eine Erwähnung

²⁶⁶ Zu der Frage ob der Begriff der *lex mercatoria* jedwedes nichtstaatliches Recht umfasst bzw. was i.e. hierunter zu verstehen ist, s.o. unter B. I.) 1.) a).

²⁶⁷ Vielmehr soll nur sichergestellt werden, dass englische Gerichte bei der Überprüfung eines ausländischen Schiedsspruchs nicht in eine Prüfung der ordnungsgemäßen Rechtsanwendung seitens des Schiedsgerichts einsteigen, vergl. Dicey & Morris I, S. 622 f., Rdn. 16-071.

²⁶⁸ So alle Länder die Art. 28 I des UNCITRAL Model Law übernommen haben oder sich der englischen Referenz an nationales Recht angeschlossen haben, vergl. die Nachweise bei Shakleton, AI 1997, S. 375, 381 f. dort v.a. in Fn. 21.

Der Autor zählt auch eine Reihe von Ländern auf, die weiter gehen als die Genannten und dem Schiedsrichter eine größere Freiheit bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts einräumen, hervorgehoben wird insbesondere der Indian Arbitration and Conciliation Act 1996.

im Sinne besonderer Fortschrittlichkeit kann dies indes nicht (mehr) hervorrufen.²⁶⁹

Vielmehr bemisst sich eine derartige „Fortschrittlichkeit“ anhand der dem Schiedsgericht eingeräumten Freiräume bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts für den Fall, dass die Parteien keine ausdrückliche oder überhaupt keine Abrede diesbezüglich getroffen haben.

b) Die implizite Wahl²⁷⁰

Eine implizite Wahl nicht staatlichen Rechts im internationalen Schiedsverfahren ist im Rahmen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit grundsätzlich möglich. So wurde etwa die Vereinbarung eines internationalen Handelsschiedsgerichts schon als

²⁶⁹ Vielmehr ist der Verzicht auf die Übernahme der Formulierung des Art. 28 IV Model Law, nach welcher „usages of the trade“ in allen Fällen zu berücksichtigen sind im internationalen Vergleich beinahe als rückständig zu bewerten, vergl. nur Art. 1492 des französischen NCPC und § 1051 Abs. IV ZPO.

²⁷⁰ Die Frage nach einer „impliziten“ Wahl von *lex mercatoria* ließe sich gleichwohl auch unter dem Aspekt der „fehlenden Rechtswahl“ oder der Anweisung an das Schiedsgericht als „*amiable compositeur*“ zu entscheiden diskutieren. Dies wird zwangsläufig in dem jeweiligen Kontext zu beurteilen sein, weswegen an dieser Stelle nur die grundsätzlichen Aspekte einer „impliziten Wahl“ angesprochen werden sollen.

stillschweigende Wahl einer *lex mercatoria* bewertet.²⁷¹ Dabei wurde das bloße Schweigen der Parteien schon ohne nähere Begründung als implizite Wahl gedeutet²⁷², während anderen Orts zumindest eine Begründung dieses Entschlusses seitens des Schiedsrichters erfolgte.²⁷³ Ebenso ist eine stillschweigende Wahl der *lex mercatoria* anzunehmen, wenn beide Parteien auf deren Grundlage argumentieren²⁷⁴ und damit ein sogenannter „accord de fait“ seitens der Parteien vorliegt.

²⁷¹ Carbonneau in CJTL 1985, S. 579, 597 ; s.a. Sentence rendue dans l'affaire no.1641 en 1969, JDI 1974, S. 888 f., kommentiert von Yves Derains.

²⁷² So in der in voriger Fn. genannten Schiedsentscheidung no. 1641 von 1969. Zweifelhaft ist allerdings der Schluss von einer bloßen Nichtwahl auf einen Willen zur Anwendung von *lex mercatoria*, ohne jegliche Indizien. Diese stillschweigende Vermutung des Parteiwillens wird auch unter dem Stichwort der „negativen Rechtswahl“ diskutiert.

²⁷³ Sentence rendue dans l'affaire no. 1512 en 1971, JDI 1974, S. 904 ff., 909 und 910, ebenfalls kommentiert von Yves Derains. In diesem Fall genügte es dem Schiedsrichter festzustellen, dass die internationalen Handelsbräuche und allgemeinen Rechtsgrundsätze auf die er sich berief, den beiden im Fall involvierten nationalen Rechtsordnungen inhaltlich nicht fremd sind.

²⁷⁴ Kommentar von Yves Derains zum Schiedsentscheid no. 2438 en 1975, JDI 1976, S. 969, 971. Im entschiedenen Fall ging es zwar um ein nationales (spanisches) Recht, indem das Schiedsgericht aber eingangs die Frage aufwirft ob ein staatliches Recht anzuwenden ist (und wenn ja welches), erkennt es damit die Existenz einer insoweit „gleichwertigen“ Alternative in Form der *lex mercatoria*, an. Damit lässt sich die getroffene Aussage

Auch existieren Fälle, in denen für einen bestimmten Aspekt eines Vertrages eine Schiedsklausel vereinbart wurde und das Verfahren bereits im Gange ist, dann aber ein neuer, im Zusammenhang mit dem Vertrag aufkommender Streit, welcher nicht unter die Klausel fällt aufkommt. Eine stillschweigende Akzeptanz seitens der Parteien ersetzt hier die an sich fehlende Befugnis des Schiedsrichters in diesem Punkt (ebenfalls) bindende Entscheidungen zu treffen.²⁷⁵ Eine vereinbarte Wahl von anationalem Recht müsste sich dann auch auf den neuen Streit erstrecken. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch die jeweilige Formulierung der Rechtswahlklausel.

Da der Fall einer expliziten Verweisung auf *lex mercatoria* unproblematisch ist, (vergl. soeben unter a)), ist eine implizite Anwendung dieser auch dann geboten, wenn Formulierungen wie „allgemeine Rechtsgrundsätze“, „Handelsgewohnheitsrecht“ oder „international trade usages“ verwendet werden. Wenngleich noch kein allgemein verbindlicher Begriff der *lex mercatoria* existiert, sind dies doch anerkannte

zum „accord de fait“ der Parteien wohl auch auf diese übertragen.
Vergl. Derains a.a.O..

²⁷⁵ Mustill/ Boyd, *Commercial Arbitration*, S. 133.

Synonyme bzw. Bestandteile einer solchen, deren Verwendung auf eine Anwendung von *lex mercatoria* schließen lässt.²⁷⁶

Im englischen Schiedsrecht galt bisher der Grundsatz der „closest and most real connection“²⁷⁷. Anhand der den Parteien und der Transaktion am nächsten stehenden Rechtsordnungen sollte der Parteiwille objektiv ermittelt werden²⁷⁸. Fragwürdig erscheint nunmehr, ob solche Kriterien angesichts des Wortlautes von section 46. des Arbitration Act 1996 noch erforderlich sein werden. So sieht section 46. (3) für den Fall der nicht explizit getroffenen Wahl vor, „...*the tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.*“ Wie bereits erwähnt, ist „law“ als staatliches Recht aufzufassen. Damit hat sich der Arbitration Act 1996 eindeutig zu Gunsten des

²⁷⁶ Hingegen sind die Bezeichnungen als „*amiable compositeur*“ oder „*ex aequo et bono*“ zu entscheiden nicht automatisch mit einer Entscheidung nach *lex mercatoria* gleichzusetzen, vergl. dazu sogleich unter dd). Gemeinsamkeit besteht hierbei nur insoweit, als beide die Anwendbarkeit staatlichen Rechts begrifflich grundsätzlich ausschließen.

²⁷⁷ Mustill/ Boyd, Commercial Arbitration, S. 71.

²⁷⁸ Vergl. zu dieser Vorgehensweise die Entscheidung der King's Bench Division in der Sache *Norske Atlas Insurance Company Ltd. v. London General Insurance Company Ltd.*, LLLR 1927, Vol. 28, S. 104, 107.

klassischen Lösungsansatzes über das IPR entschieden²⁷⁹ und der Idee, dass internationale Handelsgeschäfte nach speziellen, auf dieser Ebene entstandenen Regeln beurteilt werden könnten, eine ausdrückliche Absage erteilt.²⁸⁰ Vor diesem Hintergrund müsste eine implizite Wahl von *lex mercatoria* nach dem Arbitration Act 1996 unwirksam bzw. nicht zulässig sein. Ohne implizite Anknüpfungsmöglichkeiten hat dies wohl erst Recht zu gelten.

2. Fehlende Rechtswahl

Haben die Parteien keine Rechtswahl getroffen, war in England die Rechtsprechung des Court of Appeal in der Sache „Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH v. Ras Al Khaimah National Oil Co“²⁸¹ bisher

²⁷⁹ In diesem Zusammenhang lässt sich die Aussage Crofts in IL 1982, S. 613, 623 erwähnen: „One should note that no rule of conflict of laws of any country permits a „renvoi“ to a non-national legal standard such as *lex mercatoria*.“ Ausnahme hierzu stellt wohl Art. 1496 CPC dar, i.e. hierzu im zweiten Kapitel.

²⁸⁰ Shakleton in AI 1997, S. 375, 379; Söderlund in AI 2004 (No. 1), S. 73, 82.

²⁸¹ Im folgenden mit *DST v Raknoc* abgekürzt; ALLER 1987, CA, S. 769 ff.. Diese Rechtsprechung ist insbesondere im Zusammenhang mit der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche relevant (dazu unten unter 2. b)), aber auch für den hier interessierenden Aspekt enthält sie wichtige Aussagen.

wichtigste Leitlinie²⁸². Die Entscheidung soll im folgenden analysiert werden und kurz mit der wenig später ergangenen Entscheidung des Court of Appeal in der Sache „Home and Overseas Insurance Co. Ltd. v. Mentor Insurance Co. Ltd.“ verglichen werden, um ihre Aussage sodann anhand der nunmehr vom Arbitration Act 1996 vorgegebenen Wertung zu messen.

a) Entscheidungsfindung im Fall DST
v. Raknoc

Die Richter des Court of Appeal sahen sich folgendem (vereinfacht dargestellten) Sachverhalt gegenüber: DST und Raknoc schlossen einen Vertrag über die Förderung von Öl, welcher eine Schiedsklausel zugunsten eines ICC Schiedsverfahrens enthielt. Der Klage von DST wurde vom in Genf sitzenden Schiedsgericht und in Abwesenheit von Raknoc stattgegeben. Die Schiedsrichter gründeten ihre Entscheidung auf *lex mercatoria* Regeln, ohne das eine ausdrückliche Ermächtigung seitens der Parteien hierzu vorlag. Raknoc hingegen erhielt eine positive Entscheidung des Gerichts in Ras Al Khaima hinsichtlich der

²⁸² Boyd und Veeder sprechen in diesem Zusammenhang von der „*décision la plus remarquable*“, vergl. in RdA 1991, S. 209, 241.

Unwirksamkeit des Vertrages und Schadensersatz, DST nahm hieran ebenfalls nicht Teil. DST beantragte nunmehr Anerkennung und Vollstreckung des Genfer Schiedsurteils in England.

Drei zentrale Fragen wurden hierbei vor dem Court of Appeal diskutiert:

Zunächst berief sich Raknoc auf das, die Unwirksamkeit des Vertrages feststellende Urteil. In diesem Zusammenhang wurde angeführt, dass das von den Parteien implizit gewählte Recht das Recht von Ras Al Khaima gewesen wäre, nach dem der Vertrag unwirksam war. Außerdem stellte sich die Frage nach der Geltung des Urteils in England. Drittens und letztens ging es um die Frage, ob die Wahl der Schiedsrichter, auf den Sachverhalt die „internationally accepted principles of law governing contractual relations“ anzuwenden nicht gegen die englische public policy verstößt.

Die erste Frage läuft auf die Unabhängigkeit der „clause compromissoire“ von dem Vertrag selbst hinaus. Richter Donaldson führt dazu aus, „ *that an arbitration agreement constitutes a self-contained contract, collateral or ancillary to the substantive agreement and that it need not be*

*governed by the same law as that agreement.*²⁸³ Dies drücke sich auch in der den Parteien als bekannt unterstellten ICC-Bestimmung aus (Art. 8 (4) 1975)), nach welcher die Kompetenz des Schiedsrichters, trotz Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Vertrages bestehen bleibt, solange er die Gültigkeit der Schiedsklausel für sich beanspruchen kann.

Dem zu Folge, kam es letztlich auf die vom Gericht in Ras Al Khaima zugrunde gelegte Rechtswahl nicht entscheidend an. Dennoch wurde festgestellt dass diese auch nicht zutreffend gewesen sei.²⁸⁴ Im Übrigen wurde auch die Entscheidung des Gerichts von Ras Al Khaima gemäß Art. 32 (1) (a) des Civil Jurisdiction and Judgements Act 1982 in England nicht anerkannt, da das Anrufen des dortigen Gerichts einen Bruch der Schiedsvereinbarung darstellte, welche weit genug war, alle aufkommenden Streitpunkte („matters in dispute“) zu erfassen.²⁸⁵

Für die Bestimmung der Gültigkeit, einer von dem Schiedsgericht getroffenen Wahl von „principles of international law“ als dem anzuwendenden Recht, legte

²⁸³ ALLER 1987, CA, S. 769, 774.

²⁸⁴ Vergl. Boyds/ Veeder, RdA 1991, S. 209, 242 f..

²⁸⁵ ALLER 1987, CA, S. 769, 775.

der Court of Appeal drei zu beantwortende Fragen zu Grunde: Beabsichtigten die Parteien durchsetzbare Rechte und Pflichten untereinander zu begründen, ist die getroffene Vereinbarung hinreichend bestimmt um einen rechtlich durchsetzbaren Vertrag zu begründen, widerspräche es der öffentlichen Ordnung, einen solchen Schiedsentscheid für vollstreckbar zu erklären?²⁸⁶ Diese drei Prämissen lassen sich auf folgenden Gedankengang zurückführen:

aa) Der traditionelle
Standpunkt der englischen
Rechtsprechung

Richter Donaldson setzte sich zunächst mit der diesbezüglich einschlägigen Rechtsprechung auseinander. Diese war ursprünglich durch drei bedeutende Entscheidungen gekennzeichnet, welche den traditionellen Standpunkt der englischen Rechtsprechung hinsichtlich eines extensiven richterlichen Überwachens und Eingreifens in Schiedsangelegenheiten reflektierten²⁸⁷. Er stellte dabei fest, dass in der Entscheidung *Orion Cia Espanola de*

²⁸⁶ A.a.O. S. 779.

²⁸⁷ Rivkin in AI 1993, S. 67, 73.

Seguros v. Belfort Maatschappij voor Algemene Verzekering²⁸⁸ sowie der Entscheidung Czarnikow v. Roth Schmidt²⁸⁹ die Richter davon ausgingen, dass Schiedsrichter grundsätzlich gehalten sind ein festes und anerkanntes Rechtssystem anzuwenden und die Überwachung seitens der englischen Gerichtsbarkeit es ausschlieÙe, dass eine Rechtsfrage anhand eines „außerrechtlichen Kriteriums“ entschieden werde²⁹⁰. In erstgenannter Entscheidung (Orion v. Belfort) begann die Schiedsklausel dahingehend, dass *„The arbitrators and Umpire are relieved from all judicial formalities and may abstain from following the strict rules of the law. They shall settle any dispute under this agreement according to an equitable rather than a strictly legal interpretation of its terms and their decisions shall be final and not subject to appeal.“* Eine ähnliche Formulierung fand sich auch in der Klausel in dem Fall Maritime Insurance Company Ltd. v. Assecuranz Union.²⁹¹ Dort wurde in vergleichbarem Sinne

²⁸⁸ Orion v. Belfort, Lloyd's List Reports 2, 1962, S. 257 ff.

²⁸⁹ ALLER 2, 1922, KB, S. 478 ff.

²⁹⁰ Orion v. Belfort in Lloyd's List Reports 2, 1962, S. 257, 264; Czarnikow v. Roth Schmidt in ALLER 2, 1922, KB, S. 478, 488 und 491 wo sich die Richter v.a. gegen eine vereinbarte Abdingung ihrer Zuständigkeit zur Entscheidung über Fragen des englischen Rechts aussprachen.

²⁹¹ Lloyd's List Reports 52, 1935, S. 16 –20.

entschieden: Eine solche Klausel könne nicht die Wirkung haben, dass Erfordernis englisches Recht in einer Entscheidung eines englischen Schiedsgerichts anzuwenden, zu beeinträchtigen, soweit die Beurteilung des Sachverhalts ergebe, dass die Parteien dieses als anzuwendendes Recht bestimmen wollten.²⁹² Beide Entscheidungen schließen aber prinzipiell nicht die Möglichkeit aus, in einem Schiedsverfahren ein „andersartiges“ Rechtssystem als Entscheidungsgrundlage zu bestimmen. Gleiches gilt für die Derogation von bestimmten Rechtsvorschriften, soweit die Parteien hierzu übereinkommen und sie sich dabei in den Grenzen der öffentlichen Ordnung befinden.²⁹³ Der völlige Ausschluss eines staatlichen

²⁹² Vergl. Lloyd's List Reports 52, 1935, S. 16, 20. Die Beurteilung ergab sich hier aus der Tatsache, dass das Schiedsverfahren in London stattfinden sollte, woraus Richter Goddard schloss, dass damit nur die Anwendung englischen Rechts gewollt sein konnte. Das englische Recht räumt der *lex fori* Regel eine vergleichsweise große Bedeutung ein, vergl. Yu in JIA 2002, S. 209, 210 f.

²⁹³ Richter Megaw in *Orion v. Belfort*, Lloyd's List Reports 2, 1962, S. 257, 264. Allerdings erklärt er sodann ausdrücklich, dass keine Parteivereinbarung eine Kontrolle der englischen Gerichte über Fragen des englischen Rechts abdingen oder in etwas anderes umdeuten könne, vergl. a.a.O., S. 264 und 265. Dies jedenfalls solange die englischen Gerichte eine „statutory supervisory jurisdiction“ innehaben. Im zu entscheidenden Fall wurde das Rechtsmittel von Belfort daher auch nur mit der Begründung abgelehnt, dass keine substantielle Frage des

Rechtssystems wird nach genannten Entscheidungen jedoch nicht für möglich erachtet.

Dem gemäß kam Richter Megaw in der Sache *Orion v. Belfort*²⁹⁴ zu dem Schluss, dass der ihm vorliegende Fall nicht den genannten Wertungen entspreche. Aus der Tatsache, dass Parteien einem Dritten aufgeben über ihren Vertrag zu „urteilen,“ indem sie in ihrem Vertrag bestimmen, dass die Rechte und Verpflichtungen (aus diesem) nicht im Einklang mit dem Recht, sondern von anderen, nicht-rechtlichen Kriterien bewertet werden sollen, nämlich nach dem was der Schiedsrichter als „fair and reasonable“ erkennt - gleich ob dies in Einklang mit dem Recht steht oder nicht - folgte er, dass sie ihrem Vertrag keine rechtliche Wirkung („legal effect“) beimessen wollten und somit kein Vertrag (im Rechtssinne) existieren würde.²⁹⁵ Diese Argumentation entspringt einer positivistischen Rechtsauffassung. Sie

englischen Rechts dargelegt wurde, (vergl. S. 265 f.) damit kam es zu keinerlei Anerkenntnis eines wie auch immer gearteten „extra-legal criterions“.

²⁹⁴ A.a.O..

²⁹⁵ *Orion v. Belfort*, Lloyd's List Reports 2, 1962, S. 257, 264. Dies steht zudem in Einklang mit der Auffassung des House of Lords im *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Ins. Co.*, 3 WLR 1983, S. 241, 249 H, wonach Verträge lediglich Papierstücke ohne rechtliche Wirkung seien, solange sie nicht unter Bezugnahme auf ein (staatliches) Rechtssystem geschlossen worden sind.

stützt sich auf die Vorgabe, „*that the force of the obligation in a contract comes from the force of the legal system that creates the obligation*“.²⁹⁶ Somit kann die bindende Kraft eines Vertrages nur darauf zurück zu führen sein, dass staatliche Autorität dem Parteiwillen diese Wirkung zukommen lässt, per se wäre dieser Wille also ohne rechtliche Erheblichkeit.

bb) Neuorientierung in der
englischen Rechtsprechung

Aus voranstehenden Ausführungen resultieren die beiden ersten, von Donaldson im Fall DST v. Raknoc genannten, Kriterien.

Es ist jedoch fraglich, ob die Parteien mit der Bestimmung eines Schiedsrichters, der das aus seiner Sicht anwendbare Rechtssystem anzuwenden habe, tatsächlich ihre Vereinbarung außerhalb der Rechtsordnung ansiedeln wollten. Schon die Tatsache dass die Parteien ihren „Streit“ vor einem hierfür bestellten Spruchkörper auszutragen gewillt sind, lässt vermuten, dass sie Rechte geltend machen wollen bzw.

²⁹⁶ Einen Überblick über die Aspekte der positivistischen Konzeption in Bezug auf die lex mercatoria gibt Medwig in LPIB 1992, S. 589, 602 f..

sich unter bestimmten Bedingungen verpflichten wollten. Wie bereits ausführlich dargestellt, dient die Wahl eines Schiedsverfahrens den Parteien in erster Linie dazu, eine, der Internationalität des Sachverhalts Rechnung tragende, Streitlösung zu erhalten²⁹⁷, nicht jedoch um ihren Vereinbarungen den verpflichtenden Charakter zu nehmen. Dadurch wird auch nicht ein zu Grunde gelegtes positivistisches Rechtsverständnis beeinträchtigt. Allein aus diesem heraus lässt sich o.g. Argumentation jedoch nicht rechtfertigen. Zu Recht wurde diese Rechtsprechung im Falle einer vergleichbaren Klausel daher revidiert.²⁹⁸ So führt Lord Denning in *Eagle Star Ins. v. Yuval* aus, dass eine solche Klausel „*does not oust the jurisdiction of the Courts*“. Sie hebt lediglich die Technizität und strikten Konstruktionen (des staatlichen Rechts) auf und findet ihre Grenzen allein in der öffentlichen Ordnung. Indem er sich hierbei ausdrücklich auf die Möglichkeit der Parteien, das Schiedsgericht von Zwängen staatlichen Rechts zu entbinden beruft,²⁹⁹ macht er deutlich, dass er dies nicht

²⁹⁷ Lowenfeld in “*Lex mercatoria and arbitration*”, S. 71, 75.

²⁹⁸ *Eagle Star Insurance Co Ltd. v. Yuval Insurance Co Ltd.*, Lloyd’s Reports 1, 1978, S. 357, 362.

²⁹⁹ Aus der Entscheidung *Czarnikow v. Roth Schmidt & Co*, ALLER 2, 1922, KB, S. 478 ff. ergibt sich, dass ein Schiedsgericht

als eine Lokalisierung des Streites außerhalb der Rechtsordnung bewertet. Nach seinem Judiz verstößt eine derartige Klausel daher auch nicht gegen die public policy, da die Parteien damit nicht den Ausschluss der englischen Gerichtsbarkeit bezweckten.³⁰⁰

Aus vorstehend skizzierter Entwicklung folgten die oben genannten und der Entscheidung DST v. Raknoc zugrunde gelegten Maximen. Diese für verwirklicht ansehend, sah Donaldson in DST v. Raknoc ebenfalls keinen Grund, einen solchen, auf lex mercatoria gestützten Schiedsentscheid aufzuheben.³⁰¹ Folglich wurde die Wahl anationalen Rechts durch das Schiedsgericht in einem internationalen Schiedsverfahren als insoweit vereinbar mit der

grundsätzlich nach abweichenden Kriterien entscheiden darf, solange dabei nicht die Möglichkeit ausgeschlossen wird, den Entscheid der Kontrolle durch die staatlichen Gerichte zu entziehen. Ein solcher Ausschluss der Kontrolle staatlicher Gerichtsbarkeit wäre unvereinbar mit der public policy, vergl. a.a.O. S. 488.

³⁰⁰ Lord Denning ist sich dabei bewusst, dass durch seine Entscheidung die Kontrolle der englischen Gerichte in Form der „case stated procedure“ erschwert wird, erachtet dies aber als positiv für die Händlergemeinschaft, vergl. Eagle Star v. Yuval, Lloyd’s Reports 1, 1978, S. 357, 362. Mit dem Arbitration Act 1979 wurde diese „procedure“ in ihrer damaligen Form ohnehin abgeschafft.

³⁰¹ DST v. Raknoc, 2 ALLER 1987, S. 769, 779.

englischen Rechtsordnung befunden³⁰² und der Schiedsspruch anerkannt. Im Zusammenhang mit dieser „neueren“ Rechtsprechung vollzog sich somit ein „*dramatic shift in English posture (towards extra-legal criteria)*“³⁰³

b) Der Fall „Home and Overseas
Insurance Co. Ltd. v. Mentor
Insurance Co. Ltd.“³⁰⁴

Etwa 1 ½ Jahre später erließ der Court of Appeal die vorstehende Entscheidung, welche ebenfalls die Gültigkeit einer Schiedsklausel behandelt und deren Erheblichkeit in Bezug auf DST v. Raknoc kurz untersucht werden soll.

Der Court of Appeal offenbarte hier Differenzen unter den zur Entscheidung berufenen Richtern. Richter

³⁰² In 3, WLR 1988, S. 230 ff. gab das House of Lord zwar dem appeal statt. Dies erfolgte jedoch auf völlig anderer Grundlage (es ging um eine Forderung der Raknoc an die Shell International Petroleum Co. welche von DST zur Befriedigung ihrer Forderungen gegenüber Raknoc in Anspruch genommen werden sollte), sodass hiervon keinerlei Auswirkung, insbesondere inhaltlicher Art, auf die Vollstreckbarkeitsentscheidung des Court of Appeal's ausgehen konnte, vergl. Rivkin, AI 1993, S. 67, 76. Eine Übersicht zum Ablauf des Rechtstreits im einzelnen gibt Kappus in IPRax 1990, S. 133-135.

³⁰³ Rivkin in AI 1993, S. 67, 76.

³⁰⁴ 1 W.L.R. 1990, C.A., S. 153 ff..

Parker L.J. gab zu erkennen, dass er die Position des Klägeranwalts, einer Klausel, welche Schiedsrichter von einer Entscheidung nach „Recht“ zu Gunsten einer Entscheidung nach eigenen Fairnessgrundsätzen befreie, als ungültig anzusehen, ohne Zögern akzeptiere.³⁰⁵ Gleichzeitig hob er hervor, dass die Schiedsklausel im Sachverhalt nicht mit jener der Entscheidung *Eagle Star Ins. v. Yuval*³⁰⁶ vergleichbar sei. Damit dürfte er auch eine Relevanz hinsichtlich *DST v. Raknoc* nicht erkennen, da sich Richter Donaldson dort auch auf die Entscheidung *Eagle Star Ins. v. Yuval* bezog.

Richter Lloyd L.J. sieht dagegen grundsätzlich keine Einwände in der Heranziehung eines Schiedsrichters zur Entscheidung nach Regeln anationalen Ursprungs. Auf den konkreten Fall bezogen führt er aus, dass ein Schiedsrichter, ebenso wie ein staatlicher Richter, den Vorgaben der Parteien bei der Lösung von Zweideutigkeiten im Rahmen des Vertrages, (nämlich den Zweck der Rückversicherung bei der Bestimmung

³⁰⁵ *Home and Overseas v. Mentor Ins.* , 1 W.L.R. 1990, C.A., S. 153, 161.

³⁰⁶ In welcher Lord Denning keine Bedenken gegen eine Klausel, welche den Schiedsrichter von der strikten Anwendung staatlichen Rechts befreie, erkannte, vergl. zuvor unter a), bb).

der Rechte der Parteien zu berücksichtigen) Rechnung tragen könne.

Er zieht hierzu auch die Aussage der Entscheidung DST v. Raknoc heran und führt aus, dass es keinen Unterschied für die Vereinbarkeit einer solchen Klausel mit der englischen Rechtsordnung machen dürfe, ob sie im Rahmen der Anerkennung eines ausländischen oder eines englischen Entscheides zu bewerten ist.³⁰⁷ Dieser Ansatz ließe sich als Votum für eine Eigenständigkeit internationaler Bewertungsgrundlagen verstehen, da hier auf eine stereotype Klassifizierung in die eine oder andere nationale Rechtsordnung verzichtet wird. Weiterhin hält Richter Lloyd L.J., im Gegensatz zu Richter Parker, die zu Grunde liegende Klausel auch für vergleichbar mit jener in Eagle Star Insurance. v. Yuval.³⁰⁸ Die Positionen beider Richter sind in diesem Punkt also diametral entgegengesetzt.³⁰⁹

Eine Vergleichbarkeit ist jedenfalls darin zu sehen, dass beide Klauseln die Frage berühren, inwiefern Schiedsrichter eine Entscheidung unter Ausschluss der

³⁰⁷ Home and Overseas Ins. v. Mentor Ins., 1, W.L.R. 1990, S. 153, 166 f..

³⁰⁸ A.a.O. S. 163 f..

³⁰⁹ Diese Beobachtung macht Bentil in JBL 1992, S. 26, 35; er selbst hält die Klauseln ebenfalls für vergleichbar.

Anwendung eines staatlich anerkannten Rechts erlassen dürfen. Dabei mag sich eine Unsicherheit in der englischen Rechtsprechung hinsichtlich ihres diesbezüglichen Standpunkts aus der uneinheitlichen Argumentation der beiden Richter ergeben.³¹⁰ Zu dieser Frage existiert ein eindeutiger inhaltlicher Kontext in der Rechtsprechung letztlich aber allein hinsichtlich der Entscheidungslinie *Eagle Star Ins. v. Yuval*, *DST v. Raknoc* und der Argumentation *Lloyds L.J. in Home Overseas Ins. v. Mentor Ins.*. Insofern müssten diese als maßgebende Präzedenzlinie angesehen werden. Die Auffassung *Parkers L.J.* in letztgenannter Entscheidung relativiert sich insofern, sowie aufgrund der Tatsache, dass er eine Anknüpfung an die *Eagle Star Ins.* Rechtsprechung mangels Vergleichbarkeit der Klauseln ablehnte. Eine erhebliche Abweichung zum Fall *DST v. Raknoc* ist danach nicht festzustellen. Gleichfalls lässt sich erkennen, dass die *DST v. Raknoc* Rechtsprechung nicht unumstritten ist. Von Bedeutung für deren zukünftige „Anwendbarkeit“ ist auch die gesetzliche Wertung des *Arbitration Act 1996*.

³¹⁰ So *Bentil* a.a.O. S. 35.

c) DST v. Raknoc im Lichte des
Arbitration Act 1996

Wenngleich es sich bei der DST v. Raknoc Entscheidung um die Anerkennung eines Schiedsspruches handelte und keine Entscheidung über die Sache selbst,³¹¹ spiegelt sich hierin eine relativ liberale Haltung der Richter hinsichtlich einer Anwendung von lex mercatoria wieder. Faktisch billigte der Court of Appeal die Anwendung von lex mercatoria ohne explizite Wahl durch die Parteien. Vor dem Hintergrund der bis dato bestehenden Rechtsprechung ergibt sich damit, dass die Ermächtigung des Schiedsgerichts, das anzuwendende Recht nach seinem Ermessen zu bestimmen, weder zu einer Negation der rechtlichen Gültigkeit der Parteivereinbarung, noch zu einem Verstoß gegen die englische public policy führen konnte.

Nach section 46 (3.) Arbitration Act 1996 wäre eine solche Anwendung seitens des Schiedsgerichts wohl nicht haltbar. Wäre ein englisches Gericht mit einer Prüfung dieser Frage³¹² betraut, würde eine Berufung auf

³¹¹ Im übrigen regelten auch die ICC-Regeln das Verfahren, nicht etwa englisches Recht.

³¹² Näher hierzu sogleich unter IV.).

die in *DST v. Raknoc* zum Ausdruck gekommenen Ansichten zur Anwendung einer *lex mercatoria* wohl auf einen Verstoß gegen section 46. hinauslaufen.³¹³ Im Falle fehlender Rechtswahl ist danach grundsätzlich staatliches Recht anzuwenden.³¹⁴

Damit bedeutet der Arbitration Act in dieser Hinsicht eine Rückentwicklung vom Standpunkt einer liberalen Rechtsanwendung im internationalen Handelsverkehr aus gesehen. Den Kritikern von *DST v. Raknoc*³¹⁵

³¹³ Boyd/ Veeder in *RdA* 1991, S. 210, 246 vermieden jegliche Prognose diesbezüglich; in diesem Sinne jedoch Ajibola in *FS Böckstiegel*, S. 1, 10, dort Fn. 29. Für ihn hat section 46 den positiven Effekt, nunmehr jegliche Ungewissheit des englischen Rechts hinsichtlich der Anwendung nicht staatlichen Rechts beseitigt zu haben. Er nimmt hierbei die oben untersuchte Entscheidung *DST v. Raknoc* ausdrücklich in Bezug.

³¹⁴ So auch Hill in *ICLQ* 1997, S.274, 303, der sich dabei an den Formulierungen von Art. 28 (2) *UNCITRAL Model Law* und section 46 (3) *Arbitration Act* orientiert; Craig/Park/Paulsson, S. 337 f. halten dies für alleinig richtig im Rahmen von ICC-Entscheiden und argumentieren, dass ICC Schiedsrichter sich „schädlich“ verhalten wenn sie ohne explizite Wahl der Parteien *lex mercatoria* anwenden.

³¹⁵ Vergl. Johan Steyn in *YBCA* 1983, S. 3, 25 der unterstreicht, dass nach englischem Schiedsrecht Streitigkeiten grundsätzlich mit „settled legal principles“ vereinbar sein müssen, womit er insbesondere den Entscheid nach „ex aequo et bono“ bzw. als „amiable compositur“ ausschließt. In Fn. 48 kritisiert er dabei konkret die Entscheidung *Eagle Star v. Yuval Insurance*, auf die sich *DST v. Raknoc*, wie gezeigt, zurückführen lässt. Es bleibt anzumerken, dass die Vertreter einer *lex mercatoria* diese gerade nicht mit dem Entscheid als „amiable compositur“ gleichsetzen und die Polarisierung von Steyn insoweit unpräzise ist, als sie

hingegen wird hierdurch Genugtuung zuteil. Offen bleibt aber, inwieweit sich die englischen Gerichte im Falle einer Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen von der vorgegebenen Klassifizierung der section 46 Arbitration Act 1996 leiten lassen³¹⁶.

3. Lex mercatoria und „amiable composition“³¹⁷

Ist das Schiedsgericht aufgefordert als „amiable compositeur“ zu entscheiden, bedeutet dies prinzipiell, dass es durch die Parteien von einer strikten Anwendung (staatlichen) Rechts befreit würde,³¹⁸ im allgemeinen wird dies als Entscheidung nach Billigkeit

diesen Aspekt ignoriert. Lord Mustill (FS Lord Wilberforce S.149,172) bemüht sich der Entscheidung DST v Raknoc ihre Schärfe hinsichtlich der Diskussion um die Anwendung einer lex mercatoria zu nehmen, indem er hervorhebt, dass in dieser nicht englisches Recht als lex arbitri zur Anwendung kam. Vor allem die Frage nach der Anwendbarkeit von lex mercatoria nach englischem Recht, bei fehlender expliziter Rechtswahl seitens der Parteien, spielte keine entscheidende Rolle. Im Ergebnis ebenso Hill in ICLQ 1997, S. 274, 302 f.

³¹⁶ Siehe hierzu sogleich die Ausführungen zu section 66 Arbitration Act 1996 unter III., 1.), c), aa).

³¹⁷ Gleichzusetzen sind die Begriffe “ex aequo et bono” , “Billigkeit”, “amiable composition”

³¹⁸ Craig/ Park/ Paulsson, S. 624; Redfern/ Hunter, S. 127: „Arbitrators may be required to settle a dispute by determining it on the basis of what is fair and reasonable rather than on the basis of law“.

verstanden.³¹⁹ Eine Befreiung von der Anwendung staatlichen Rechts kann zunächst verschiedene inhaltliche Graduierungen erfahren. Dies führt dazu, dass einem Verweis auf Billigkeit auch unterschiedliche Funktionen zugesprochen werden können.

So kann dieser die Ignorierung jeglicher staatlicher Rechtsregeln beinhalten, nur das Außerachtlassen besonders formalistischer bzw. im Einzelfall unfair erscheinender staatlicher Normen bedeuten oder schließlich auf eine Entscheidung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen hinweisen.³²⁰

In diesem Sinne wendeten Schiedsrichter, welche von den Parteien zur Entscheidung als „*amiables compositeurs*“ ermächtigt wurden, *lex mercatoria* auf den ihnen vorgelegten Sachverhalt an.³²¹ Hieraus zu folgern, dass beide gleich zu setzen sind, würde auf den Standpunkt hinauslaufen, dass *lex mercatoria* mit den

³¹⁹ Dasser, S. 147; Spickhoff in *RabelsZ* 1992, S. 117, 127 und 134.

³²⁰ Redfern/ Hunter, S. 127 f.

³²¹ Ad hoc award of November 3, 1977, YBCA 1982, S. 77, 79; ICC award no. 3267, June 14, 1979, in YBCA 1982, S. 96, 97 f.; ICC award no. 3540, October 3, 1980, YBCA 1982, S. 124, 127; in allen Entscheidungen trafen die Parteien keine oder keine eindeutigen Aussagen zum anwendbaren Recht, es bestand lediglich der Auftrag an das Schiedsgericht als „*amiables compositeurs*“ zu entscheiden.

persönlichen Einschätzungen der Schiedsrichter hinsichtlich der Frage was im konkreten Einzelfall „fair and reasonable“ ist, identisch wäre.³²² Diese Konzeption widerspricht der Auffassung von einer *lex mercatoria* als „Recht des Welthandels“,³²³ welches jenseits der staatlichen Rechtssysteme auf internationale Handelsbeziehungen Anwendung finde.³²⁴ Vielmehr soll gerade zwischen einem Entscheid nach *lex mercatoria* und einem Entscheid nach Billigkeit ein grundlegender Unterschied bestehen³²⁵. Während eine Entscheidung als „*amiable compositeur*“ den Fall in seiner Einmaligkeit beurteilt, erhebt das Schiedsgericht, welches nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen (als Element der *lex mercatoria*) entscheidet, die Rechtsfrage in das typisch Allgemeine und wendet die Regel an, die es als

³²² So wohl Spickhoff in *RabelsZ* 1992, S. 117, 134 f..

³²³ Grundlegend hierzu Clive M. Schmitthoff in *RabelsZ* 1964, S. 47 ff..

³²⁴ Vergl. die Diskussion bei Kappus, *Lex mercatoria in Europa und Wiener UN-Kaufrechtskonvention* 1980, S. 69 f.;

³²⁵ Selbst *lex mercatoria* – kritische Autoren (Mustill/ Boyd, S. 81 f.) gehen nicht davon aus, dass beide Konzepte mit einander vereinbar sind, mit der Begründung, dass der Schiedsrichter „...*will not be permitted to give any effect at all to his own ideas of what is just and equitable, even if he finds, that the lex mercatoria produces a result with which he does not agree.*“

Gesetzgeber aufstellen würde.³²⁶ Die anzuwendende Rechtsnorm wird hierbei durch rechtsvergleichendes Arbeiten ermittelt.

Eine Entscheidung nach *lex mercatoria* ist also keine Entscheidung nach Billigkeit. Dies entspricht wohl der international überwiegenden Auffassung und spiegelt sich nicht zuletzt auch in der entsprechenden Differenzierung im Rahmen des Art. 28 UNCITRAL Modellgesetz wieder. Umgekehrt kann ein Schiedsgericht, welches von den Parteien als „*amiable compositeur*“ zu entscheiden beauftragt wurde aber allgemeine Rechtsgrundsätze zur Anwendung bringen.³²⁷

Begründen lässt sich dies mit dem simplen Schluss, dass der Schiedsrichter, der das Mandat zur Billigkeitsentscheidung erhielt, von jeglicher Rechtsanwendung befreit wurde. Eine „Freiheit“, die nicht ausschließt, dennoch einige Rechtsgrundsätze zur Entscheidungsfindung heranzuziehen.³²⁸

³²⁶ Von Hoffmann in FS Kegel, S. 215, 232; Berger in IPRax 1993, S. 281, 285.

³²⁷ Allgemein anerkannt, vergl. Berger a.a.O. m.w.N..

³²⁸ Im deutschen Schrifttum wird hieraus teilweise der Schluss gezogen, dass eine Entscheidung nach *lex mercatoria* stets eine Entscheidung nach Billigkeit voraussetze, vergl. nur von Bar, IPR I, S. 87, Rdn. 85. Dazu i.e. im 3. Teil, 2. Kapitel, A.).

Die Reichweite der Befugnis nach Billigkeit zu entscheiden, hängt vom Willen der Parteien und dem jeweils anwendbaren Verfahrensrecht ab. Englisches Recht, in Gestalt des Arbitration Act 1996, sieht hierfür in section 46. (1) (b) allerdings eine Gleichsetzung mit *lex mercatoria* vor, indem es mit der Formulierung „...*such other considerations*..“ kategorisch jedwedes nicht staatliches Recht als „eins“ ansieht³²⁹. Damit kommt eine gegenüber der Anerkennung einer *lex mercatoria* als Rechtssystem abweisende Haltung des englischen Rechts zu Tage. Es zeigt sich, dass sich die Frage, was unter einer Entscheidung als „*amiable compositeur*“ zu richten verstanden werden darf, erneut auf das Verständnis internationaler Handelsbräuche und allgemeiner Rechtsgrundsätze als Rechtssystem zurückführen lässt. Verweigert man diesen nach herkömmlicher Betrachtung bzw. Rechtsquellenverständnis einen normativen Charakter, bedeuten sie nichts anderes, als nach freiem „Gerechtigkeitsermessen,“ also Billigkeit, zu entscheiden. Mögen auch die Grenzen zwischen beiden oftmals verschwimmen, ist dennoch nicht einzusehen,

³²⁹ In diesem Sinne wohl auch Maxwell in Weigand (Hsg.), S. 628 f., Rdn. 189 und 190.

den rechtsvergleichenden Prozess des Schiedsrichters bei der Ermittlung anwendbarer Normen mit einer reinen Fairnessentscheidung gleichzusetzen. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass der Arbitration Act 1996 auch in diesem Punkt eine klare Richtungsentscheidung getroffen hat und den universalen Anspruch staatlichen Rechts als maßgebliches Kriterium im internationalen Geschäftsverkehr untermauert. Konsequenterweise hat der Arbitration Act 1996 bewusst auch nicht die Vorgabe des UNCITRAL Model Law übernommen, nach der das Schiedsgericht in jedem Falle internationale Handelsbräuche zu berücksichtigen habe. Dies würde die Gefahr bergen, das von den Parteien bestimmte Recht zu missachten.³³⁰

³³⁰ Harris/ Planterose / Tecks, S. 187, Rdn. 46 G. Vor dem Hintergrund des Primats der Parteiautonomie im Arbitration Act 1996 stimmen die Autoren dieser Regelung zu.

III) Rechtsanwendungskontrolle von Schiedsentscheiden nach dem Arbitration Act 1996

1. Einwirkungsmöglichkeiten im Rahmen
des Schiedsverfahrens und Aufhebung
eines Entscheides nach englischem
Verfahrensrecht

Wie aus dem bisher gesagten hervorgeht, steht die Englische (Schieds-)rechtsordnung den internationalen Handelsbräuchen als Rechtssystem zurückhaltend gegenüber. So verwundert es nicht, dass die englischen Gerichte grundsätzlich auch eine Überwachung über das Wirken der Schiedsrichter favorisieren, „*english view is generally founded on the belief in judicial supervision of arbitrators*“.³³¹

Anhand welcher konkreten Vorschriften des Arbitration Acts 1996 die englischen Gerichte Einfluss auf das Schiedsverfahren und die Wirksamkeit des Entscheides nehmen können soll nun erörtert werden. Dies wird vornehmlich unter dem Aspekt des auf den Sachverhalt

³³¹ Carbonneau in CJTL 1984, S. 579, 583; Lowenfeld in „Lex mercatoria and arbitration“, S. 71, 72; dies kommt deutlich in der Entscheidung Czarnikow v. Roth Schmidt KB 1922, S. 478, 488 zum Ausdruck.

anwendbaren Rechts zu untersuchen sein. Vorab soll der Gegenstand der Kontrolle, der Schiedsspruch, kurz konkretisiert werden.

a) Begriff des „internationalen“

Schiedsspruchs

Es ist darauf hinzuweisen, dass eine Differenzierung zwischen inländischen und ausländischen Schiedsentscheiden im Rahmen der Vollstreckung nicht durchgeführt wird. Dies wird durch section 2. (2.)(b) des Arbitration Act 1996 klargelegt. Ein gesondertes Regime für internationale Schiedsverfahren oder Schiedssprüche existiert nach dem Verständnis des Arbitration Act 1996 ebenfalls nicht. In Übereinstimmung mit dem Anwendungsbereich des Arbitration Act 1996 (hierzu oben unter B.), I.), 3.)) sollen unter „internationalem“ Schiedsspruch hier daher diejenigen verstanden werden, welche im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit erlassen wurden. Die in diesem Zusammenhang ebenfalls diskutierten

Begrifflichkeiten, welche uneinheitlich verwandt werden, sollen hier außen vor bleiben³³².

Die Nichtberücksichtigung internationaler Schiedssprüche im Rahmen von Anerkennung, Aufhebung und Vollstreckung von Schiedssprüchen kann zu der Situation führen, dass ein Schiedsspruch, der aus einem in England stattfindenden Schiedsverfahren mit Auslandsbezug, also einem internationalen Schiedsverfahren, hervorgeht, in England vollstreckt werden soll. Dieser internationale Schiedsspruch hat dann aber den allgemein geltenden Regeln über die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen zu unterliegen, womit der Internationalität eines zugrundeliegenden Sachverhalts nicht gesondert Rechnung getragen werden kann³³³. Die Vorteile, welche eine einheitlich anwendbare Regelung auszeichnen mögen, könnten durch unangemessene Kontrollbefugnisse der nationalen Gerichte im Rahmen internationaler Schiedsverfahren daher überlagert

³³² Vergl. zu diesen Rensmann, S. 31 f., der auf ein Begriffsspektrum über delokalisierte, denationalisierte, transnationale, supranationale oder staatenlose, Schiedssprüche hinweist.

³³³ Hiervon ausgenommen sind die Schiedssprüche, welche internationalen Übereinkommen (etwa dem New Yorker Übereinkommen von 1958) unterliegen.

werden. Im Folgenden sollen diese Befugnisse untersucht werden.

- b) Einwirkungsmöglichkeiten
englischer Gerichte im
Schiedsverfahren
 - aa) Allgemeine
Assistenzfunktion

Nach den sections 42 bis 44 Arbitration Act 1996 obliegen den englischen Gerichten grundsätzlich vergleichbare Möglichkeiten der Koordinierung des Schiedsverfahrens durch Erlass gerichtlicher Verfügungen wie im Rahmen staatlicher Verfahren (vergl. section 42). Dies betrifft vor allem die Erteilung von Anordnungen in Bezug auf Zeugen und Beweisaufnahme (sections 43 und 44). Die Parteien können diese Befugnisse des Gerichts jedoch durch Vereinbarung ausschließen. Staatliche Verfahrensabläufe können damit optional zur Gestaltung des schiedsrichterlichen Verfahrens verwendet werden.

bb) Section 45 – Preliminary
point of law

Section 45 des Arbitration Act 1996 regelt die Voraussetzungen unter denen ein englisches Gericht im Rahmen des Verfahrens hinsichtlich auftretender Rechtsfragen intervenieren kann.

So ist es auf Antrag einer Partei (und Anzeige an die andere Partei) dem Gericht gestattet, jedwede Rechtsfrage zu klären, von deren substanzieller Auswirkung auf die Rechte der Parteien das Gericht überzeugt ist, (section 45 (1)). In diesem Zusammenhang wäre es denkbar, dass rechtliche Fragen im Rahmen der Anwendung von *lex mercatoria* auftreten und durch eine Partei zur Entscheidung durch ein englisches Gericht „vorgelegt“ werden.

Allerdings bestimmt section 82 (1.) Arbitration Acts 1996, dass im Rahmen desselben unter einer „question of law“ nur Fragen des Rechts von England, Wales oder Nordirland (je nach dem welches Gericht angerufen wurde) zu verstehen sind. Unabhängig davon welche Qualität man einer *lex mercatoria* beimessen möchte, kann sie folglich unter keinen Umständen Gegenstand einer Anwendung von section 45 Arbitration Act 1996 sein.

Anderweitige Möglichkeiten der Einflussnahme während des Schiedsverfahrens (sections 42 –45) betreffen nicht mehr die Frage des anzuwendenden Rechts. Es handelt sich hierbei vornehmlich um die Gewährleistung prozessualer Grundsätze des englischen Rechts durch die englischen Gerichte.³³⁴

c) Aufhebung eines Entscheides nach
englischem Verfahrensrecht

aa) Allgemeines

Die sections 66 bis 71 des Arbitration Acts 1996 betreffen grundsätzlich die Kontrolle der Gerichte hinsichtlich eines Schiedsspruches, bzw. dessen Vollstreckung.³³⁵ Allerdings findet section 66 auch Anwendung auf „ausländische Entscheide“, d.h. Entscheide eines Schiedsgerichts mit Sitz außerhalb Englands (vergl. section 2 (2.) (b)).³³⁶ Das Gesetz differenziert im Übrigen zwischen einer Anfechtung des

³³⁴ So etwa das Erscheinen von Zeugen im Prozess in section 43, welche zudem nicht dispositiv ist sondern gemäß Schedule I als zwingende Vorschrift des Gesetzes anzusehen ist.

³³⁵ Gemeint sind solche Schiedssprüche, die von einem Schiedsgericht mit Sitz in England erlassen wurden, vergl. section 2 (1.) des Arbitration Act 1996.

³³⁶ Zum Verhältnis der Regelungsbereiche der section 66 und der sections 99-104 bezüglich „ausländischer Schiedssprüche“ siehe sogleich unter 2.), c).

Schiedsspruchs (section 67 und 68) und einem „appeal“ zum High Court (section 69).

Ausgangspunkt ist der Grundsatz der section 66 (1.), der festschreibt, dass ein Schiedsentscheid grundsätzlich wie ein „normales“ Urteil vollzogen werden kann.³³⁷ An dieser Stelle kann die unterlegene Partei Verteidigungsmaßnahmen nach section 66 (3.) ergreifen. So soll ein Vollzug nicht möglich sein, wenn dem Schiedsgericht die „substantive jurisdiction“ zum Erlass des Entscheides fehlte. Dies stellt zugleich auch einen Anfechtungsgrund nach section 67 Arbitration Act 1996 dar, so dass eine Abgrenzung im dortigen Kontext erfolgen soll. Zu beachten ist allerdings, dass section 66 nicht abschließend ist. Section 66 (1.) Arbitration Act 1996 räumt dem Gericht ein Ermessen bei der Erteilung der Vollstreckbarkeit ein, so dass auch andere Gründe durch das Gericht herangezogen werden könnten. An dieser Stelle wäre etwa Raum, die Entscheidung *DST v. Raknoc* einfließen zu lassen, bzw. die Wertung der section 46 zu berücksichtigen. Hier bleibt die Entwicklung abzuwarten. Allein die nach section 66 (3.) benannten Gründe führen aber, bei ihrem Vorliegen, zu

³³⁷ Konkret bestimmt section 66 (2.): „Where leave (of the Court) is so given, judgement may be entered in terms of the award.“

einer ermessengebundenen Ablehnung der Vollstreckbarkeit³³⁸. Daneben sieht der Arbitration Act 1996 in section 68 weitere Möglichkeiten der Aufhebung eines Schiedsspruches vor, bei denen das anwendbare Recht eine Rolle spielen kann. Damit stellt der Arbitration Act 1996 ein in erster Linie auf den sections 67 und 68 beruhendes Sanktionensystem bereit, welches zumindest auch auf Verstöße gegen section 46 desselben Gesetzes zugeschnitten ist. Zu beachten ist, dass trotz einer starken Stellung der Parteiautonomie in dem Gesetz, die Vorschriften der sections 66, 67 und 68 zwingender Natur sind (vergl. schedule I zum Arbitration Act 1996). Ebenfalls zu beachten ist, dass die Parteien, soweit sie auf Antrag den Entscheid anfechten möchten, dem möglichst umgehend nach zu kommen haben, da nach section 73 dieses Recht ansonsten durch Zeitablauf „verfällt“. Des Weiteren gilt es auch, die von section 70 vorgenommenen Anforderungen bei der Anwendung der sections 66, 67 oder 68 zu berücksichtigen. Dabei erscheint insbesondere section 70 (3.) Arbitration Act 1996 beachtenswert, nach der eine Präklusionsfrist von 28

³³⁸ Haas in ZZPInt 1997, S. 409, 431.

Tagen, gerechnet vom Datum des Erlasses des Schiedsspruchs an, für die Vornahme der in den genannten Vorschriften vorgesehenen Rechtsmittel oder Handlungen festgelegt wird.

bb) Section 67 - Anfechtung wegen fehlender „substantive jurisdiction“

Eine Anfechtung auf Grund mangelnder „substantive jurisdiction“ des Schiedsgerichts, ließe sich dahingehend konstruieren, dass das Schiedsgericht, entgegen oder ohne den Willen der Parteien, den Rechtsstreit nach einem anderen „Recht“ entschieden hat, als von den Parteien gemäß section 46 gewünscht. Damit hätte sich das Schiedsgericht über den Willen der Parteien hinweggesetzt und insofern außerhalb seiner durch die Schiedsklausel festgelegten Kompetenz agiert. Der Term „substantive jurisdiction“ umfasst gemäß section 82 (1.)(b) in Verbindung mit section 30 (1.)(a-c) des Arbitration Acts 1996 jedoch nur die Beurteilung der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung, die ordnungsgemäße Zusammensetzung des Schiedsgerichts und die, gemäß der Schiedsvereinbarung zur Entscheidung durch ein Schiedsgericht unterbreiteten Angelegenheiten. Letztlich sollen dabei also in erster

Linie Fragen der sogenannten Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts erfasst werden, wobei diese Fragen durch Parteivereinbarung auch an ein staatliches Gericht delegiert werden können, womit der zwingende Charakter der Vorschrift für diesen Fall bedeutungslos wäre³³⁹. Ohne parteiliche Abdingung stellt sich aber die Frage, welche Überschreitung der Grenzen der Schiedsvereinbarung von section 67 (1.)(a) erfasst werden sollen und welche als Verfahrensfehler gemäß section 68 (2.)(b) geahndet werden müssen. Dies ist insbesondere hinsichtlich der höheren Tatbestandsanforderungen der section 68, sowie der unterschiedlichen Rechtsfolgen die beide Vorschriften vorsehen von Bedeutung³⁴⁰. Die Formulierung nach section 30 (1.)(c) sowie der Titel des übergeordneten Abschnitts („jurisdiction of the arbitral tribunal“) suggerieren dabei, dass nur ein Verstoß gegen Vorgaben der Schiedsvereinbarung über den zur Entscheidung unterbreiteten Streitgegenstand nach section 67 geahndet werden sollen. Verstößt das Schiedsgericht innerhalb dieses Rahmens aber gegen inhaltliche

³³⁹ Poudret/ Besson, S. 775, Rdn. 795.

³⁴⁰ Haas in ZZPInt 1997, S. 409, 430. Vergl. die Rechtsfolgen in section 67 (3.) und 68 (3.) Arbitration Act 1996.

Vorgaben, etwa die durch die Parteien festgelegten Entscheidungsmaßstäbe, läge wohl eine „serious irregularity in the proceedings“ gemäß section 68 (2.) (b) vor. So verstanden macht auch das zusätzlich von der Vorschrift (section 68) verlangte Merkmal des „substantiiellen Unrechts“ Sinn. Nur besonders schwere Verstöße innerhalb der Entscheidungsphase sollen geahndet werden, wohingegen ein Befinden über einen nicht der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfenen Aspekt von vorneherein ein „Unrecht“ darstellt.

Grundsätzlich kann im Rahmen der section 67 also die Frage des anwendbaren Rechts keine eigenständige Bedeutung erlangen und hinsichtlich der rechtlichen Qualität einer *lex mercatoria* lassen sich keine Aussagen hieraus ableiten. Eine darüber hinausgehende Auslegung der Vorschrift widerspräche der Systematik des Arbitration Act 1996 bezüglich des Verhältnisses zwischen section 67 (1.) und section 68 (2.) (b) ³⁴¹. Beide sollen nach dem Wortlaut von section 68 (2.) (b) exklusiv nebeneinander stehen.³⁴² Würde also einem

³⁴¹ So Hill in ICLQ 1997, S. 274, 303 (s.dort auch Fn. 130); Harris/ Planterose/ Tecks, S. 250, Rdn. 68 B. ordnen dies der section 67 zu.

³⁴² Diese Unterscheidung ist auch von Relevanz im Hinblick auf die jeweiligen Rechtsfolgen in section 67 (3.) und section 68 (3.).

Schiedsgericht im Rahmen der Schiedsvereinbarung ausdrücklich aufgegeben, dass anwendbare, materielle Recht zu bestimmen und setzt es sich dann über die von section 46 getroffene Wertentscheidung hinweg, überschreitet es seine Kompetenzen zunächst sowohl hinsichtlich section 67 in Verbindung mit section 30 (1.) (c), als auch gemäß section 68 (2.) (b). Nach vorstehenden Ausführungen müsste hier section 68 (2.) (b) wohl vorrangig anzuwenden sein.

cc) Section 68 - Anfechtung wegen
"serious irregularity"

Section 68 (2.) des Arbitration Acts 1996 sieht einen Katalog von neun Situationen vor, deren Vorliegen eine „serious irregularity“ im Sinne von section 68 indiziert, soweit dem Anfechtenden/ Antragsteller hierdurch wesentliche Ungerechtigkeit (substantial injustice) zu Teil wird.

Eine solche „serious irregularity“ könnte etwa vorliegen, wenn das Schiedsgericht in Abwesenheit einer expliziten

Erstere gestatten dem Gericht sogar den Schiedsspruch inhaltlich zu modifizieren („vary the award“), letztere trägt der Autonomie des Schiedsgerichts Rechnung, indem vorrangig eine Rückverweisung an dieses vorgesehen ist und nur im Falle der Unangemessenheit eine Aufhebung des Entscheides in Betracht kommt.

Wahl der Parteien *lex mercatoria* anwendet.³⁴³ Denkbar ist dies anhand der Tatbestände (b), (c) und (g) der section 68 (2.).

α Section 68 (2.) (b)

Section 68 (2.) (b) beträfe danach den Fall, dass das Schiedsgericht mit einer Anwendung von *lex mercatoria* (ohne ausdrückliche Wahl durch die Parteien) seine Kompetenzen überschreitet. Nach section 46 (3.) ist das Schiedsgericht im Falle des Fehlens einer Rechtswahl gehalten, „staatliches“ Recht nach der einschlägigen Kollisionsnorm anzuwenden. Die Kompetenz eines Schiedsgerichts bestimmt sich aus der Schiedsklausel, also einem Willensakt der Parteien.³⁴⁴ Liegt ein solcher im Hinblick auf das anzuwendende Recht nicht vor und wendet das Schiedsgericht dennoch ein nicht „staatliches“ Recht an, überschreitet es seine Kompetenz, so die Konsequenz der von section 46 (3.) getroffenen Regelung. Gleiches müsste auch für eine Abweichung von einer entsprechenden

³⁴³ Vergl. Shakleton, AI 1997, S. 375, 386.

³⁴⁴ Die Zuständigkeit wird durch den Vertrag der Parteien begründet im Sinne einer Unterwerfungserklärung, vergl. Weise, *Lex mercatoria*, S. 34.

Parteivereinbarung gelten³⁴⁵. Der weitgefasste Wortlaut der Vorschrift lässt eine solche Deutung ohne Weiteres zu. Da section 68 (2.) (b) ausdrücklich andere Überschreitungen der eigenen Befugnis erfassen soll als solche, die eine substantive jurisdiction des Schiedsgerichts betreffen (siehe oben unter bb)), ist eine unterbliebene Rechtswahl seitens der Parteien und eine diesbezüglich „falsche“ Rechtsanwendung durch das Schiedsgericht im Rahmen dieser Vorschrift geltend zu machen. Zuzüglich ist noch erforderlich, dass durch eine derartige Wahl des Schiedsgerichts, der anfechtenden Partei im konkreten Fall ein wesentliches Unrecht widerfahren ist oder würde. Eine Wahl von *lex mercatoria* vermag dies wohl nicht für sich gesehen erzeugen, entscheidend sind hier die Umstände des Falles. Angesichts der grundsätzlich sehr reservierten Haltung englischer Gerichte gegenüber nichtstaatlichem Recht bleibt zu hoffen, dass eine *lex mercatoria* Anwendung aus Sicht des englischen Rechts nicht per se als „ungerecht“ eingestuft wird. Für den Fall, dass das

³⁴⁵ Park, in Mealey's IAR 1998, S. 21, 28 hält einen excess of power sowohl bei einer Nichtbeachtung von Vorschriften des Arbitration Acts 1996 selbst, als auch bei vertraglichen Vereinbarungen (z.B. über das anzuwendende Recht) für möglich.

englische Recht zu einer anderen Lösung eines, nach *lex mercatoria* Regeln behandelten Falles gelangen würde, ist eine Einstufung als „substantial injustice“ jedoch nicht auszuschließen.

β section 68 (2.)(c)

Section 68 (2.)(c) Arbitration Act 1996 nennt als Fall der „serious irregularity“ das Nichtbefolgen der von den Parteien vereinbarten Verfahrensweise durch das Schiedsgericht. Theoretisch wäre im Falle einer *lex mercatoria* Anwendung auch ein Verstoß gegen Verfahrensvorschriften denkbar, welche von den Parteien zur Festlegung des schiedsrichterlichen Verfahrens bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts festgelegt wurden. Ein solcher Fall müsste grundsätzlich jedoch auch eine Kompetenzüberschreitung nach section 68 (2.)(b) darstellen (soeben unter α).

Eine Abgrenzung des Anwendungsbereichs beider Tatbestände scheint nur sinnvoll, wenn man unter einen „excess of power“ im Sinne der Alternative (2.)(b) allein Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften des Arbitration Acts 1996 fasst, Verstöße gegen Parteivereinbarungen

hingegen unter (2.)(c) subsumiert. Hierfür ergibt sich allerdings kein Hinweis aus dem Gesetzestext und auf Grund der parallelen Voraussetzungen ist diese Unterscheidung auch nicht von besonderer Relevanz.

γ section 68 (2.) (g)

Section 68 (2.) (g) beinhaltet die public policy exception. Eine Anwendung von *lex mercatoria* (ohne ausdrückliche Wahl der Parteien), müsste, um eine *serious irregularity* im Sinne der Vorschrift zu begründen, einen Verstoß gegen die englische öffentliche Ordnung darstellen. Public policy ist Ausdruck der Kernkonzeption eines Staates bezüglich des seiner Rechtsordnung zu Grunde liegenden Wertesystems, „it should be invoked in clear cases in which the harm to the public is substantially incontestable.“³⁴⁶ Die Anwendung praxisorientierter Regeln des internationalen Handels auf einen internationalen Sachverhalt vermag dies nicht zu erfüllen, zumal durch eine Anwendung von *lex mercatoria* die Gerichtsbarkeit der englischen Gerichte

³⁴⁶ Dicey/ Morris, *The Conflict of Laws*, Vol. I, S. 81, Rdn. 5-003.

nicht grundsätzlich aufgehoben wird.³⁴⁷ Im Übrigen gilt auf internationaler Ebene ein liberalerer Begriff von public policy. Die sogenannte international public policy richtet ihr Augenmerk eher auf ein allgemeineres „public interest of honesty and fair dealing“.³⁴⁸

dd) Section 69 – „Appeal on point of law“

Section 69 betrifft die Appellation gegen einen Schiedsspruch wegen Rechtsfehlern. Gemäß section 82 muss es sich hierbei um Rechtsfehler bei der Anwendung eines Rechts von Großbritannien (mit Ausnahme von Schottland) handeln. Unter 2.) a) aa) wurde bereits festgestellt, dass Fragen des ausländischen Rechts nach englischem Recht als Tatsachenfragen zu bewerten sind. Ein Appellationsgrund gemäß section 69 im Rahmen einer (fehlerhaften) Anwendung von *lex mercatoria* Regeln, ist hiernach, sowie nach dem im Arbitration Act 1996 zu Grunde gelegten Verständnis von „law“ nicht denkbar.

³⁴⁷ *Eagle Star Insurance v. Yuval Insurance*, Lloyds Reports 1, 1978, S. 357, 362; Donaldson schließt sich dieser Auffassung in *DST v. Raknoc* vorbehaltlos an, vergl. *AllER* 2, 1987, S. 769, 779; zur Einflussmöglichkeit der englischen Gerichte siehe i. ü. die vorangehenden Ausführungen.

³⁴⁸ Redfern/ Hunter, S. 432.

Unabhängig davon, stellt section 69 sicher einen beträchtlichen Eingriff³⁴⁹ in die Autonomie des Schiedsgerichts bei der Entscheidungsfindung dar, was der Attraktivität Englands als Schiedsort nicht förderlich sein wird.³⁵⁰ Allerdings ist section 69 abdingbar,³⁵¹ ihre Wirkung wird somit der Parteiautonomie unterstellt. Dabei wird bereits eine Vereinbarung der Parteien, nach welcher der Schiedsspruch nicht mit einer Begründung versehen werden soll, als Ausschluss der section 69 angesehen³⁵². Eine derart eingeräumte Möglichkeit des Verzichts auf die inhaltliche Überprüfung der Rechtsanwendung kommt der Finalität des Schiedsspruchs entgegen³⁵³ und wird folglich auf positive Reaktionen im Bereich der (internationalen) Wirtschaft stoßen³⁵⁴. Im Übrigen sind auch die

³⁴⁹ Allerdings sind die Voraussetzungen eines solchen zu beachten, vergl. section 69 (3.), 70 (2.) und (3.) sowie 82.

³⁵⁰ So Reymond in RdA 1997, S. 46, 65; die selben Bedenken äußern Harris/ Planterose/ Tecks, S. 254, Rdn. 69 c.

³⁵¹ Sie ist von den „mandatory provisions“ in schedule I ausgenommen.

³⁵² Vergl. Section 69 (1.), Satz 2 Arbitration Act 1996.

³⁵³ Dies entspricht auch dem von dem House of Lords propagierten Grundsatz der Finalität des Schiedsspruchs, welcher nur in Ausnahmefällen einer Kontrolle durch staatliche Gerichte unterliegen soll (vergl. House of Lords, Pioneer Shipping Ltd. v. B.T.P. Tioxide Ltd., The Nema in The Law Reports 1982, Appeal Cases, S. 724 ff.).

³⁵⁴ So Park in Mealey TAR 1998, S. 21, 27.

Anforderungen an einen derartigen „appeal“ durch die Absätze 2-4 der section 69 sehr präzise, so dass ein übermäßiger Gebrauch dieses Tatbestandes wohl nicht wahrscheinlich ist.

d) Zwischenergebnis

Die Möglichkeiten staatlicher Gerichte zur Einflussnahme auf das Schiedsverfahren und den Schiedsspruch nach dem Arbitration Act 1996 sind vielfältig. Insbesondere die inhaltliche Überprüfung von Rechtsfragen während (section 45) und nach Abschluss des Schiedsverfahrens (section 69) drückt die besondere Beziehung zwischen Schiedsgericht und staatlicher Gerichtsbarkeit in England aus, welche aus der Perspektive des internationalen Wirtschaftsraumes heraus zum Teil als übermäßiger staatlicher Interventionismus betrachtet wird³⁵⁵. Der ausführliche Katalog von Gründen, welche gemäß section 68 Arbitration Act 1996 zu einer „serious irregularity“ des Schiedsspruchs führen können geht deutlich weiter als

³⁵⁵ Vergl. die Ausführungen zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit als bevorzugter Streiterledigungsmechanismus im Rahmen der internationalen Wirtschaft, oben im 2. Kapitel, unter A.), I.), 3.) b).

vergleichbare Normen in anderen Rechtsordnungen³⁵⁶. Dennoch lässt sich aus den strengen Anforderungen des englischen Gesetzgebers an die Anwendung der section 68 (das kumulative Vorliegen des Anfechtungsgrundes und eines dadurch verursachten „substantial injustice“) dessen Wille zur Eindämmung gerichtlicher Interventionen in das Schiedsverfahren erblicken. Die eingeräumten Möglichkeiten bleiben theoretisch aber geeignet eine vermehrte Aufhebung von Schiedssprüchen zu produzieren und somit zu einem Hinderungsgrund für die Anerkennung und Vollstreckung im Rahmen des Art. V Abs. 1, e) des New Yorker Übereinkommens von 1958 zu werden. Ein potentiell Zirkulationshindernis von internationalen Schiedssprüchen ist also nicht von der Hand zu weisen, faktische Auswirkungen werden sich anhand der Praxis zeigen müssen.

³⁵⁶ Siehe hierzu im 2. und 3. Teil, sowie bei Poudret/ Besson, S. 763 ff., insbesondere S. 791-796, Rdn. 808-811.

2. Anerkennung und Vollzug³⁵⁷ ausländischer Entscheide

a) Anerkennung und Vollzug nach englischem Recht

Section 66 Arbitration Act 1996 regelt die Vollstreckung von Schiedsentscheiden und findet gemäß section 2 (2.) (b) auch auf Schiedsverfahren Anwendung, bei welchen der Sitz des Schiedsgerichts außerhalb Englands befindlich ist. Die Vorschrift gilt somit für ausländische und inländische Schiedssprüche. Damit gelten in England zwei Vollstreckungsregime für ausländische Schiedssprüche: Section 66 und das New Yorker Übereinkommen von 1958.

Nach section 66 des Arbitration Act obliegt es der Partei, gegen die sich die Vollziehung des Schiedsspruchs richtet, darzulegen, dass es dem Schiedsgericht an der erforderlichen „substantive jurisdiction“ zum Erlass des Schiedsspruchs mangelte.

³⁵⁷ Die beiden Begriffe sind von einander zu trennen, wenngleich sie Verknüpfungen aufweisen. So erfährt der Schiedsspruch durch die Anerkennung seine rechtliche Gültigkeit und damit seine Bindungskraft für die Parteien. Damit wurde er jedoch nicht vollzogen. Die Vollziehung bedeutet die faktische Umsetzung des Inhalts des Schiedsspruchs auf rechtlich zugelassenem Wege, dies wird ein Gericht nur dann tun, wenn es den Schiedsspruch für gültig und bindend befunden hat. Vergl. zum Ganzen Redfern/ Hunter, S. 448 f..

Nach section 82 (1.) i.V.m. section 30 (1.) (a) bis (c) werden über die substantive jurisdiction die grundlegenden Wesenszüge des Schiedsprozesses überprüft, das heißt, die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung, die ordnungsgemäße Zusammensetzung des Schiedsgerichts und die nach der Schiedsvereinbarung zur Entscheidung durch ein Schiedsgericht unterbreiteten Angelegenheiten. Hinsichtlich dieser Punkte besteht eine Ermessenbindung des Gerichts. Die Möglichkeit der Einwendung dieser Punkte unterliegt aber der Präklusionsvorschrift der section 73 (1.) (a) Arbitration Act 1996.

Diese Regelungen schließen aber nicht aus, dass andere Gründe unter Umständen dazu führen können, dass das Gericht die Vollstreckbarerklärung nicht erteilt. Der Wortlaut der section 66 (.1) („..may..“) räumt dem Gericht hier ein Ermessen ein³⁵⁸, so dass beispielsweise auch ein Verstoß gegen die englische *ordre public* einer Vollstreckbarkeit entgegenstehen könnte.

Fragen des anwendbaren materiellen Rechts werden hierbei grundsätzlich nicht zum Tragen kommen.

³⁵⁸ Siehe bereits die allgemeinen Ausführungen unter III.), 1.) c), aa).

b) Die Umsetzung des New Yorker
Übereinkommens in den Arbitration
Act 1996

Das New Yorker Übereinkommen enthält keine expliziten Regelungen, nach denen eine Anwendung nationalen Rechts spezifische Sanktionen nach sich ziehen würde oder eine Anwendung solcher Regeln eine Anerkennung erschweren würde. Es besteht grundsätzlich die Pflicht einen Entscheid nach dem Übereinkommen anzuerkennen bzw. zu vollstrecken,³⁵⁹ es sei denn einer der Ausnahmetatbestände des Art. V des Übereinkommens, respektive section 103 Arbitration Act 1996 würde greifen. Der Erfolg des Übereinkommens als Kodifizierung eines international anerkannten Standards in diesem Bereich bringt es mit sich, dass den Mitgliedsstaaten hinreichende Einflussmöglichkeiten verblieben sind. Dies drückt sich insbesondere in dem Versagungsgrund der section 103 (2.)(f) Arbitration Act aus. Nach diesem kann eine nationale Rechtsordnung einen Entscheid aufheben, soweit dieser einer Regelung des nationalen Rechts des

³⁵⁹ Section 101 (1.) und (2.) des Arbitration Acts 1996.

Landes entgegensteht, in dem (oder nach dessen Gesetz) der Entscheid erging.³⁶⁰ In Zusammenhang mit dem Erlass des Arbitration Acts 1996 wurde auch der heftig kritisierten Entscheidung des House of Lords im Fall *Hiscox v. Outhwaite*³⁶¹ ein Ende gesetzt. Nach dieser war der Ort an dem der Entscheid erlassen wurde derjenige, an dem der Schiedsentscheid unterzeichnet wurde, da es sich letztlich nur um ein „geschriebenes Instrument“ handele.³⁶² Die jetzige Regelung in section 100 (2)(b) Arbitration Act 1996 lautet nunmehr eindeutig: *„an award shall be treated as made at the seat of the arbitration, regardless of where it was signed, despatched or delivered to any of the parties.“*³⁶³ Damit wird die soeben

³⁶⁰ Art. V 1. e) des Übereinkommens; section 103 (2.) (f) Arbitration Act 1996; Originaltext: *“that the award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, it was made.”* Vergl. i.ü. auch die Ausführungen oben unter B.), I.), 1.) c).

³⁶¹ *Hiscox v. Outhwaite*, 3 WLR 1991, S. 297 ff.. Siehe zur Kritik Reymond in LQR 108, 1992, S. 1, 4 f. ; Mann in LQR 108, 1992, S. 6f..

³⁶² Die Zuständigkeit der englischen Gerichte für den appeal wurde dann aber aus section 5 (2.) (f) des Arbitration Act 1975 (welcher Art. V (1.) (e) des New Yorker Übereinkommens entspricht) konstruiert, da nach Auffassung des House of Lords, England das Land war „under the law of which it was made“. Vergl. hierzu Reymond in LQR 108, 1992, S. 1, 2.

³⁶³ Speziell für England als Schiedsort besagt dies auch die Regelung der section 53 Arbitration Act 1996.

angesprochene Regeln der section 103 (2.) (f) Arbitration Act sinnvoll zur Geltung gebracht. Die Möglichkeiten einen Entscheid aufzuheben hingen von der Zufälligkeit des Ortes ab, an dem der Schiedsrichter den Entscheid unterschrieb.³⁶⁴ Die nunmehr getroffene Regelung vermeidet diese Unbilligkeit³⁶⁵ und steht zudem mit der in England verbreiteten *lex facit arbitrum*³⁶⁶ Regel in Einklang.

Durch die Ratifizierung des New Yorker Übereinkommens nimmt die englische Rechtsordnung einen internationalen Minimumstandard in diesem Bereich an, welcher einer Anwendung anationalen Rechts prinzipiell neutral gegenübersteht.

c) Verhältnis der section 66 zu
internationalen Übereinkommen

Grundsätzlich können ausländische Entscheide nach section 66 des Arbitration Act 1996 wie inländische Entscheide die Vollziehung mit Erlaubnis des Gerichts

³⁶⁴ Reymond in LQR 108, 1992, S. 1, 4 f..

³⁶⁵ Eine Wahl des Verfahrensrechts (direkt oder durch Wahl des Schiedsortes) durch die Parteien konnte nach dieser Rechtsprechung jederzeit übergangen werden, sobald der Entscheid anderenorts unterschrieben wurde.

³⁶⁶ Zu dieser vor allem F.A. Mann, in FS Domke, S. 157 ff..

erlangen.³⁶⁷ Gemäß section 66 (4.) berührt dies jedoch in keiner Weise die Vollziehung eines Entscheides nach einem der internationalen Übereinkommen denen sich England diesbezüglich verpflichtet hat. Gemeint sind das New Yorker Übereinkommen von 1958 sowie das Genfer Übereinkommen von 1927³⁶⁸. Beide finden sich in Part III des Acts in den sections 99-104 integriert, wobei das Genfer Übereinkommen bereits im Arbitration Act 1950 und das New Yorker Übereinkommen im Arbitration Act 1975 in das englische Recht inkorporiert wurden.

Nicht ganz eindeutig bleibt zunächst das Verhältnis der beiden Regelungsregime in section 66 und den genannten internationalen Abkommen. Generell genießen internationale Abkommen den Vorrang vor nationalem Recht im Wege der Spezialität, damit der Staat seine völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht verletzt. Dies ließe sich auch dem Wortlaut o.g. section 66 (4.) entnehmen. Ein Entscheid der unter den

³⁶⁷ Vergl. section 2 (2.) (b) Arbitration Act 1996.

³⁶⁸ Auf dieses soll hier nicht näher eingegangen werden, da es, wenngleich als erster wichtiger Schritt von Bedeutung war, nach Inkrafttreten des New Yorker Übereinkommens und dessen extensiver, weltweiter Ratifizierung von diesem weitgehend überflüssig gemacht wurde, vergl. hierzu Redfern/ Hunter, S. 453.

Anwendungsbereich des New Yorker Übereinkommen viele könnte jedoch auch unter beiden Regelungen vollziehbar sein.³⁶⁹

Dies erscheint vor dem Hintergrund der völkerrechtlichen Verpflichtung jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn die Voraussetzungen hinsichtlich der Anerkennung im wesentlichen vergleichbar sind, denn grundsätzlich sind in nationales Rechts umgesetzte, internationale Abkommen im Rahmen ihres Anwendungsbereichs als Teil des common law zu beachten³⁷⁰. Während Art. V des New Yorker Übereinkommens einen abschließenden Katalog über die (eng auszulegenden)³⁷¹ Ablehnungsgründe enthält, welcher selbst bei Vorliegen der Voraussetzungen einer dieser Gründe nicht zwingend zu einer Ablehnung der Vollziehung führen muss,³⁷² räumt section 66 Arbitration Act dem Gericht in erster Linie ein Ermessen bei der Beurteilung des Vorliegens einer fehlenden Kompetenz des Schiedsgerichts ein, was

³⁶⁹ Harris/ Planterose/ Tecks, S. 244, Rdn. 66 F stellen sich diese Frage.

³⁷⁰ Allgemein hierzu Thompson, Constitutional and Administrative Law, S. 88.

³⁷¹ Redfern/ Hunter, S. 460.

³⁷² Ausführlich Redfern/ Hunter S. 459 ff..

jedenfalls eine Ablehnung der Vollziehung zur Folge hat („leave to enforce an award shall not be given...“).

Wenngleich die fehlende „substantive jurisdiction“ inhaltliche Berührungen mit einigen der Ausnahmegründe des New Yorker Übereinkommens aufweist,³⁷³ gehen ihre Regelungsbereiche inhaltlich unterschiedlich weit und die Ermessenseinräumung nach section 66 überträgt den englischen Gerichten wohl einen weiteren Spielraum für eine mögliche Ablehnung.³⁷⁴ Eine wesentliche Vergleichbarkeit ist nicht gegeben, insofern ist ein Entscheid im Rahmen des Anwendungsbereichs des New Yorker Übereinkommens wohl vorrangig einer Beurteilung nach dessen Regelungsregime zu unterwerfen³⁷⁵.

³⁷³ So betrifft die „substantive jurisdiction“ gemäß section 30 (1.) a-c ebenfalls die Prüfung der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung (vergl. section 103 (2.) (b)) oder der Zusammensetzung des Schiedsgerichts (vergl. section 103 (2.) (e)) wie auch den Entscheid außerhalb der durch die Schiedsklausel eingeräumten Befugnis (vergl. section 103 (2.) (d)).

³⁷⁴ So auch Harris/ Planterose/ Tecks, S. 244, Rdn. 66 F.

³⁷⁵ Hiervon geht wohl auch Maxwell aus, s. in Weigand (Hsg.), S. 640, Rdn. 267 ff..

IV) Rechtsanwendungskontrolle von Schiedsentscheiden durch die englische Rechtsprechung

Zentraler Ansatzpunkt ist hier die bereits diskutierte Entscheidung in der Sache DST v. Raknoc, weswegen auf die obigen Ausführungen (2. Kapitel, B.), I.), 2.), a), aa)) verwiesen werden kann. Mangels weiterer, bekannt gewordener Entscheidungen ist der Genannten auch unter dem Aspekt der Vollstreckung eine entscheidende indizielle Wirkung beizumessen. Die getroffenen Dispositionen des Court of Appeal deuten eine offene Haltung hinsichtlich im Schiedsverfahren anwendbarer Rechtsvorschriften an. Auf der Grundlage von Art. 13 der ICC-Regeln, welchen das Schiedsverfahren unterlag, überließen die Parteien dem Schiedsgericht die Bestimmung der anzuwendenden Vorschriften: „...*the parties have left the proper law to be decided by the arbitrators and have not in terms confined the choice to national systems of law*³⁷⁶. Richter Donaldson folgerte sodann: „*I can see no basis for concluding, that the arbitrators choice of proper law, a common denominator of principles, underlying the laws of the*

³⁷⁶ DST v. Raknoc, CA, 2, ALLER 1987, S. 769, 779.

various nations governing contractual relations, is outwith the scope of the choice which the parties left to the arbitrators”.

Derart getroffene Entscheidungen sind also in England ohne Weiteres vollstreckbar. Entscheidend sind aber die Bestimmungen des anwendbaren Verfahrensrechts (wie im Fall die ICC-Regeln). Nach der von section 46 (3.) Arbitration Act 1996 getroffenen Wertung dürfte ein englisches Gericht im Falle einer Bestimmung des anzuwendenden Rechts nur zu der Anwendung eines staatlichen Rechts gelangen. Allerdings bedienen sich sowohl der Arbitration Act 1996, als auch die in *DST v. Raknoc* einschlägigen ICC-Regeln der Formulierung „the law”. Richter Donaldson legte diesen Begriff im Rahmen seiner Entscheidung weit aus und fasste auch nichtstaatliches Recht hierunter. Eine Übertragbarkeit dieser Klassifizierung auf Fälle, in denen der Arbitration Act 1996 das anwendbare Verfahrensrecht ist, erscheint mithin fraglich, ist jedoch nicht zwingend und angesichts der insoweit bewusst getroffenen Äußerung des englischen Gesetzgebers³⁷⁷ eher wenig wahrscheinlich.

³⁷⁷ Durch die Ausrichtung des Begriffspaars „law” und „rules of law” nach dem UNCITRAL-Modelgesetz und die Verwendung im Arbitration Act 1996. Vergl. oben unter B, II.), 1.).

C) Lex mercatoria in der englischen Rechtswissenschaft

Dem verhältnismäßig geringen Einfluss der englischen Rechtswissenschaft auf die Rechtsentwicklung Rechnung tragend, sind in diesem Zusammenhang nur zwei Protagonisten hervorzuheben und einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

I) Clive M. Schmitthoff

Für Schmitthoff ist das internationale Handelsrecht des 20. Jahrhunderts als dritte Phase in der Entwicklung des sogenannten law merchant anzusehen. Von dem zwischen den Händlern entstandenen und nahezu universalen Handelsregeln des mittelalterlichen law merchants und der darauf eintretenden Nationalisierung des internationalen Handelsrechts unterscheidet sich das „moderne“ law merchant in erster Linie durch seine Sammlung und Kodifizierung durch internationale Organisationen sowie seine Anwendung innerhalb nationaler Gerichtsbarkeiten mit der Toleranz des jeweiligen nationalen Souveräns und anhand des

Maßstabes der nationalen *ordre public*.³⁷⁸ Zwei Quellen sind dabei auszumachen, internationale Gesetzgebung und internationale Handelsbräuche,³⁷⁹ wobei das moderne *law merchant* ein Produkt der Rechtsvergleichung sein soll, gepaart mit synthetischen und universal akzeptierten Konzepten.³⁸⁰

Basis dieses Welthandelsrechts soll nach Schmitthoff die Parteiautonomie sein, das bedeutet letztlich die Vertragsfreiheit.³⁸¹ Zum einen ist diese in nahezu allen Ländern anerkannt, zum anderen ermöglicht sie es grundsätzlich den Parteien ihre Rechtsbeziehungen vollständig selbst zu bestimmen. Je vollständiger diese Gestaltung der Parteien ist, je weniger bedarf es eines nationalen Rechts zur Schließung der „Lücken“. Enthält der Vertrag eine vollständige Regelung der Rechtsbeziehungen der Parteien, löst sich das auf ihn anwendbare Recht von den nationalen Rechten los, der Vertrag wird überstaatlich oder *self-regulatory* in dem

³⁷⁸ Schmitthoff, JBL 1968, S. 105, 108 f.; s.a. Schmitthoff in *RebelsZ* 1964, S. 47, 61.

³⁷⁹ Schmitthoff a.a.O., S. 109.

³⁸⁰ Schmitthoff a.a.O., S. 111.

³⁸¹ Dies freilich nur soweit keine internationale Gesetzgebung die Entstehung bestimmt hat, vergl. Schmitthoff, *RebelsZ* 1964, S. 47, 68.

Sinne, dass er nicht mehr national gebunden ist.³⁸² Dieser Ansatz ist um so beeindruckender, hält man sich das Verständnis der englischen Rechtsordnung von einem Vertrag ohne Verwurzelung in einem nationalen Recht vor Auge.³⁸³

Schmitthoff selbst räumt jedoch weniger praktische als vielmehr theoretische Bedenken hiergegen ein und bemerkt, dass eine mögliche Loslösung nicht ohne eine Weltschiedsgerichtsbarkeit für internationale Handelssachen denkbar ist, nicht zuletzt weil die Abhängigkeit von nationalen Gerichten (auf der Ebene der Durchsetzung von Rechten) eines der größten Hindernisse eines autonomen Welthandelsrechts darstelle. Erforderlich sei hierfür schließlich der Aufbau einer Hierarchie internationaler Handelsschiedsgerichte die eine allgemein anerkannte internationale Revisionsinstanz sowie einheitliche Grundsätze für die (verschiedenen) Schiedsverfahrensordnungen beinhalten müsste.³⁸⁴

³⁸² Schmitthoff a.a.O., S. 69.

³⁸³ Siehe bereits die Diskussionen im Rahmen der Rechtsprechung in *Orion v. Belfort*, *Lloyd's List Reports* 2, 1962, S. 257, 264 sowie *House of Lords in Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Ins. Co.*, 3 WLR 1983, S. 241, 249 H.

³⁸⁴ Schmitthoff, a. a.O., S. 72.

Das insofern als universell bezeichnete Welthandelsrecht wird sich nach Schmitthoff auf drei fundamentalen Begriffen aufbauen, dem Vertrag (beruhend auf der Vertragsfreiheit und der Vertragstreue), der juristischen Person und dem Schiedsverfahren.

Hieraus ergibt sich, dass Schmitthoff sich der rechtquellentheoretischen „Anfälligkeit“ seiner Konzeption eines autonomen und universellen Welthandelsrecht bewusst ist. Nicht eindeutig geht dabei hervor, ob die Legitimation des Welthandelsrechts bereits mittelbar aus der nahezu weltweit anerkannten Parteiautonomie alleine folgen und damit staatlicher Herkunft sein soll oder ob vielmehr eine Revision des Begriffes der juristischen Person in Anlehnung an die von Kahn beschworene „société extra-étatique“ des internationalen Kaufmannsstandes als Legitimationsquelle intendiert ist. Auch über eine notwendige Normdichte und Vorherrscharkeit des Welthandelsrechts im Sinne inhaltlicher Kohärenz lässt sich aus Schmitthoffs Konzept keine eindeutige Aussage erkennen. Letztlich scheint es ihm aber um die Möglichkeit eines vollständig autonomen Vertrages zu gehen, mit anderen Worten um eine Entstaatlichung des Prinzips der Vertragsfreiheit. Er führt dies darauf

zurück, dass kein nationales Rechtssystem, welches das Prinzip der Parteiautonomie kenne, der Idee eines self-regulatory contract entgegenreten kann und jedes nationale Recht den Parteien erlaube ihre Streitigkeiten einem Schiedsgericht zu unterstellen (national oder international). Schließlich sind in der Praxis solche Verträge in Form von Standardverträgen bereits existent, rechtliche Lücken in diesen müssten nicht notwendig durch Rückgriff auf nationales Recht bewältigt werden, solange die Verträge eine Schiedsklausel enthalten wonach dieses allgemeine Rechtsgrundsätze, welche den Parteien gemeinsam sind, anzuwenden habe.³⁸⁵

II) Lord Mustill

Mustill hält die Entwicklung einer *lex mercatoria* zunächst für wünschenswert und erkennt an, dass sie existiert, aber in einem Prozess des Heranwachsens

³⁸⁵ Vergl. i.e. und m.w.N. Schmitthoff in „The sources of the law of international trade“, S. 3, 33-35. Es fragt sich allerdings, ob eine derart zentrale Rolle der Parteiautonomie bei der „Rechtsbildung“ nicht das Entstehen eines universalen Rechts des Welthandels ausschließt. Dies ist nicht der Fall, wenn man die Bezeichnung „universal“ auf die Entstehungs- und Anwendungskonditionen dieses Rechtskorpus bezieht und nicht auf seine inhaltlichen Regelungen.

befindlich ist, welcher durch die Spontanität im internationalen Handel geprägt ist.³⁸⁶

Er schließt zunächst einige, seiner Ansicht nach missverständliche, Ansätze aus, welche im Rahmen der allgemeinen Debatte aufzutauchen pflegen. So nennt er etwa die Gleichsetzung mit einem Entscheid nach Billigkeit,³⁸⁷ die allgemeine Harmonisierung des internationalen Handelsrechts (im Wege internationaler Abkommen) und die transnationale Schiedsgerichtsbarkeit.³⁸⁸

Gleichsam lehnt Mustill auch den Anspruch der Universalität der *lex mercatoria* ab und verweist diesbezüglich insbesondere auf deren mittelalterlichen „Vorgänger“, dem *law merchant*. Angesichts des Umfangs und dem enormen Wachstum der international Handel treibenden „Gemeinschaft,“ hält er es für unmöglich, dass Schiedsrichter aus der Diversifikation der Rechtsordnungen wahrlich allgemein geltende Rechtssätze herauszuschälen vermögen und verweist dabei auf häufig in Schiedssprüchen auftretende Formulierungen, welche die Universalität einer

³⁸⁶ Mustill, *Liber amicorum* for Lord Wilberforce, S. 149, 153.

³⁸⁷ A.a.O. , S. 155.

³⁸⁸ A.a.O. S. 152 f.; letztere kann nach Ansicht Mustills eine Verbindung zu nationalen Rechtssystemen nicht negieren.

angewandten Regel proklamieren, ohne dabei substantiiert auf deren Quellen einzugehen.

Ebenfalls für nicht haltbar befindet er die Qualifizierung von Standardverträgen als Rechtsquellen einer *lex mercatoria*, da solche sich in erster Linie an der konkreten Transaktion orientieren und dieser häufig angepasst werden und folglich nicht einmal innerhalb eines Handelszweigs eine Garantie für deren Homogenität gegeben werden kann.³⁸⁹ Im übrigen drücken Standardverträge wenn überhaupt nur die „Gerechtigkeit“ der jeweiligen Transaktion selbst aus, nicht die, der in dieser Branche agierenden Beteiligten. Hieraus lässt sich keine Akzeptanz „als Recht“ herleiten. So stellt Mustill schließlich fest, dass ein Schiedsgericht, welches dazu „beauftragt“ wurde das „Recht“ zu wählen, welches es für anwendbar hält, nicht zu einer Anwendung von *lex mercatoria* kommen kann/ darf. Letztlich existiere unter den Befürwortern einer *lex mercatoria* auch keine Einigkeit zu der Frage, ob sich das „lex“ als bestehender Rechtskörper *ipso iure* auf die Rechtsgeschäfte anwenden lasse oder den Parteien als Regelrepertoire zur Verfügung stände und durch Wahl

³⁸⁹ A.a.O., S. 159.

herangezogen werden könne um ihren Vertrag von dem ansonsten anwendbaren nationalen Recht loszulösen. Selbige Uneinigkeit besteht hinsichtlich der Rolle der Schiedsgerichtsbarkeit als bloßer Anwendungsapparat einer (bestehenden) *lex mercatoria* (soweit die Transaktion eine solche Anwendung vorsieht) oder als unverzichtbares Teilelement der internationalen Wirtschaftsordnung in Form eines rechtsfortbildenden und rechtsschöpfenden „social engineer.“³⁹⁰

Die bisher genannten wesentlichen Kritikpunkte Mustills ließen bestenfalls eine negative Deutung einer *lex mercatoria* zu. Mustill sieht keine Vorbehalte gegen die Idee einer *lex mercatoria* als solcher, nach seinen Ausführungen bleibt jedoch kein einziger gesicherter Aspekt, der ein unabhängiges Welthandelsrecht als fundierte Erscheinung zuließe. Dies lässt insofern nicht einmal eine negative Definition zu.

In der praktischen Anwendung ist eine solche daher nicht greifbar und damit ohne eigenständige Funktion. Wohlwollend fügt Mustill hierzu lediglich ein „...at least not yet“ hinzu.³⁹¹

³⁹⁰ Vergl. den Begriff bei Lando, ICLQ 1985, S. 747, 752.

³⁹¹ Mustill in *Liber amicorum* for Lord Wilberforce, S. 149, 180 f..

D) Zusammenfassung und Würdigung

I) Regelungscharakter der Schiedsgesetzgebung

Hervor zu heben sind die klaren Formulierungen des Arbitration Acts 1996, sowie die Tatsache, dass das englische Schiedsrecht nunmehr in einem einheitlichen Text niedergelegt ist. Beides erleichtert vor allem die Zugänglichkeit für Praktiker. Abgesehen von den in schedule I aufgeführten Normen sind die Vorschriften des Arbitration Act 1996 dispositiv und erlauben somit eine flexible und individuelle Gestaltung des Schiedsverfahrens durch die Parteien. In Abwesenheit parteilicher Vereinbarungen steht aber eine ausführliche Richtschnur des Verfahrens zur Verfügung.

Eine delokalisierte Schiedsgerichtsbarkeit wird in England nicht anerkannt, der Arbitration Act 1996 folgt vielmehr der international überwiegend akzeptierten *lex loci arbitri* Regel. Jedes in England stattfindende internationale Schiedsverfahren unterliegt damit grundsätzlich den Verfahrensregeln des Forumstaates (wenngleich durch Parteiabsprache zu weiten Teilen abdingbar). Die Vorstellung, dass ein internationales Schiedsgericht losgelöst von dem Recht seines

Sitzstaates konstituierbar ist, d.h. insoweit nur den durch die Parteien bestimmten Verfahrensnormen unterliegt wird damit negiert.

Begrifflich existiert zwar auch in England eine internationale Schiedsgerichtsbarkeit. Die Internationalität bestimmt sich aber nicht anhand der zugrundeliegenden Geschäftsoperation, sondern den Elementen des Schiedsverfahrens, etwa der Nationalität der Parteien und somit anhand einer formalistisch-juristischen Betrachtungsweise. Eine Anerkennung der Spezifität internationaler Schiedsverfahren durch eine gesonderte Behandlung im Rahmen des Gesetzes wird dieser jedenfalls nicht zuteil.

II) Der rechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts

Eine klare Tendenz im englischen Recht ist festzustellen: Recht ist, was durch staatliche Organe „geschaffen“ wurde, sei es originär oder derivativ; berufen zur Überwachung von dessen Anwendung sind allein staatlich legitimierte Stellen.

Dieser Kerngedanke der englischen Konzeption findet seinen vollkommensten Niederschlag in der

Entscheidung CzarNIKOW v. Roth Schmidt³⁹², wo Richter Scrutton betont: „*There must be no Alsatia in England, where the king's writ does not run*“.³⁹³

In diesem Sinne fällt der Arbitration Act mit section 46 ein klares Urteil zu Lasten nicht staatlichen Rechts. Dennoch ist die englische Rechtsordnung, vor allem unter der Geltung des Arbitration Act 1996, nicht reaktionär, auch der schnell erhobene Vorwurf des Anachronismus³⁹⁴ ist nur im Wege einer rein formalistischen Betrachtung des Gesetzeswortlauts in vollem Umfang haltbar. Vielmehr verlangt die dominierende Stellung der Parteiautonomie in dem Gesetz³⁹⁵ nach Beachtung und vermag soeben erwähnten Vorwurf zu relativieren.

So räumt der englische Gesetzgeber gemäß section 4 (1.) der Parteiautonomie Vorrang vor allen Normen des

³⁹² Zu deren grundlegender Bedeutung für die unitaristische, englische Sichtweise von Recht, vergl. bei Shakleton, AI 1997, S. 375, 379, s. dort auch Fn. 13.

³⁹³ ALLER 2, 1922, KB, S. 478, 488.

³⁹⁴ Dieser insbesondere hinsichtlich der bewussten Abkehr der in Art. 28 UNCITRAL Model Law getroffenen Wertung und im internationalen Vergleich, vergl. zu letzterem Shakleton in AI 1997, S. 375, 381 ff.; vergl. im übrigen auch das, in Abweichung zum Modell Law und vieler anderer Schiedsordnungen bestehende „right of appeal“ in section 69.

³⁹⁵ Vergl. section 1. (b) wo diese als allgemeines Prinzip festgeschrieben ist.

Arbitration Acts 1996 ein, mit Ausnahme von solchen, die abschließend in schedule I des Arbitration Acts 1996 aufgezählt sind. Damit überlässt er es zu großen Teilen den Anhängern der, von Befürwortern der *lex mercatoria* so getauften, „*societas mercatorum*“³⁹⁶, „ihr“ Recht zu bestimmen. Dies gilt ebenfalls für die in section 46 vorgenommene und per se *lex mercatoria* – feindliche Regelung. Hierin relativiert sich das zunächst stark unitaristisch erscheinende Konzept³⁹⁷ des Arbitration Acts 1996, vom Standpunkt des anwendbaren Rechts aus beurteilt. Ist allerdings keine Einigung der Parteien hinsichtlich der auf den Sachverhalt anzuwendenden Regeln getroffen worden (mangels Konsens oder Beachtung im Rahmen der Vertragsverhandlungen), führt die Regelung von section 46 zu einer Verletzung des soeben hervorgehobenen Grundsatzes und ein (impliziter) Parteiwille wird „vergewaltigt“, indem staatliche Interessen vorangestellt werden.³⁹⁸ Die Formulierung in section 46 prädeterminiert den Spielraum des befindenden

³⁹⁶ Der Begriff geht auf Philippe Kahn, „La vente commerciale internationale“, dort v.a. S. 17, zurück.

³⁹⁷ Shakleton formuliert wie folgt: „The state reasserts its role as the sole legitimate normative authority for English law.“ Vergl. in AI 1997, S. 375, 389 oben.

³⁹⁸ Shakleton a.a.O., S. 387.

Schiedsrichters auf ein staatliches Recht. Diese Festlegung steht in Widerspruch zur an sich bezweckten, tragenden Rolle der Parteiautonomie im Schiedsverfahren gemäß section 1. (b). Nach dieser Vorschrift soll die Parteiautonomie nur eingeschränkt werden können, wenn dies notwendig für das öffentliche Interesse ist. Eine Anwendung von *lex mercatoria* Normen stellt jedoch, wie gesehen, auch in England keinen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung dar, womit auch das öffentliche Interesse nicht berührt sein dürfte. Dem Schiedsgericht muss der notwendige Spielraum eingeräumt werden, die Lösung, welche Wille und Interesse der Parteien am nächsten kommt zu ermitteln³⁹⁹, auch wenn dieser zu einer Anwendung nichtstaatlicher Normen führen könnte. Der Begriff der Parteiautonomie sollte daher umfassend (also auch im Sinne einer „passiven“ Parteiautonomie) verstanden⁴⁰⁰

³⁹⁹ Mögen sich die Ergebnisse bei der Ermittlung des Parteiwillens im Wege der für anwendbar erachteten Kollisionsnorm (section 46 (3.)) und einer ohne Kollisionsnorm vorgenommenen Anknüpfung auch häufig decken, ist dies für den Fall der nichtstaatlichen Rechtsvorschriften wohl ausgeschlossen.

⁴⁰⁰ Dies gilt sowohl nach seinem engen (Befugnis der Parteien das anwendbare Recht zu bestimmen) als auch seinem weiten Verständnis (Befugnis der Parteien über alle Aspekte eines internationalen Schiedsverfahrens zu bestimmen) auf

und behandelt werden. Befindet das Schiedsgericht im Einzelfall beispielsweise eine Anwendung von *lex mercatoria* Regeln für die den Interessen der Parteien am nächsten kommende Lösung, würde die Fassung des englischen Gesetzes eine solche, dem Parteiwillen grundsätzlich entsprechende Anwendung untersagen, weil der vorgegebene Weg über eine staatliche Kollisionsnorm nicht zur Anknüpfung an nichtstaatliche Regeln führen wird.

Die besondere Rolle der Parteiautonomie im englischen Schiedsverfahrensrecht kann daher letztlich nicht den Blick auf eine Ignorierung der Rechtsqualität von *lex mercatoria* verschleiern, welche ebenfalls durch die Vermischung von *lex mercatoria* und *amiable composition* in section 46 (1.) (b) zum Ausdruck kommt. Nach Shakleton widerspreche dies der Internationalisierung und der allgemeinen Akzeptanz des englischen Schiedsrechts.⁴⁰¹ Im Hinblick auf die ansonsten vorhandenen liberalen Züge des Gesetzes⁴⁰² lässt sich bemerken, dass die englische Rechtsordnung

internationaler Ebene; vergl. hierzu Böckstiegel in FS Schütze, S. 141 f.

⁴⁰¹ Shakleton a.a.O., S. 387.

⁴⁰² Die erwähnte Stellung der Parteiautonomie, Unabhängigkeit der Schiedsklausel, Immunität der Schiedsrichter etc.

dem Grunde nach an ihren traditionellen Konzeptionen festhält⁴⁰³ und sich dabei nur so weit als nötig öffnet (v.a. über die Parteiautonomie). Den Arbitration Act 1996 hinsichtlich des anwendbaren Rechts für seine Reflektion moderner Trends der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit zu preisen⁴⁰⁴ wäre danach zu weitgehend. International gesehen ist der Arbitration Act 1996 hinsichtlich der Frage des anwendbaren Rechts dem Mindeststandard⁴⁰⁵ nachgekommen. Das Fehlen einer gesetzlich vorgeschriebenen Einbeziehung von Handelsbräuchen bei der Entscheidungsfindung sowie die vorgegebene kollisionsrechtliche Methode wiegen aus der Perspektive einer Anerkennung nicht staatlicher *lex mercatoria* Regeln jedoch schwer.

Zukünftig wird von Interesse sein, wie ein englisches Gericht eine, dem Fall *DST v. Raknoc* vergleichbare Konstellation nach aktuellem Recht entscheiden würde. Section 46 gibt hier allerdings eine klare Vorgabe,

⁴⁰³ Folglich einer positivistischen Begriffsbestimmung unterliegt, unter welcher eine *lex mercatoria* nicht klassifizierbar erscheinen kann.

⁴⁰⁴ Yu in JIA 2002, S. 209, 225.

⁴⁰⁵ Die Parteiautonomie wird mittlerweile sogar als ein Art „Weltrechtsgrundsatz“ bezeichnet, vergl. Schütz in FS Böckstiegel, S. 715. Ausführlich hierzu auch Böckstiegel in FS Schütze, S. 141-151.

welche schwer umgehbar erscheint. Eine wichtige Rolle wird hierbei auch die Entwicklung auf internationaler Ebene spielen, insbesondere die Diskussion um die „delocalised arbitration“⁴⁰⁶

III) Das Verhältnis von nationalem Richter, Schiedsgericht und Schiedsspruch

Die Nichtbeachtung nichtstaatlicher Regeln in der englischen Rechtsordnung lässt sich an einigen Besonderheiten selbiger festmachen.

Zum einen ist die historische Prägung durch die Entwicklung des common law hervorzuheben. Wenngleich wirtschaftlich zunächst wenig entwickelt, war England eines der Länder, welches verhältnismäßig früh eine politische Einheit darstellte und die englischen Könige bauten in diesem Rahmen ein sehr effektives und zentralisiertes Rechtssystem auf.⁴⁰⁷ Dieses sog im

⁴⁰⁶ Welche gewissermaßen das institutionelle Pendant zu Loslösung des internationalen Handelsrechts von staatlichen Rechtsordnungen bildet und damit wie ein Indikator für die Entwicklung in diesem Bereich gesehen werden kann. Medwig, LPIB 1992, S. 589, 596 formuliert wie folgt: „*Arbitration is a reflection of the international merchant community's inherent jurisdictional power.*“

⁴⁰⁷ Mustill in RdA 1991, S. 383, 385.

Laufe der Zeit auch das law merchant an sich und machte es zum Bestandteil des „law of the land“.⁴⁰⁸

Vor dem Hintergrund des oben unter B., I.), 1.)a) skizzierten und in dieser Form einzigartigen Verhältnisses zwischen Richter und Schiedsrichter,⁴⁰⁹ erscheinen die in dem Arbitration Act 1996 enthaltenen, umfangreichen Regeln über die Kontrolle der Schiedsrichter plausibel. Die in section 1. (c) zum Ausdruck kommende Zurückhaltung bei der Kontrolle der Schiedsgerichte als grundlegender Gedanke des Gesetzes ist somit vergleichsweise fortschrittlich. Allgemein wird die Wirkung des Arbitration Acts 1996 daher auch mit einer Verschiebung der Kompetenzen von den Gerichten zu den Schiedsgerichten hin beschrieben, die Rolle der Gerichte sei nunmehr eher „unterstützend“ als „überwachend“⁴¹⁰.

Trotzdem existieren zahlreiche Vorschriften, welche eine Überprüfung des Schiedsspruchs regeln. Als

⁴⁰⁸ S.o. 1. Teil, 1. Kapitel, B.), II.), 2.).

⁴⁰⁹ Harris/ Planterose/ Tecks formulieren hierzu auf S. 250: „The court’s power is essentially designed to be supportive of arbitration in the sense of maintaining its good reputation by being available to rectify glaring and indefensible irregularities that would occasion injustice.“ Gumbel in ZfV 1994, S. 575 spricht gar von einer Partnerschaft, die von Respekt und Wohlwollen beseelt ist.

⁴¹⁰ Maxwell in Gottwald (Hsg.), S. 315, 322.

Ausfluss des besonderen Verhältnisses von staatlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichten ist daher auch die, aus internationaler Sicht ungewöhnliche, inhaltliche Kontrolle der Rechtsanwendung des Schiedsgerichts während (section 45) und nach Abschluss des Verfahrens (section 69) zu erwähnen. In diesem Sinne erscheint auch die in section 69 (7).(b) dem Ermessen des Gerichts überlassene Rechtsfolge den Schiedsspruch inhaltlich zu ändern („vary the award“) geeignet, einen ausländischen Betrachter zu konsternieren. Einige dieser Vorschriften sind jedoch dispositiv, wodurch die profund angelegte Kontrolle von Schiedsgericht und Schiedsspruch im Arbitration Act 1996 etwas relativiert wird. Ausgerechnet die sections 66-68 hiervon auszunehmen und für zwingend zu erklären sendet aber ein deutliches Signal aus, an dem historisch gewachsenen, engen Verhältnis dem Grunde nach festhalten zu wollen und bei o.g., „überwachender“ Funktion zu verharren. Verstärkt wird dieser Eindruck durch den umfangreichen Katalog der Anfechtungsgründe in section 68 Arbitration Act. Wenngleich die tatbestandlichen Anforderungen an eine serious irregularity im Sinne der Vorschrift hoch sind, verbleibt dennoch ein potentiell hohes Risiko der

Aufhebung, was eine Einschränkung der Zirkulationsfähigkeit von internationalen Schiedssprüchen im Rahmen des New Yorker Abkommens von 1958 zur Folge haben kann. Section 68 mag insoweit als eine Art „letzter Rettungsanker“ staatlicher Kontrolle gesehen werden.

Bezüglich des anwendbaren Rechts wirken sich diese verschiedenen Kontrollmöglichkeiten letztlich jedoch nicht übermäßig aus. Neben dem New Yorker Übereinkommen sieht die nationale Regelung zur Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen in section 66 Arbitration Act 1996 keine über dieses hinausgehenden, strengeren Anforderungen vor, den staatlichen Richtern wird jedoch ein Ermessen bei der Prüfung der Anerkennungs- und Vollstreckungsfähigkeit von Schiedssprüchen eingeräumt.

2. Teil : Lex mercatoria in der französischen Rechtsordnung

Im Hinblick auf die verhältnismäßig ausführliche Darstellung der historischen Entwicklung der lex mercatoria für die englische Rechtsordnung, soll an dieser Stelle nur auf etwaige Besonderheiten eingegangen werden, welche sich aus der Verschiedenartigkeit der kontinentaleuropäischen Entwicklung zur Entwicklung der britischen Insel ergeben.⁴¹¹

1. Kapitel: Rechtsgeschichtliche Entwicklung

Auch hier sind die drei maßgeblichen Entwicklungsstufen des Welthandelsrechts zu Grunde zu legen.

⁴¹¹ Die wesentlichen Merkmale der Entwicklung des internationalen Handels sind insoweit gleichartig, als es sich gerade um eine übernationale, gemeinsame Entwicklung handelte, welche jedoch durch die unterschiedlichen Umstände in den Einzelstaaten beeinflusst wurde und dadurch gewisse Modifikationen erfuhr.

A) Die mittelalterliche lex mercatoria bis zum Ende des 15. Jahrhunderts

Ab dem 12. Jahrhundert entwickelte sich ein wachsendes Bedürfnis an Waren und Konsumgütern in der frühmittelalterlichen Gesellschaft, welches eine Erhöhung und Diversifizierung der Produktionen und einen zunehmenden Warenaustausch mit sich brachte. Dieser wurde in bestimmten Zentren abgewickelt, die ausreichenden Schutz boten und folgte eigenen, auf die Bedürfnisse solchen Fernhandels zugeschnittenen Regeln, welche den partikularen Rechten unbekannt waren.⁴¹²

Entwicklungsrahmen dieses Rechts waren in erster Linie die Städte⁴¹³, in denen in regelmäßigen Abständen Messen abgehalten wurden⁴¹⁴. Dort wurde es als „ius singulare“, d.h. als Recht einer bestimmten

⁴¹² Dekeuwer-Défossez, Droit Commercial, S. 4.

⁴¹³ Vergl. zum Charakter und Regelungsfeld des Stadtrechts, Berman, Recht und Revolution, S. 611 ff.; hervorzuheben sind im übrigen die Messen der Champagne, welche lange Zeit als Zentren des kontinentaleuropäischen Warenhandels fungierten.

⁴¹⁴ Größte und berühmteste Messen waren die „foires de Champagne“, im übrigen waren vor allem norditalienische und norddeutsche Städte wichtige Zentren des internationalen Handels, hervorzuheben sind etwa Genua, Venedig, Mailand, Pisa, Lübeck, Bremen, Hamburg, aber auch Leipzig, Lille, Brügge.

Bevölkerungsgruppe, dem Stand der Kaufleute, einer eigenständigen Entwicklung zuteil.⁴¹⁵

Es unterlag einer lokalen Messgerichtsbarkeit, welche auf den internationalen Messen und den Städten ausgeübt wurde um dort aufkommende Streitigkeiten zügig zu bewältigen. Zwar handelte es sich dabei um das jeweilige Gilde- oder Stadtrecht, als Verkörperung der Gewohnheiten der Kaufleute stimmten diese Einzelrechte inhaltlich jedoch weitgehend überein.⁴¹⁶

I) Zustand des französischen Rechtswesens

Das französische Recht war einer tiefgehenden Teilung ausgesetzt. Der Süden des Landes stand unter dem Einfluss des römisch-rechtlich geprägten *droit écrit*, der Norden wurde durch das *droit coutumier*, welches germanisch/ fränkisch und nur wenig römisch-rechtlich beeinflusst war, beherrscht.⁴¹⁷ Das Land selbst, (Frankreich aus heutiger geographischer Sicht), wurde zwischen 12. und 15. Jahrhundert von Bürgerkriegen dominiert, welche sich anlässlich der Machtverteilung

⁴¹⁵ Coing, Europäisches Privatrecht I, S. 520.

⁴¹⁶ Blaurock, ZEuP 1993, S. 247, 249.

⁴¹⁷ Goldschmidt, S. 212 f..

des Königs und der Landesfürsten entfachten. Zur Veranschaulichung ist zu erwähnen, dass um 1180 die Domäne des Königs nur 1/10 des gesamten westfränkischen Territoriums umfasste. Der König sah sich im übrigen sechs gleichwertigen Herrschern gegenüber, den Herzögen von Burgund, Guyenne, der Normandie, dem Grafen der Champagne, Flanderns und Toulouse.⁴¹⁸ Hervorzuheben ist auch der 100-jährige Krieg gegen England, welcher die wirtschaftliche Entwicklung in großen Teilen des Landes lähmte.

Im Gegensatz zu England, fehlte es seinerzeit an einer starken, ordnenden Zentralgewalt. Diese Situation förderte die Entwicklung der Städte, als Orte, die Schutz und rechtliche Privilegien⁴¹⁹ gegenüber dem Recht der Landesherrn boten und über die Abhaltung von Messen zu Zentren des Warenaustauschs wurden. Dieses Privileg wurde erreicht, indem sie durch Verhandlungen und/oder finanzielle Mittel ihre Sonderrechte dem Landesherrn gewissermaßen „abtrotzten“,⁴²⁰ teilweise kam es auch zu planmäßigen Stadtgründungen durch die

⁴¹⁸ Wolf in Coing, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, S. 639 f..

⁴¹⁹ Das Recht Märkte abzuhalten, Maße- und Gewichtseinheiten festzulegen etc..

⁴²⁰ Hattenhauer, Europäische Rechtsgeschichte, S. 232.

Landesherrn. Kennzeichnend für die Städte war die „libertas civitatis“.⁴²¹

Aufgrund des großen Einflusses der katholischen Kirche, welche verzinsliche Darlehen und Wucher als den christlichen Werten zuwiderlaufende Praktiken verbot, der Kredit aber essentielles Element des Handels war und ist, waren die Kaufleute gehalten, andere Zahlungs-/ Kreditwege zu entwickeln, wie etwa das Kommanditgeschäft oder den Wechsel.⁴²²

Letztlich kam den Zusammenschlüssen der Händler untereinander noch eine große Bedeutung zu, welche als Regulierungsapparate fungierten und dabei sowohl intern (Ausbildung) als extern (Vermittler zwischen Händlern und Landesherrn) wirkten. Gleichzeitig beeinträchtigten sie den Handel aber auch durch Preisbindungen, Zugangsbeschränkungen oder Flexibilitätshemmnisse im Bereich der technischen Entwicklung.⁴²³

Zusammenfassend betrachtet, war der Handel in Frankreich also drei („rechtssetzenden“) Strukturen ausgesetzt, der politischen Herrschaft, der katholischen

⁴²¹ Hattenhauer, Europäische Rechtsgeschichte, S. 232.

⁴²² Dekeuwer-Défossez, Droit Commercial, S. 5.

⁴²³ Hierzu i.e. Berman, Recht und Revolution, S. 608 ff..

Kirche und den Kaufmannsvereinigungen (Zünfte, Gilden.)

II) Staatliche Regelungstendenzen

Auf Grund der angesprochenen Schwäche der Zentralgewalt war der Einfluss seitens des Königs auf das Handelsrecht gering. Die seit dem 13. Jahrhundert einsetzende königliche Gesetzgebung beschränkte sich auf das Innungsrecht und das Gerichtswesen. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang das unter Charles IX erlassene Edikt zur Gründung der Handelsgerichtsbarkeit (*juridictions consulaires*) von 1563.⁴²⁴ Während des 13.-15. Jahrhunderts war eine spezielle Handelsgerichtsbarkeit, bis auf die Messgerichtsbarkeit, noch nicht entwickelt.⁴²⁵ Das materielle Handelsrecht unterlag in erster Linie der gewohnheitsrechtlichen und statutarischen Bildung⁴²⁶, zu dem wenige Aufzeichnungen existieren. Für den Seehandel existieren allerdings zwei berühmte

⁴²⁴ Dekeuwer-Défossez, *Droit Commercial*, S. 6. Zeitlich fällt dies allerdings unter die nächste Entwicklungsstufe, dort war jedoch der Erlass materieller Regelungen kennzeichnend, daher soll diese für das Handelsrecht bedeutsame Regelung des Gerichtswesens schon an dieser Stelle erwähnt werden.

⁴²⁵ Goldschmidt, S. 222.

⁴²⁶ Goldschmidt, S. 214.

Sammelungen, die „Rôles d’Oléron“ und das „Consulat de la mer“⁴²⁷.

Erst mit der eintretenden Stabilisierung des französischen Staates ab dem Ende des 100-jährigen Krieges sind Tendenzen einer Angleichung und Vereinheitlichung des Handelsrechts zu erkennen.

Schwierigkeiten bereitete dabei der unformalistische Charakter des Handelsrechts, bzw. dessen „internationale“ Natur, wodurch es schwerlich durch legislative Intervention zu erfassen war.⁴²⁸

B) Verwissenschaftlichung des Handelsrechts nach dem 15. Jahrhundert

Das im Wesentlichen aus den „coutumes“ bestehende Recht des Nordens war in sich weitgehend geschlossen und bedurfte einer ergänzenden Ausfüllung wissenschaftlicher Art insofern nicht.⁴²⁹

Das droit écrit des Südens ließ einer wissenschaftlichen Beschäftigung zwar mehr Raum, die zu Beginn des 16. Jahrhunderts entstehende gallische/ französische Art der Rechtswissenschaft (*mos gallicus*) setzte sich mit

⁴²⁷ Ripert/ Roblot, S. 12, no. 21.

⁴²⁸ Ripert/ Roblot, S. 10, no. 16.

⁴²⁹ Scherner in Coing, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Band II/1, S. 902.

den römischen Quellen jedoch unter humanistischem Blickwinkel auseinander und stellte insofern keinen relevanten Beitrag zur Praxis des Handelsrechts dar.

Gegen Ende des 16. Jahrhunderts wurden erste monographische Behandlungen handelsrechtlicher Gegenstände unter Einbeziehung des Handelsgewohnheitsrechts abgefasst. Als diesbezüglicher Höhepunkt, ist die in der französischen Entwicklung typische Berücksichtigung des Handelsgewohnheitsrechts im Werk Savarys, „Le parfait négociant“ aus dem Jahre 1675 anzusehen.⁴³⁰

Im Geiste der durch Jean Bodin entwickelten Lehre über die Souveränität (in dessen Werk „Six livres de la République“, 1576) des Staates (als abstraktem Gebilde), ausgeführt durch das Staatsoberhaupt, den König, nahm letzterer die bisher privatschriftliche Rechtsaufzeichnung des Gewohnheitsrechts in Frankreich in staatliche Hand. Er betrieb eine straff organisierte Rechtsaufzeichnung nebst Anpassung an den staatlichen Bedarf, mit dem Ziel der Rechtseinheit

⁴³⁰ Scherner a.a.O. S. 903.

im diesbezüglich nach wie vor gespaltenen Königreich.⁴³¹ Dabei wurde wie folgt vorgegangen:

Die örtlichen Richter, Beamten und Rechtsgelehrten sammelten das vorhandene Gewohnheitsrecht in einem vorläufigen Band. Dieses Material wurde vor Ort von königlichen Gesandten, welche qualifizierte Fachleute des gelehrten Römischen Rechts waren, überprüft. Der so entstandene, vorformulierte Gesetzestext wurde sodann an einem besonderen Verhandlungstag den Großen der Provinz zur Beschlussfassung vorgelegt. Eine derart klare Verfahrensordnung führte dazu, dass das *droit coutumier*, vergleichbar einer modernen Gesetzgebung erfasst und kodifiziert wurde.⁴³²

Dieser zunehmende staatliche Regelungsanspruch⁴³³ führte zu dem bedeutendsten Ereignis in der Geschichte des französischen Handelsrechts unter dem „ancien régime“, dem Erlass der *Ordonnance de commerce* (1673)⁴³⁴ und der *Ordonnance de la marine* (1681).

⁴³¹ Hattenhauer, *Europäische Rechtsgeschichte*, S. 376.

⁴³² Hattenhauer, S. 377.

⁴³³ Dieser mündete schließlich in eine Doktrin des „Colbertismus“, nach welcher die politische Macht die Wirtschaft anzutreiben, steuern und zu kontrollieren habe. Eine Entwicklung, welche noch heute die französische Handelsmentalität beeinflusst, vergl. Dekeuwer-Défossez, S. 6.

⁴³⁴ Das zuvor erwähnte Buch Savarys, „*Le parfait négociant*“, stellt letztlich nur eine Erläuterung der *Ordonnance* dar, diese

Durch diese „Kodifizierung“ des Bestands an handelsrechtlichem Regelwerk, wurde zum einen eine Vereinheitlichung des Handelsrechts im Königreich Frankreich erreicht, zum anderen stellte sich von diesem Zeitpunkt an, der Gegenstand wissenschaftlicher Befassung mit dem Handelsrecht, als eine kommentierende Auseinandersetzung mit den königlichen Ordonnances dar⁴³⁵. Es folgte eine Belebung handelsrechtswissenschaftlicher Aktivitäten.⁴³⁶ Das Gesetz als Gegenstand der Interpretation wurde als bewusster politischer Akt des Souveräns gewertet. Im Zuge des aufkommenden Absolutismus in Frankreich bzw. unter der Herrschaft Ludwig XIV (1643-1715) wurde das geschriebene, auf den Herrscher zurückzuführende Recht zum Grundmodell der Rechtsetzung.

selbst beruht nämlich auf der (schriftlichen) Zusammenstellung der Handelspraktiken durch Savary.

⁴³⁵ Vergl. zu einer ausführlichen Darstellung des französischen Handelsrechtsschrifttums bis zum Ende des „Ancien régime“ bei Scherner in Coing, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte Band II/1, S. 904-924.

⁴³⁶ Vergl. Rehme in Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, S. 184, mit einer beispielhaften Aufzählung einiger Werke.

Sowohl in England als auch in Frankreich unterlag die Entwicklung des Rechts wesentlich den Bestrebungen der Zentralgewalt zur Festigung und Ausbau ihrer Macht. Gesah dies in England durch ein (ursprünglich) auf den König zugeschnittenes Gerichtssystem mit selbigem als Inhaber der letzten Entscheidungsgewalt, versuchten die Könige von Frankreich durch Erlass königlicher Ordonnanzen ihre Regelungsgewalt durchzusetzen.

C) Nationalisierung des Handelsrechts

Im Verlauf des 17. und 18. Jahrhunderts nahm die Rechtsprechung zunehmend Einfluss auf die Entwicklung des Handelsrechts, indem durch allgemeine Einführung der Appellation die gelehrten Gerichte als zweite Instanz über die von den Handelsgerichten entschiedenen Sachverhalte zu befinden hatten.⁴³⁷

Ebenfalls kam es zu einer umfassenden Kodifizierung des geltenden Handelsrechts in Form des Code de Commerce von 1807⁴³⁸. Aufgrund seines zügigen Erlasses berücksichtigte er in vielerlei Hinsicht Inhalt und Struktur der ordonnance du commerce von 1673

⁴³⁷ Coing, Europäisches Privatrecht, Band I, S. 521.

⁴³⁸ Ripert/ Roblot, S. 14, no. 26 ff..

und 1681. Dies machte ihn wenig praxistauglich und daher reformbedürftig⁴³⁹. Mit dem code de commerce war das Handelsrecht nicht mehr ein besonderes Standesrecht der Kaufleute, sondern ein Sonderrecht für bestimmte Arten von Rechtsgeschäften, die „actes de commerce“⁴⁴⁰.

Dennoch kann er als Ausdruck der nahezu vollendeten Herausbildung eines Nationalstaats Frankreich gesehen werden, was zu einer Verallgemeinerung des Handelsrechts führte. Spielte sich im Mittelalter die Entwicklung des Handelsrechts in den Städten und im Rahmen der Zünfte ab, ist hieraus nunmehr eine nationale Angelegenheit geworden, welche mit parallelen Entwicklungen in anderen Nationalstaaten interagierte. Ein (weitgehend) allgemein geltendes⁴⁴¹,

⁴³⁹ Der noch heute geltende code de commerce wurde durch eine Vielzahl von Sondergesetzen und abändernden Verordnungen verändert oder ergänzt, weswegen das französische Handelsrecht teilweise als „ensemble confus“ beschrieben wurde, vergl. bei Gierke, S. 89.

⁴⁴⁰ Coing, a.a.O., S. 16 führt diesen Umstand auf die französische Revolution zurück, die in ihrem Bestreben nach Privilegienbeseitigung auch vor dem Kaufmannsstand nicht halt machte.

⁴⁴¹ Rehme bemerkt hierzu kritisch, dass stets auch partikulares und lokales Handelsrecht existierte, was den Begriff eines „europäischen Gewohnheitsrechts der Kaufleute“ oder „internationales Recht“ aus seiner Sicht als verfehlt erscheinen lässt. Der Begriff eines universalen Rechts des Handels ist in

„internationales“ Handelsrecht hörte somit auf zu existieren.⁴⁴²

D) Würdigung

Im Vergleich zur englischen Rechtsentwicklung ist eine unterschiedliche Herangehensweise der sich herausbildenden staatlichen Institutionen an das vorhandene Handelsgewohnheitsrecht in Frankreich zu erkennen. Das englische Rechtssystem bemächtigte sich nach und nach dem bestehenden Fundus des geltenden Handelsrechts und integrierte es in die Systematik des common law. Um den Strukturen und Verfahrensweisen des common law Systems gerecht zu werden waren Anpassungen des Handelsrecht zwangsläufige Folge dieser Absorption. Im Gegenzug wurde das (noch universale) Handelsrecht im Bereich der französischen Rechtsordnung weitestgehend in seiner bestehenden Form übernommen und gewissermaßen nur mit dem „königlichen Etikett“ versehen. Sowohl in England, als

seiner Absolutheit sicher nicht präzise, gemeint ist damit wohl die auffallende Parallelität solcher partikular entwickelten Gewohnheiten zwischen den verschiedenen Handelsplätzen des Mittelalters.

⁴⁴² Coing sieht hierin eine Parallele zur Eingliederung des law merchant in das englische common law im 17. und 18. Jahrhundert. Vergl. in Europäisches Privatrecht, Band I, S. 521.

auch in Frankreich verfolgten die Potentaten das Ziel, das Recht zu bestimmen und festzulegen, das Recht wurde als Mittel der Herrschaftsausübung bzw. –sicherung verstanden.

Unterschiedliche Bedingungen begleiteten mithin diese beiden Annäherungen an den Korpus der von den Kaufleuten geschaffenen Regeln. Die Integration von Regeln in ein existierendes Präzedenzsystem, ist der rechtlichen Methodik, den einschlägigen Verfahrensnormen sowie ggf. der Einzelfallgerechtigkeit und einem Ermessensspielraum der jeweils zuständigen Richter unterworfen. Das *law merchant* erfuhr notwendige Anpassungen im Verlaufe dieses langwierigen Prozesses. In Frankreich erfolgte die Integration der Handelspraktiken im Wege der Erfassung, Ordnung und Neuformulierung bestehender Regeln durch einen Akt des Souveräns. Letzterer Weg belässt dem absorbierten Regelwerk in wesentlich höherem Maß seinen ursprünglichen Gehalt.

2. Kapitel: Universelles Handelsrecht in der französischen Rechtsordnung des 21. Jahrhunderts

Anders als in England, setzte sich in Frankreich die intensive wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Handelsrecht fort. Die diesbezüglich aufkommende Literatur dient in anerkannter Weise der Rechtsentwicklung⁴⁴³. Insbesondere in Bezug auf die Initialisierung und Fortentwicklung der Diskussion zu der Frage der Existenz eines „universalen Welthandelsrecht“ trug die französische Rechtswissenschaft maßgeblichen Anteil.⁴⁴⁴

Dies vorangestellt, soll hier mit einer Darstellung der wichtigsten, im französischen Schrifttum vertretenen Konzeptionen begonnen werden.

⁴⁴³ Diese Tatsache ist nur aus der Verschiedenartigkeit der Rechtsentwicklung erklärbar. Diese obliegt in England, wie gesehen, in erster Linie der common law Gerichtsbarkeit. In Frankreich hingegen wird die Rechtsentwicklung in besonderem Maße von der Rechtswissenschaft „begleitet“ und „aufbereitet“, um gleichzeitig Objekt gesetzgeberischer und gerichtlicher Berücksichtigung zu sein.

⁴⁴⁴ Fortier in AI 2001, S. 121, 123 führt dies darauf zurück, dass zu dieser Zeit vor allem französische Rechtsprofessoren sowohl das Prestige, als auch die notwendige akademische Freiheit besaßen, in glaubhafter Weise das Konzept einer anationalen, autonomen *lex mercatoria* zu entwickeln.

A) Lex mercatoria in der französischen Rechtswissenschaft

Die Arbeiten der französischen Rechtswissenschaft waren mit ursächlich für das Aufkommen der lex mercatoria Debatte nach dem zweiten Weltkrieg⁴⁴⁵. Nicht unverständlich ist es daher, dass renommierte Befürworter der Existenz einer lex mercatoria aus ihren Reihen stammen und die Auseinandersetzung mit dieser Thematik dort weite Kreise gezogen hat.

Als einer der Protagonisten und gleichzeitig Vorreiter der Diskussion⁴⁴⁶ ist in diesem Zusammenhang mit Berthold Goldman zu beginnen.

I) Berthold Goldman

In seinem 1964 in den Archives de Philosophie du Droit erschienenen, mittlerweile berühmt gewordenen⁴⁴⁷ Aufsatz „Frontières du Droit et lex mercatoria“ stellte der Autor fest, dass seinen Beobachtungen zu Folge, die

⁴⁴⁵ Berger in „The practice of transnational law“, S. 1, 6 zählt die „French School“ daher zu Recht zu den Meilensteinen der Lehre von einer lex mercatoria.

⁴⁴⁶ Durch seine grundlegende Abhandlung in den Archives de Philosophie du Droit von 1964, S. 177-192, „Frontières du Droit et lex mercatoria“.

⁴⁴⁷ So Gaillard in JDI 1995, S. 5.

internationalen Geschäftsbeziehungen⁴⁴⁸ mit mindestens einer beteiligten Privatperson, sich mehr und mehr der Regelung durch staatliche Rechtssätze entziehen, um sich Normen professionellen oder gewohnheitsrechtlichen Ursprungs sowie aus Schiedsentscheidungen hervorgegangenen Prinzipien zu unterwerfen. Goldman stellt sodann die Frage, ob es sich bei solchen „directives de conduite“ um Rechtssätze handelt.

Zu diesem Zweck werden eben diese Regeln einer formellen Betrachtungsweise unterzogen. Dabei wird zwischen dem Kriterium der Regel und dem juristischen Charakter dieser differenziert.

Eine Regel soll dabei ein allgemein und hinreichend präzise formuliertes Ge- oder Verbot bestimmen. Bejaht der Autor den allgemeinen und präzisen Charakter für Standardverträge, verweist er für die gewohnheitsrechtlichen Regeln auf ein generelles, auch jedem nationalen Richter bei der Rechtsfortbildung obliegendes Manko in diesem Punkt und lehnt eine

⁴⁴⁸ Die er in drei Grundtypen einteilt, den internationalen Handelskauf, den internationalen Transport und die internationale Kreditoperation.

Spezifität der Regeln des internationalen Handels insoweit ab.

Den Befehlscharakter der Norm führt Goldman auf die freiwillige Unterwerfung der Parteien unter die getroffene Vereinbarung zurück. Dabei soll dieser „pacta sunt servanda“ Grundsatz seine Verbindlichkeit nicht einer staatliche Norm verdanken⁴⁴⁹, vielmehr beruhe er auf einer gemeinsamen Überzeugung im internationalen Handel.⁴⁵⁰ Der mangelnde Systemcharakter⁴⁵¹ der Gesamtheit dieser Regeln soll hieran nichts ändern.⁴⁵² Schließlich stellt sich Goldman die Frage nach dem Ursprung der Regeln. Sollen sie rechtlicher Natur sein, müssten sie von einer

⁴⁴⁹ Beispielhaft für die französische Rechtsordnung wird Art. 1134 C.c. erwähnt, dessen Gehalt eben mit der Überzeugung im internationalen Handel koinzidiere. Vergl. Goldman in APD 1964, 177, 189.

⁴⁵⁰ Goldman, a.a.O. S. 188 f..

⁴⁵¹ Zu dieser Frage ließe sich auf die Arbeiten Osmans hinweisen, welcher, freilich fast 30 Jahre nach Erscheinen des zuvor zitierten Aufsatzes, einen materiellen Gehalt der *lex mercatoria*, im Sinne der Konstituierung eines Rechtssystems untersucht, vergl. Osman, „Les principes généraux du droit“, 1992. Goldman stellte bereits selbst solche konkreten Regeln anhand der Praxis des internationalen Handels sowie zahlreichen Schiedsentscheidungen fest, vergl. ders. in JDI 1979, S. 475, 488-496.

⁴⁵² Wobei Goldman zu erkennen gibt, dass ein solch zusätzliches Merkmal für die Definition einer Rechtsregel für ihn nicht zwingend ist, vergl. in APD 1964, 177, 189.

entsprechenden Autorität herrühren.⁴⁵³ Lässt man dies zumindest teilweise für die Berufsorganisationen mancher Wirtschaftszweige zu, sieht sich diese Ansicht dem Einwand ausgesetzt, dass derartig erlassene Regeln ihre Autorität allein der staatlichen Billigung durch die jeweilig mit der Anwendung konfrontierten Rechtsordnungen verdanken. Gleiches gilt für die Durchsetzung der Norminhalte im Falle einer Nichtbeachtung durch eine beteiligte Partei. Dies erkennt auch Goldman an, hält diese Beobachtung aber nicht für völlig exakt und verweist in diesem Zusammenhang auf die vorherrschende Bereitschaft zur „spontanen Befolgung“ solcher, durch Schiedsgerichte angewandte Normen, bzw. disziplinarer Sanktionen etwaiger Verbände.⁴⁵⁴ Im Rahmen einer nicht-Streitfall-bezogenen Anwendung nennt er die bereits erläuterte „Eigenständigkeit“ der verbindlichen Wirkung nicht staatlicher Regeln am Beispiel des „pacta sunt servanda“

⁴⁵³ Auch dieses Erfordernis ist für Goldman nicht unverzichtbar. Er führt in diesem Zusammenhang an, dass eine Rechtsqualität von Gewohnheitsrecht grundsätzlich verneint werden müsste, was jedoch im Bereich des Völkerrechts etwa nicht ernsthaft in Frage gestellt wird. Vergl. Goldman a.a.O. , S. 190.

⁴⁵⁴ Goldman a.a.O., S. 191. Er bezieht sich hierbei auf die ausführlichen Beobachtungen Fouchards in „L'arbitrage commercial international“, S. 462 ff, dort v.a. Rdn. 644 ff. bzw. 649 ff..

Grundsatzes. Neben diesem Grundsatz ließen sich auch weitere konkrete Regeln aus der internationalen Praxis der Kaufleute ableiten. So wird insbesondere die Pflicht zur Vertragsanpassung im Falle der *force majeure* durch sogenannte *hardship*-Klauseln hervorgehoben.⁴⁵⁵ Auch sieht Goldman in den internationalen „*clés au main*“ oder „*produit en main*“ Verträgen zwischen Firmengruppen und Staaten, einen in der Entwicklung befindlichen Prozess der Regelerzeugung für spezifisch internationale Transaktionen.⁴⁵⁶ Es scheint als sei die Verbindlichkeit solcher Regeln also allein auf deren Zweckmäßigkeit bei der Regelung internationaler Transaktionen zurückzuführen.

Im konkreten Streitfall ordnet der Autor den internationalen Schiedsgerichten die Funktion der zwangsweisen Durchsetzung dieser Normen zu und verweist bereits auf die Situierung internationaler Schiedsgerichte außerhalb nationaler Rechtsordnungen.⁴⁵⁷ Die zwangsweise Durchsetzung mit Hilfe staatlicher Institutionen stelle nur Einzelfälle

⁴⁵⁵ Goldman, JDI 1979, S. 475, 488.

⁴⁵⁶ Goldman, JDI 1979, S. 475, 489.

⁴⁵⁷ Wie bereits gesehen, ist diese Diskussion noch heute nicht eindeutig entschieden und insofern noch immer aktuell.

dar⁴⁵⁸ und entspreche im Übrigen, mit Ausnahme der seltenen Verstöße gegen eine nationale *ordre public*, dem Regelfall.⁴⁵⁹

Schließlich unterstreicht Goldman die Rechtsqualität von *lex mercatoria* Regeln, indem er sie an den Prinzipien der Effektivität und der Analogie misst.⁴⁶⁰

Die Effektivität einer Regel zeichne sich dadurch aus, dass sie in effektiver Weise eine (bestimmte) Personenmehrheit „steuert“ und die Mitglieder sich im Falle ihrer Übertretung bewusst sind, mit der Organisation und ihren Strukturen in Konflikt zu geraten. Hinzukommen muss dabei die Geeignetheit der Regel um zu einer Anwendung zu gelangen, ohne dass ein expliziter Verweis der Parteien oder eine Aufnahme in den Vertrag notwendig ist. Sie müssen daher das Stadium ihres vertraglichen Ursprungs verlassen und als Gewohnheitsrecht allgemeine Geltung erlangt haben.⁴⁶¹

Sind diese beiden Voraussetzungen erfüllt, steht der

⁴⁵⁸ Der Regelfall bestehe eben in der freiwilligen Befolgung oder dem Erlass von Sanktionen im Rahmen der Berufsverbände. Auch die Veröffentlichung von Schiedsentscheiden im Sinne einer „moralischen“ Strafe soll hierunter fallen.

⁴⁵⁹ Goldman, JDI 1979, S. 475, 499; ebenso schon in APD 1964, 177, 191.

⁴⁶⁰ Goldman, JDI 1979, S. 475, 499-502.

⁴⁶¹ A.a.O., S. 501. Goldman nennt dies „*principe d’analogie*“.

Autorität der jeweiligen Organisation/ Personenmehrheit⁴⁶² zur Setzung von Recht demnach nichts mehr entgegen.

Goldmans Konzeption fußt in essentieller Weise auf dem Gedanken der Selbstregulierungskraft / bzw. -fähigkeit einer nicht näher eingegrenzten Gruppe⁴⁶³ international Handelntreibender durch Setzung „eigener“ Regeln. Dabei wird die Rechtsqualität der von dieser erlassenen Regeln vornehmlich auf deren allgemeine Anerkennung und Befolgung durch ihre Adressaten zurückgeführt. Abgesehen von einer letzten Sanktionsmöglichkeit durch staatliche Autorität, beruht

⁴⁶² In diesem Fall der Gemeinschaft der international operierenden Akteure einschließlich ihrer organisierten Korporationen.

⁴⁶³ Dieser eine Einheitlichkeit zu sprechen würde an der Realität vorbeigehen, da sowohl die Verbände nach Berufszweigen organisiert sind als auch die Schiedsgerichtsbarkeit unter verschiedenen Assoziationen zusammengefasst ist. Lediglich für die „allgemeinsten“ Grundsätze wie der erwähnte „pacta sunt servanda“ Grundsatz o. die INCOTERMS ist eine Einheitlichkeit vorstellbar. In diesem Sinne ist die Vorstellung verschiedener, einer eigenen Dynamik folgender „leges mercatoriae“ denkbar. Vergl. beispielhaft hierzu die Abhandlungen Falls (bezogen auf das Seerecht in JIA 1998, S. 83 ff.), Molineauxs (zum internationalen Baurecht in JIA 1997, S. 55 ff.) oder Byk zum internationalen Recht der Bioethik (JDI 1997, S. 913 ff.). Vergleichbares ließe sich auch über den internationalen Finanzsektor, den elektronischen Handel über das Internet, die Rückversicherung und andere Bereiche sagen. Hierzu ein Überblick bei Loquin/ Ravillon in „La mondialisation du droit“, S. 91, 114-123.

ein nachweislicher Sanktionsgehalt betreffender Regeln also auf Empirie.

Ohne der kritischen Auseinandersetzung Lagardes⁴⁶⁴ vorgreifen zu wollen, ist zu bemerken, dass grundsätzlich alle Regeln aus sozialer, wirtschaftlicher oder moralischer Zweckmäßigkeit heraus zustande kommen und aus diesem Grund „folgenswert“ erscheinen mögen, dies kann für sich gesehen eine dahinter stehende Sanktionsmöglichkeit im Falle der Missachtung jedoch nicht ersetzen. Diese würde also im Zweifel von der staatlichen Gerichtsbarkeit übernommen werden. Auch wenn dies nicht der Regelfall sei, wird diese Tatsache von Goldman nicht ignoriert. Folgerichtig erscheint daher, dass Goldman eine völlige Autonomie der *lex mercatoria* von staatlichen Rechtsordnungen nicht in sein Konzept aufnimmt, vielmehr ein Nebeneinander im Sinne einer Koexistenz oder kombinierten Anwendung für möglich hält.⁴⁶⁵ Es existiert weder eine absolute Immunität der internationalen Verträge, noch Exklusivität des

⁴⁶⁴ Siehe sogleich unter 4.).

⁴⁶⁵ Eindeutig in JDI 1979, S. 475, 498; s.a. Goldman in *Études Lalive*, S. 241, 250. Dies trifft im Wesentlichen auch für die Gültigkeit von Schiedsentscheiden zu.

transnationalen Rechts⁴⁶⁶. Beides stellt jedoch nicht die der *lex mercatoria* eigene Funktion in Frage, als Sammlung von Rechtsvorschriften (*règles de droit*) zur Regelung vieler⁴⁶⁷ Aspekte im internationalen Wirtschaftsverkehr zu dienen. Eine komplementäre Anwendung mit staatlichem Recht, welches sich insoweit auch als eine Quelle von *lex mercatoria* Normen offenbart⁴⁶⁸, ist also eine völlig normale Erscheinung.

II) Philippe Kahn

Philippe Kahn, der mit dem von ihm geprägten Begriff der „*société extraétatique et internationale des commerçants*“⁴⁶⁹ die Überlegungen Goldmans mit beeinflusste, erkennt ebenfalls eine zunehmende Herausbildung konkreter Verhaltensregeln des internationalen Handels durch die internationale Schiedsgerichtsbarkeit an⁴⁷⁰. Hierbei handele es sich

⁴⁶⁶ A.a.O., S. 498 und 499; Ders, in APD 1964, 177, 189.

⁴⁶⁷ Die Begrenztheit des Anwendungsfeldes von *lex mercatoria* Normen wird von Goldman in keiner Weise ignoriert, vergl. nur S. 479, 480, 497 in JDI 1979; ebenso Goldman in *Études Lalive*, S. 241, 249 f..

⁴⁶⁸ Goldman a.a.O., S. 475, 477.

⁴⁶⁹ Philippe Kahn, „*La vente commerciale internationale*“, S. 17.

⁴⁷⁰ Vergl. in JDI 1989, S. 305, 307. Kahn unterscheidet drei verschiedene Bedeutungen die den allgemeinen Rechtsprinzipien

vornehmlich um Ausformungen des allgemeinen Prinzips des „guten Glaubens“, welche regelmäßig Rechtssätzen nationaler Rechtsordnungen entsprechen.⁴⁷¹ Dabei schließt er zunächst berufsspezifische Bräuche, mangels ausreichendem Abstraktions- und allgemeinen Geltungsgrades, von der Möglichkeit ein rechtliches Strukturelement im Rahmen eines internationalen Rechtsraums bilden zu können, aus.⁴⁷²

Auch sieht er die Homogenität dieses Rechtsraums insofern kritisch, als sich die Fortbildung allgemeiner Regeln des internationalen Handels auf verschiedenen Stufen abspiele, im internationalen Entwicklungs- und Kooperationsrecht,⁴⁷³ im Bereich der Rechtsangleichung durch internationale Abkommen⁴⁷⁴ oder eben durch die

durch die internationalen Schiedsgerichte in verschiedenen Entscheiden zugemessen werden. Sie werden teils als Indiz eines Parteiwillens gesehen, ihre Beziehungen dem Bereich eines nationalen Rechts zu entziehen, teils werde durch sie auch eine grundlegende, transnationale öffentliche Ordnung ausgedrückt. Letztere von Kahn festgestellte Bedeutung ist dabei die Eigenschaft als Strukturelement eines neuen, transnationalen Rechtsraums, einer *lex mercatoria*.

⁴⁷¹ Vergl. in JDI 1989, S. 305, 321.

⁴⁷² JDI 1989, S. 305, 319.

⁴⁷³ Kahn in „Relations économiques internationales“, S. 97, 104 f..

⁴⁷⁴ A.a.O. S. 106.

internationalen Schiedsgerichte.⁴⁷⁵ Die internationale Rechtsordnung umfasst somit verschiedene Beziehungen, wodurch Interferenzen zwischen der *lex mercatoria* als Recht der (privaten) Händler und dem Staat als Wirtschaftsakteur und der diesbezüglich produzierten Regeln zwischenstaatlicher Geltung sowie den nationalen Rechtsordnungen entstehen.⁴⁷⁶ In diesem Sinne spricht er von einem Pluralismus der Rechtsordnungen.

Wie Goldman, erkennt auch Kahn die Notwendigkeit der Effektivität solcher Regeln. Damit sie befolgt werden, also effektiv sein können, müssen sie erkennbar, vorhersehbar und hinreichend konkret sein. Anhand verschiedener, untersuchter Schiedsentscheide ermittelt Kahn verschiedene Regeln des internationalen Handelsverkehrs, etwa eine strenge Informationspflicht der Vertragsparteien sowohl beim Abschluss als auch

⁴⁷⁵ Wobei hier ebenfalls das System der C.N.U.D.C.I als Schiedssystem der internationalen Staatengemeinschaft hervorgehoben wird, welches den Grundsätzen des internationalen (öffentlichen) Wirtschaftsrecht Rechnung trägt.

⁴⁷⁶ Etwa bei der Vollstreckung von Schiedsentscheiden. Dabei sind diese verschiedenen Beziehungen nicht notwendig subordinations-, konkurrenz- oder gar antagonistisch geprägt, vielmehr bestehen auch Überschneidungen in kooperativem Sinne. Als Beispiel nennt Kahn den Vertrag „*clé au mains*“. Vergl. die Ausführungen auf S. 106 f..

der Ausführung des Vertrages,⁴⁷⁷ einen allgemeinen, haftungsbegründenden Pflichtverletzungstatbestand,⁴⁷⁸ Erlöschengründe von Vertragspflichten, eine allgemeine Schadensminderungspflicht oder die Geltung des Estoppel-Prinzip.⁴⁷⁹

Kahn unterstreicht, dass diese Aufzählung nicht abschließend ist, stellt jedoch eine recht weitgehende Normgesamtheit fest, welche ein weites Feld von Problemen, die im Rahmen internationaler Verträge aufkommen, abdecken.⁴⁸⁰ Eine konkrete Theorie einer Rechtsordnung des internationalen Handels formuliert Kahn jedoch nicht. Er hebt vielmehr das weltweite Anwendungsfeld der internationalen „Regeln“ hervor und verweist auf die (noch) beschränkten Anwendungsfelder der Schiedsrechtsprechung. Dennoch stellten sie eine kohärente rechtliche Struktur für die internationalen Wirtschaftsbeziehungen dar, deren Hauptproblem in ihrer noch vorzunehmenden

⁴⁷⁷ JDI 989, S. 305, 320.

⁴⁷⁸ Aus der berühmten *Pabalk/Norsolor* Entscheidung (CCI aff. No. 3131), welche später noch Gegenstand der Untersuchung sein wird.

⁴⁷⁹ JDI 1989, S. 305, 322 und 323.

⁴⁸⁰ Kahn in „*Les relations économiques internationales*“, S. 97, 100 f..

quantitativen und qualitativen Ausdehnung liege.⁴⁸¹ Der oben erwähnten „société extraétatique et internationale des commercants“ misst er einen begrenzten Autonomiegrad im Verhältnis zu staatlichen Rechtsordnungen bei und ignoriert in diesem Zusammenhang auch nicht die notwendige Unterwerfung eines internationalen Vertrages zwischen Privaten unter die Regelungshoheit eines Staates⁴⁸². Da gleichzeitig aber auch eine selbständige Regelbildung bei der vertraglichen Gestaltung ihrer (privaten) Beziehungen von Kahn beobachtet wurde, lautet seine folgerichtige Forderung auf die möglichst weitgehende, staatliche Einräumung von Gestaltungsfreiheiten für die privaten Akteure des internationalen Handels. Bezogen auf das Verhältnis von Staatengemeinschaft und der „Gemeinschaft“ des internationalen Handels führt er demgemäß aus: *„Il ne s’agit donc pas de reconnaître un conflit et de lui chercher une solution, mais de le supprimer par élimination des compétences de la société interétatique au profit de celles de la société internationale de la vente“*⁴⁸³.

⁴⁸¹ A.a.O., S. 327.

⁴⁸² Kahn, La vente commerciale internationale, S. 234.

⁴⁸³ Kahn, La vente commerciale internationale, S. 232.

III) Paul Lagarde

Lagardes Ausführungen zur *lex mercatoria* erschienen unter dem Titel „Approche critique à la *lex mercatoria*“.⁴⁸⁴ Konkret setzt sich der Verfasser dabei mit dem von Goldman vertretenen Ansatz⁴⁸⁵ auseinander, der, wie gesehen, eine Herleitung des Regelcharakters der *lex mercatoria* unternimmt.

Ohne das letzterer sich explizit zur Propagierung eines Rechtsordnungscharakters der *lex mercatoria* veranlasst sah⁴⁸⁶, nimmt Lagarde dessen Ausführungen über die rechtliche Qualität einer Regelpools und dessen Funktion zur effektiven Steuerung eines Kollektivs zum Anlass, diese auf einer allgemeineren Ebene anhand der Frage zu diskutieren, inwiefern die *lex mercatoria* eine Rechtsordnung konstituiere.⁴⁸⁷

⁴⁸⁴ Lagarde in *Mélanges Goldman*, S. 125.

⁴⁸⁵ In dessen Aufsätzen in *APD* 1964, S. 177 und *JDI* 1979, S. 475.

⁴⁸⁶ Goldman spricht davon, dass solche Regeln des internationalen Handels die Funktion einer Sammlung von Rechtsnormen erfüllen können, vergl. in *JDI* 1979, S. 475, 499. Lagarde erkennt zwar an, dass die Diskussion über den Rechtsordnungscharakter der *lex mercatoria* nicht prinzipieller Gegenstand der Ausführungen Goldmans ist, rechtfertigt die Verlagerung auf diese begriffliche Ebene jedoch mit der entscheidenden Bedeutung dieser Frage für die Doktrin von einer *lex mercatoria*, vergl. a.a.O., S. 127.

⁴⁸⁷ Vergl. Lagarde in *Mélanges Goldman*, S. 125, 127, dort insbesondere Fn. 3.

In seiner kritischen Würdigung folgt Lagarde dabei dem von Goldman vollzogenen Ansatz, welcher zunächst auf einer Darlegung der Existenz von *lex mercatoria* Normen beruht, um daraufhin deren Fähigkeit ein System bilden zu können zu untersuchen. Nicht Gegenstand seiner Untersuchung sollen dabei solche Normen des internationalen Handels sein, welche staatlicher Herkunft sind. Kennzeichnend für die *lex mercatoria* sei ihr spontaner Charakter bei ihrer Schaffung durch die (internationale) *societas mercatorum*, weshalb sie außerhalb staatlicher Rechtsquellen zu situieren ist.⁴⁸⁸

Ihr Inhalt bestehe damit wesentlich aus den von Berufsverbänden erlassenen Regeln und den zwischen den Handelsoperatoren in ihren Verträgen verwendeten Standardklauseln. Letztgenannte sind nach Lagarde nicht geeignet einen Regelcharakter aufzuweisen, denn ein regelmäßiger Gebrauch ist angesichts der Diversifikation der verwendeten Formulierungen nicht ausreichend, um in diesen eine materielle Rechtsregel zu erkennen. Vielmehr drücke sich in deren Insertion lediglich die freie

⁴⁸⁸ Lagarde a.a.O., S. 125, 128.

Vertragsgestaltung durch die Parteien aus. Den berufsspezifischen Regelungen möchte Lagarde ihre Effektivität nicht absprechen, dies jedenfalls für den Fall der konkreten Bezugnahme durch die Parteien. Generell hebt er jedoch deren fragmentarischen Charakter hervor und sieht eine qualitative Gemeinsamkeit allein in ihrer Adaption an die Bedürfnisse des internationalen Handels begründet.⁴⁸⁹ Zusammenfassend formuliert er, dass eine Schaffung von Rechten und Pflichten durch die internationale Kaufmannschaft außerhalb staatlicher Rechte zwar nicht zu leugnen ist, hieraus jedoch nicht gefolgert werden kann, dass dieser, von Teilen des Kollektivs⁴⁹⁰ vollzogene Prozess, die Qualität und Geltung von Normen auch für die Übrigen erreichen kann.⁴⁹¹ Diesbezüglich wird von Goldman jedoch das „principe d’analogie“ als notwendiges Kriterium vorangestellt, von einer „automatisierten, allgemeinen

⁴⁸⁹ Vergl. Lagarde a.a.O. S. 129, dort auch Fn. 9.

⁴⁹⁰ Gemeint sind die Akteure des internationalen Handels, vor allem die Branchenorganisationen und größeren Konzerne. Generell kann Anzahl oder Bedeutungsgrad dieser, für die Qualität zur Normsetzung jedoch nicht ausschlaggebend sein.

⁴⁹¹ Lagarde a.a.O. S. 130. Hierzu ist allerdings zu bemerken, dass Goldman eine solche „allgemeinere“ Verbindlichkeit an das Kriterium der

Verbindlichkeit“ entstehender Rechte/Pflichten ist Goldmans Ausführungen nichts zu entnehmen.⁴⁹²

Lagarde beobachtet weiterhin eine Entwicklung von Goldmans Standpunkt zwischen den beiden analysierten Artikeln. Danach bezweifele Goldman in seiner 1964 erschienenen Abhandlung noch die Eigenschaft der *lex mercatoria* als vollständig autonomes System, 1979 bekunde er, dass die *lex mercatoria* die Funktion einer Gesamtheit von Rechtsnormen erfüllen könne.⁴⁹³

Lagarde führt dies darauf zurück, dass Goldman nunmehr auch die unter Art. 38 des IGH-Statuts fallenden gewohnheitsrechtlichen Regeln (allgemeine Rechtsgrundsätze) der *lex mercatoria* zurechnet.⁴⁹⁴

Diesem Ansatz widerspricht er, indem er eine Positivität von *lex mercatoria* Regeln verneint, solange diese keine Rechtsordnung im positivistischen Sinn konstituiert.⁴⁹⁵

Als Herleitung dieses Ansatzes von Goldman kommt für Lagarde nur die einzig denkbare Verbindung

⁴⁹² S. zuvor unter I.).

⁴⁹³ Es ist anzumerken, dass Goldman diese “vorsichtig” anmutende Formulierung sicherlich mit Bedacht gewählt hat, Lagarde die Diskussion jedoch auf die Ebene der allgemeinen Terminologie platziert und die damit verbundenen Assoziationen zum Maßstab seiner Untersuchung heranzieht.

⁴⁹⁴ Siehe Goldman in JDI 1979, S. 475, 485 f., insbesondere no. 19 und 20.

⁴⁹⁵ Lagarde in *Mélanges Goldman*, S. 125, 132.

zwischen einer *lex mercatoria* und dem Völkerrecht in Frage: Die zwischen Staaten und Privatpersonen geschlossenen Verträge. Sinn und Zweck dieser Verträge sei es, den privaten Akteur vor nachträglichen Gesetzesänderungen seitens des Staates zu schützen, welche Einfluss auf die Geschäftsbeziehung ausüben könnten.⁴⁹⁶ Da diese Maßgabe zwischen Privaten unerheblich ist, kann dem Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze im Sinne des Art. 38 IGH Statut, als konstitutives Element einer *lex mercatoria* nicht zugestimmt werden.⁴⁹⁷ Neben der Feststellung des Scheiterns dieses Ansatzes verweist Lagarde auch auf dessen Unvollständigkeit, da eine Regelgesamtheit für sich gesehen keine Rechtsordnung bilden kann, vielmehr eine soziale Organisation, bzw. eine strukturierte Einheit erforderlich ist, von der eine Rechtssetzung ausgehen

⁴⁹⁶ Lagarde a.a.O. S. 132 f..

⁴⁹⁷ Es fragt sich dennoch, ob diese starre Trennung zwischen Staat und Privatperson im internationalen Wirtschaftsverkehr ein geeignetes Abgrenzungskriterium für die in diesem Zusammenhang anzuwendenden Grundsätze ist. Gerade wenn der Staat „wie ein Privater“ am Wirtschaftsverkehr teilnimmt, geht es den Parteien ebenfalls um die Anwendung transaktionsadäquater Regelungen. Die hierbei entstehenden Grundsätze als qualitativ verschieden von denen, die anlässlich der Wirtschaftsbeziehungen unter Privaten entstehen einzustufen, erscheint schwerlich belegbar.

kann.⁴⁹⁸ Die *societas mercatorum* weise eine solche Organisationsdichte nicht auf. Die Pluralität ihrer Berufsorganisationen, die Verschiedenartigkeit ihrer Schiedsinstitutionen⁴⁹⁹ sowie die Heterogenität ihrer Akteure⁵⁰⁰ führen zu dem Schluss, dass sich der internationale Handel eher durch das Vorhandensein gewisser „*îlots d'organisation*“⁵⁰¹ auszeichnet, als durch eine zur Normsetzung fähige, organisierte Einheit im o.g. Sinne.

Lagarde's Betrachtungen des Entwicklungsstandes des internationalen Handelsrechts anhand der Konzeption Goldmans erfolgen unter Zugrundelegung eines streng formalistischen Verständnisses. Die von Goldman „beanspruchte“ Qualität und Funktion des internationalen Handelsrechts kommt nach Lagarde der Gleichsetzung mit einer Rechtsordnung derart nahe, dass aus seiner Sicht nur eine Überprüfung anhand der diesbezüglichen Kriterien als sinnvoller

⁴⁹⁸ Lagarde a.a.O., S. 134 f..

⁴⁹⁹ Welche im übrigen mehr dem Zweck der Anpassung des internationalen Rechtsraums an die Bedürfnisse der Handeltreibenden, als der geordneten Entwicklung von *lex mercatoria* Regeln dienen soll, vergl. Lagarde a.a.O., S. 137.

⁵⁰⁰ Die nicht mit der zumindest faktisch bestehenden Gemeinschaft der Staaten untereinander zu vergleichen sei, vergl. a.a.O., S. 138.

⁵⁰¹ A.a.O., S. 139.

Betrachtungsmaßstab in Frage kommen kann. Einer solchen (formalistischen) Prämisse kann eine *lex mercatoria* nicht gerecht werden. Es bleibt die Frage inwiefern dies überhaupt wünschenswert oder notwendig ist. Goldman formuliert dementsprechend vorsichtig wenn er sagt, das die *lex mercatoria* die *Funktion einer Gesamtheit von Rechtsregeln* erfülle⁵⁰² und sich dabei in erster Linie auf die Regelqualität einzelner ihrer Bestandteile⁵⁰³ beruft. Ein Vergleich mit Organisationsmerkmalen einer staatlichen Rechtsordnung⁵⁰⁴ erscheint diesbezüglich weder zwingend erforderlich noch angebracht,⁵⁰⁵ um die bei Goldman proklamierte Funktion der effektiven Steuerung einer bestimmten Gruppe zu erfüllen.

⁵⁰² Goldman in JDI 1979, S. 475, 499.

⁵⁰³ Dabei beschränkt er sich nicht nur auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze i.S.d. Art. 38 IGH-Statuts ein, vergl. a.a. O..

⁵⁰⁴ Goldman (in JDI 1979, S. 475, 499) verweist in diesem Zusammenhang auf ein restriktives Verständnis von einer „rechtssetzungsfähigen Autorität“ im Kreise seiner Kritiker. Dies ist wohl in der Tat die „Gretchenfrage,“ die zu stellen ist, wenn es darum geht die Rechtsqualität von im anationalen Bereich geschaffenen Regeln zu beurteilen. Stein, S. 9, bemerkt hierzu, dass keine theoretische Instanz zu diesem Punkt eine verbindliche Entscheidung treffen könne.

⁵⁰⁵ Auch Fortier, AI 2001, S. 121,122 unterstreicht die Bedeutung der Praktikabilität von *lex mercatoria* Regeln. In diesem Sinne wohl auch Stein, die eine Funktionalität der *lex mercatoria* zur Bewältigung praktischer Bedürfnisse des internationalen Handels ihrer theoretischen Einordnung voranstellt, s. Stein, S. 10.

Letztlich ist auffallend, dass, auch Lagarde gewisse Entwicklungen in der Rechtsschöpfung des internationalen Handels anerkennt, sein „approche critique“ insofern mit einer vielfach vertretenen Auffassung in der Literatur übereinstimmt⁵⁰⁶, die den Entwicklungsstand der lex mercatoria als für noch nicht ausreichend befindet um ihr eine eigenständige Bedeutung beizumessen.

IV) Eric Loquin

Eric Loquin nimmt eine Bestandsaufnahme existierender Handelsbräuche⁵⁰⁷ vor. Ungeachtet der Diversität ihrer Bildung und Quellen sei entscheidend für ihre Feststellung, dass sie von einer Autorität des internationalen Handels,⁵⁰⁸ als „geeignet für die Bedürfnisse des internationalen Handels“ anerkannt wurden.⁵⁰⁹ Daraus ergeben sich zwei kennzeichnende

⁵⁰⁶ Vergl. Etwa Mustill in *Liber amicorum* for Lord Wilberforce, S. 149 ff. ; Kahn in *JDI* 1989, S. 305, 327.

⁵⁰⁷ Eine terminologische Unterscheidung zwischen Handelsbräuchen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist nach Ansicht des Autors nicht sinnvoll möglich, vergl. in *RIDE* 1989, S. 163, 195.

⁵⁰⁸ Womit er die staatlichen Richter und die Schiedsrichter, die körperschaftlichen Autoritäten sowie die zwischenstaatlichen Organisationen meint.

⁵⁰⁹ Loquin in *RIDE* 1989, S. 163, 167.

Elemente: Die Geeignetheit des Brauchs sowie die (notwendige) Anerkennung durch eine legitimierte Stelle. Ersteres betrifft inhaltliche Anforderungen⁵¹⁰ an den Brauch, welche hier nicht weiter verfolgt werden sollen. Für die Ermittlung der „rechtlichen Qualität“ dieser Bräuche ist zweiteres Element der Definition von Bedeutung. Nach Loquin kann der Brauch nur durch Sanktion einer zuständigen Stelle als solcher „existent“ werden.⁵¹¹ Zu einer solchen Stelle zählen auch die staatlichen Gerichte, „*la proclamation de la règle par la jurisprudence est la preuve de sa normativité*“⁵¹² Damit gesteht der Autor den staatlichen Rechten, wenngleich nicht völlig eigenständig,⁵¹³ eine notwendige „Erdungsfunktion“ internationaler Handelsbräuche zu. Die Interaktion privater und staatlicher Gerichte⁵¹⁴ soll dabei der Dialektik der *lex mercatoria* inhärent sein,

⁵¹⁰ Loquin verweist dabei etwa auf verschiedene praktische Bedürfnisse des internationalen Handels die zu erfüllen sind (a.a.O. auf S. 169 ff.), sowie die Vorhersehbarkeit des Brauchs im Rahmen einer internationalen Beziehung.

⁵¹¹ Loquin in RIDE 1989, S. 163, 181.

⁵¹² Ausdrücklich a.a.O. auf S. 183.

⁵¹³ Daneben sind auch die privaten Schiedsgerichte hierzu berufen. Loquin (a.a.O. auf S. 182 f.) beschreibt das Verhältnis beider Gerichtsbarkeiten wie eine stillschweigende Kooperation, in deren Rahmen eine Anwendung internationaler Handelsbräuche durch die einen, mit der Anerkennung dieser Bräuche durch die anderen häufig zusammenfalle.

⁵¹⁴ Loquin in *Mélanges Kahn*, S. 23, 47 ff..

letztgenannte bediene sich sowohl der Zwangswirkung des *lex contractus* als auch jener, welche sich aus der staatlichen Anerkennung der Schiedssprüche ableiten lässt.⁵¹⁵ Vergleichbares ließe sich über staatliche Aktivitäten bei der Kreation und Konsolidierung von Regeln des internationalen Handels sagen⁵¹⁶. Der Staat bewirkt so eine (wenigstens bedingte) Reziprozität zwischen internationalem und nationalem Wirtschafts- und Rechtsraum. Eine strikte Trennung zwischen *lex mercatoria* und staatlicher Rechtsordnung existiert demnach nicht.⁵¹⁷ Dies schließt nicht aus, dass von den staatlichen Rechtsordnungen losgelöste und insoweit vergleichsweise eigenständige Regelungsbereiche der Schiedsrechtsprechung/ Handelsbräuche/ Standardverträge⁵¹⁸ bestehen können.

⁵¹⁵ Loquin in *Mélanges Kahn*, S. 23, 41.

⁵¹⁶ Durch die Aufnahme verschiedener Regeln in zwischenstaatlich ausgehandelte Abkommen wie dem CISG oder der Intervention staatlicher Rechtssetzungsimpulse wie UNCITRAL entsteht eine, wenigstens partielle, Konvergenz solcher Regeln des internationalen Handels, sowie eine originäre bzw. additive Effektivität dieser. Vergl. Loquin a.a.O. auf S. 47 ff..

⁵¹⁷ So ausdrücklich a.a.O. auf S. 41. Der Autor formuliert dabei sehr bildhaft, indem er eine „Undurchlässigkeit“ zwischen *lex mercatoria* und staatlichen Rechtsordnungen negiert.

⁵¹⁸ Vergl. zu diesem Phänomen bereits die im 1. Teil, 2. Kapitel, A.), I.), 3.), a) genannten Hinweise über diesbezügliche Abhandlungen.

Die „Realität“ einer *lex mercatoria* setzt sich folglich aus einer von verschiedenen Stellen ausgehenden Würdigung ihrer, aus unterschiedlichen Quellen hervorgegangenen Regeln zusammen. Die derart erlangte Sanktion der Regel attestiert ihre Geeignetheit und Effektivität im Bereich des internationalen Handels.⁵¹⁹ Die staatlichen Rechtsordnungen bezieht Loquin in das breit angelegte Zusammenspiel diverser Autoritäten ein, innerhalb dessen verschiedene, in konstanter Erneuerung befindliche Quellen⁵²⁰ ein „Recht des internationalen Handels“ zur Existenz gelangen lassen. Die *lex mercatoria* schöpft einen Teil ihrer Substanz aus den staatlichen Rechtsordnungen ohne dabei auszuschließen, dass im Einzelfall nahezu autonomiegleiche Integrationsgrade bestimmter Bereiche erreicht werden können. In diesem Sinne spricht er von „îlots fortement organisés“ die unabhängig von einer gleichfalls existenten „ordre juridique transnational de base“ bestünden. Letztere

⁵¹⁹ Loquin in RIDE 1989, S. 163, 181.

⁵²⁰ So Loquin (Mélanges Kahn auf S. 23, 30) für den Fall der Vertragspraktiken der Beteiligten. Weitere Quelle der permanenten Anreicherung der *lex mercatoria* ist die Rechtsvergleichung und auch die Schiedsrechtsprechung, (wenngleich nur in beschränktem Ausmaß) vergl. a.a.O. S. 28 ff. und 34 ff..

beruhe auf dem gemeinsamen Bewusstsein (der beteiligten Akteure und Autoritäten) betreffend der besonderen Bedürfnisse des internationalen Handels und der Notwendigkeit, diese unter spezifische Regeln zu fassen.⁵²¹

V) Emmanuel Gaillard

Gaillard führt eine differenzierte Betrachtung der „globalen“ Literatur zur „lex mercatoria“ durch, um sodann eine terminologisch orientierte Unterscheidung ihrer inhaltlichen Bedeutung(en) festzustellen : Der Begriff „lex mercatoria“ betone, im Gegensatz zu den Formulierungen „transnationale Regeln“ oder „allgemeine Prinzipien des Rechts des internationalen Handels“, den Inhalt solcher Normen, an Stelle der Art und Weise ihrer Bildung.⁵²² Hierdurch würde die Notwendigkeit einer internationalen Quelle solcher Normen offenbar, was jedoch nicht zwingend erforderlich ist um den Bedürfnissen des internationalen Handels gerecht zu werden. Die beiden letztgenannten Formulierungen suggerieren dagegen einen nationalstaatlichen Ursprung bzw. eine Verbindung zu

⁵²¹ Loquin in RIDE 1989, S. 163, 167.

⁵²² Gaillard in JDI 1995, S. 5, 7.

staatlichen Rechtsordnungen und vermeiden so eine, dem Begriff der *lex mercatoria* anhaftende Spezifität der Regeln des internationalen Handels.⁵²³

Gaillard betont also die Anknüpfung der *lex mercatoria* Regeln an die verschiedenen nationalen Rechtsordnungen und verweist auf eine Lösungsfindung auf Basis dieser. Für ihn stellt sich das internationale Handelsrecht folglich mehr als eine Methode zur Entscheidungs- bzw. Normfindung dar, als ein „originäres“ Rechtssystem.⁵²⁴

Das Schiedsgericht hat dabei in zwei Schritten vorzugehen. Zunächst ist die Parteivereinbarung zu berücksichtigen, nach der etwa eine bestimmte Vorgehensweise bei der Bestimmung der allgemeinen Rechtsprinzipien zu beachten ist.⁵²⁵ Mangels einer solchen Vorgabe ist in einem zweiten Ansatz eine (allgemeine) rechtsvergleichende Analyse

⁵²³ Gaillard a.a.O., S. 8. Die Spezifität dieser Regeln liege vielmehr in ihrer Quelle/Herkunft als in ihrem Inhalt, vergl. Gaillard in AI 2001, S. 59, 61.

⁵²⁴ Vergl. den Titel seines Aufsatzes in AI 2001, Vol. 17, S. 59, „Transnational law: A legal system or a method of decision making“.

⁵²⁵ Gaillard, JDI 1995, S. 5, 22 der als Beispiel die Schiedsvereinbarung im Eurotunnelfall anführt, indem die Schiedsrichter zunächst die gemeinsamen Prinzipien der englischen und französischen Rechtsordnung ermitteln sollten.

durchzuführen. Hierbei ist es möglich, auf internationale Abkommen zurückzugreifen, deren Ratifikationsgrad auf internationaler Ebene ein Indiz für eine mehr oder weniger große Anerkennung bestimmter Rechtssätze ist.⁵²⁶ Ausreichend soll jedenfalls eine weitgehende Anerkennung sein, da das Erfordernis der Einstimmigkeit die Methode bedeutungslos machen würde. An dieser Stelle führen die Schiedsrichter genau genommen einen dritten Schritt durch, indem sie eine Auswahl zwischen ausreichend weit verbreiteten Regeln und solchen, die nur einer begrenzter Anzahl von Rechtssystemen gemeinsam sind, zu treffen haben.⁵²⁷

Gaillard unterstreicht die Vorteile des methodologischen Ansatzes, indem er diesen an vier üblicherweise signifikanten Kriterien eines eigenständigen Rechtssystems misst, der Vollständigkeit, dem strukturierten Charakter, der Entwicklungsfähigkeit und der Vorhersehbarkeit. Er kommt zu dem Ergebnis, dass der methodologische Ansatz diesen genüge tut,⁵²⁸ insbesondere hebt er dessen Flexibilität hervor, sowie

⁵²⁶ A.a.O., S. 25.

⁵²⁷ Gaillard in AI 2001, S. 59, 64; bereits in JDI 1995, S. 5, 28 f. weist der Autor auf regionale, „transnationale“ Regeln hin und erkennt deren Anwendung durch Schiedsgerichte prinzipiell an.

⁵²⁸ Siehe im einzelnen auf S. 66, 68, 69, 70 a.a. O..

den Vorteil, im Vergleich zu einer unvollkommenen, als „Liste“ verstandenen *lex mercatoria*“, für jedwedes auftauchende Problem eine Lösung bieten zu können. Gaillards Ansatz stellt einen engen Bezug zu der von Langen entwickelten Lehre des transnationalen Rechts⁵²⁹ dar und bereitet sie methodologisch auf. Hinsichtlich der Vorhersehbarkeit ist ein gewisses Begründungsdefizit festzustellen, denn der Autor verweist lediglich auf eine ebenso wenig vorhandene Vorhersehbarkeit staatlicher Rechte in internationalen Sachverhalten.⁵³⁰ Mag zwar hierin möglicherweise eine Parallele zu staatlichen Rechtsordnungen zu sehen sein, ist festzuhalten, dass das Kriterium der Vorhersehbarkeit sich nicht allein in der Vorhersagbarkeit einer Gerichts- oder Schiedsgerichtsentscheidung erschöpft, sondern die Existenz und Zugänglichkeit von geltenden Rechtssätzen im Sinne von Verhaltensregeln einschließt. In diesem Punkt, (der so verstandenen

⁵²⁹ Vergl. oben im 1. Teil, 2. Kapitel, A. I., 2 b).

⁵³⁰ Gaillard in AI 2001, S. 59, 70 f..

Vorhersehbarkeit), unterliegt der methodologische Ansatz⁵³¹ daher einem (wesensbedingten) Defizit.

VI) Yves Fortier

Weniger auf Grund der Formulierung eines (eigenen) theoretischen Ansatzes zur *lex mercatoria*, als vielmehr dem Zwecke einer Dokumentation und Bewertung des aktuellen Trends im Umgang mit dieser dienend, soll an dieser Stelle auf die Ausführungen o.g. Autors hingewiesen werden.

Fortier stellt dem zunehmenden Bedürfnis an brauchbaren Instrumenten für die Arbeit der Praktiker⁵³² die Arbeitsprodukte unterschiedlicher Stellen zur

⁵³¹ Nach wie vor existiert keine allgemein anerkannte, universal geltende und zwingende Sammlung von Regeln des internationalen Handels. Gleichzeitig ist jedoch die stetige Verdichtung solcher Regelsammlungen durch internationale Abkommen in den verschiedensten Bereichen zu erwähnen. Beispielhaft seien die UNIDROIT-Prinzipien, die CISG oder durch branchenspezifische Organisationen wie die IATA gesetzte Regelungen genannt. Einen Entwicklungsstandsbericht zur fortschreitenden Entwicklung des internationalen Rechts für den Bereich der EU gibt Schmidt-Kessel in RIW 2003, S. 481 ff..

⁵³² Welche er auf die Ankunft bedeutender US-amerikanischer „law-firms“ auf der europäischen „Rechtsszene“ zurückführt, die im Interesse ihrer Klienten an praxisorientierten Methoden und Techniken interessiert waren und somit einen Trend zur Formalisierung substantieller Normen der bis dahin vor allem abstrakt diskutierten *lex mercatoria* Regeln hervorriefen, vgl. Fortier in AI 2001, S. 121, 124.

Vornahme eines „restatements“,“ einer „Neuformulierung“ der existierenden Regeln gegenüber.⁵³³ Deren besondere Bedeutung liege, nach Fortier, allein in der Tatsache dass sie existieren.

Ironischerweise muss sich eine definitive und der Konsultation zugängliche „Kodifizierung“ von lex mercatoria Regeln den Vorwurf mangelnder Flexibilität gefallen lassen, Attribut welches gerade den besonderen Wesenszug der lex mercatoria reflektieren soll.⁵³⁴

Ausweg aus diesem Dilemma könnte eine sogenannte

⁵³³ So die Arbeiten von UNIDROIT von 1994 (zu diesen etwa Bonell in „Lex mercatoria and arbitration“, S. 249 ff., Hsg.: Carbonneau) oder der Lando-Kommission zu den „Principles of European Contract Law“ von 1995 (vergl. zu diesen Zimmermann in ZEuP 2000, S. 391 ff.) ; vergl. Fortier in AI 2001, S. 121, 124 f..

⁵³⁴ Dieser Kritik ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Flexibilität des Handels durch das Bestehen einer Liste nicht zwingend entgegengewirkt wird. Die Vertragsfreiheit der Handeltreibenden unterliegt derselben Flexibilität. Die in eine Liste aufgenommenen Regeln entsprächen gerade nur den, als Gewohnheitsrecht im Sinne allgemeiner Anerkennung und durch Wiederholung herausgebildeten Grundsätzen, welche auch in der Praxis Beachtung zu finden hätten. Aktuell ist in diesem Zusammenhang diejenige Regel, welche sich in allgemein anerkannter Weise durchgesetzt hat. Die „rechtsschaffende Rolle“ käme daher nach wie vor der Praxis zu, allein Zugänglichkeit, Ordnung und Übersichtlichkeit der so entstandenen Regeln würde durch eine besondere Institution gewährleistet werden. Eine Flexibilitätsbremse bei der Gestaltung ihrer Geschäftsbeziehungen würde den Akteuren damit wohl nicht auferlegt werden.

„offene Kodifikationstechnik“⁵³⁵ bieten, soweit sich diese als sinnvoll durchführbarer Weg erweisen sollte, was Fortier bezweifelt.⁵³⁶

Die von Fortier wiedergegebene Entwicklung bezeichnet den bisher vollkommendsten Ansatz zur Erfassung der *lex mercatoria*, welche, verstanden als materielle Liste, einen bedeutenden Teil ihrer Kritiker zum verstummen bringen könnte.⁵³⁷ Der, ebenfalls von Gaillard⁵³⁸ verwandte Vorwurf der mangelnden Flexibilität und Vollständigkeit einer „starren“ Liste, weist auf die verbleibende Aufgabe bei der Fortführung der Entwicklung der *lex mercatoria* hin. Um tatsächlich die Funktion eines (universalen) Rechtssystems zu erfüllen, bedarf es einer legitimierten Institution, welche

⁵³⁵ Die auf Berger, „Die formalisierte oder schleichende Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts“ zurückgeht. Ausführlich zu diesem Ansatz im 3. Teil, 2. Kapitel, A.), IV.).

⁵³⁶ Fortier (AI 2001, S. 121, 126) stellt die berechtigte Frage nach der Existenz eines institutionellen Rahmens, der in der Lage sei, die notwendige Offenheit und Flexibilität zur Berücksichtigung der Bedürfnisse des internationalen Handels zu bereitzustellen und in legitimer Weise die „Aktualität“ und Berechtigung der aufgenommenen Regeln belegen kann.

⁵³⁷ Insbesondere Bezeichnungen wie „Mythos“ (Delaume in TulaneLR 1989, S. 575 ff.) oder „Enigma“ (Hight in TulaneLR 1989, S. 613 ff.) dürften angesichts der bezeichneten Entwicklung obsolet werden.

⁵³⁸ Dies wurde soeben unter 5.), S. 11 zur Verteidigung seines methodologischen Ansatzes von ihm angeführt.

es dem praktischen Anwender⁵³⁹ erlaubt, in verlässlicher Weise über Inhalt und Geltungsbereich dieses Regelsystems Auskunft zu erhalten, um es als Instrument seiner täglichen Arbeit einsetzen zu können. Nur einem solchen „Zentrum“⁵⁴⁰ dürfte auch die notwendige Autorität zur regelmäßigen Aktualisierung und Berücksichtigung der von der Schieds- und Kaufmannspraxis als allgemein anerkannten Bräuchen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen zukommen.

VII) Zusammenfassung

Der als repräsentativ verstandene Überblick über das wesentliche Diskussionsspektrum in der französischen Rechtswissenschaft ergibt eine bedeutende Tendenz⁵⁴¹ zur Rezeption von im internationalen Handel, zwecks adäquater Normierung der diesem eigenen Transaktionen, periodisch verwandter Regeln. Im Allgemeinen wird in diesem Zusammenhang eine

⁵³⁹ Hierzu seien sowohl die Kaufleute, als auch die Schiedsrichter und Anwälte gerechnet.

⁵⁴⁰ Geeignet zum Aufbau eines diesbezüglichen Zentrums wären sicher die ICC oder eine von der UN abgeleitete Organisation, etwa die WTO.

⁵⁴¹ So vor allem Goldman, Kahn, Loquin. Ähnlich, wenngleich hier nicht näher erörtert auch Fouchard in *L'arbitrage commercial international*, S. 401 ff.; Derains in

pluralistische Rechtsquellenauffassung vertreten, denn maßgebliches Kriterium für die Zuordnung bestimmter Regeln zum Korpus einer *lex mercatoria* sei allein die Geeignetheit der Vorschrift zur Erfüllung konkreter Bedürfnisse bei der Gestaltung internationaler Geschäfte. Regeln staatlicher Herkunft oder die zuletzt eingreifende staatliche Sanktion bei der Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen sind Teil eines, in der Entwicklung befindlichen Systems⁵⁴², welches in dem Maße autonome Regulierungs- und Streitentscheidungs-mechanismen hervorbringt, als es die Einzelstaaten oder die Staatengemeinschaft durch Garantie einer weitgehenden Partei- und Privatautonomie „gewähren“⁵⁴³. Teile dieses Korpus können dabei auch den Charakter einer Rechtsregel erreichen. Zur von Lagarde vorgenommenen Kritik ist auf die dort anschließende Stellungnahme zu verweisen. Es lässt sich feststellen, dass die Positionen nicht derart unvereinbar sind, wie sie auf den ersten Blick scheinen. Über den, zum damaligen Zeitpunkt erkannten Entwicklungsstand von *lex mercatoria* Regeln besteht grundsätzlich Einverständnis. Lediglich bei der

⁵⁴² Vergl. Goldman in APD 1964, S. 177, 192.

⁵⁴³ Vergl. hierzu v.a. die Ausführungen Kahns.

Bewertung argumentiert Lagarde aus einer positivistischen Perspektive heraus und misst den genannten Entwicklungsstand an dem (insoweit vollkommenen) Evolutionsgrad einer staatlichen Rechtsordnung. Dies wurde in diesem Maße nicht proklamiert. Der weitest gehende Vorstoß in diese Richtung besagt allein, dass durch eigene Rechtsvorschriften und die Sanktionierung dieser durch Schiedsgerichte zum Teil die Funktion einer Rechtsordnung oder eines Systems wahrgenommen wird. Lagardes Bewertung anhand einer staatlichen Rechtsordnung ist für sich gesehen zwar zutreffend, geht aber in gewisser Weise über das Ziel hinaus.

Gaillards Vorstellung von einer *lex mercatoria* als Methode vermeidet derartige Dilemmata und entspricht wohl der schiedsrichterlichen Realität bei der Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze als Bestandteil einer *lex mercatoria*. Als Beitrag zu der allgemeinen Debatte ist dieser Ansatz jedoch nicht verwertbar, geht es dort doch gerade um die Qualität der „Produkte“ schiedsrichterlicher Rechtsermittlung und nicht um den hierfür beschrittenen Weg.

B) Die französische Gesetzgebung zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit – das Dekret vom 12. Mai 1981

Die Reform des Schiedsrechts in Frankreich stellte eine absolute Neuheit dar, war man doch bis hierhin der Auffassung, im Bereich des IPR nicht legislativ tätig zu werden.⁵⁴⁴ Die Reform hat zu der Errichtung eines liberalen Regelungssystems hinsichtlich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit und der Anerkennung im Ausland erlassener Schiedsentscheide geführt. Zum Teil geht man dabei so weit, von einem „régime de faveur“ zu sprechen. Die durch das System eingeräumte Freiheit führt dieses, nach den Einschätzungen mancher, sogar an die Grenzen des Rechts zum Nicht-Recht (non-droit) heran.⁵⁴⁵

Der Anlass zum Erlass der Regelung lag insbesondere in dem, kurze Zeit zuvor erlassenen, Dekret vom 14. Mai 1980 über das interne, französische Schiedswesen begründet. Durch dessen Neufassung⁵⁴⁶ entstand ein

⁵⁴⁴ Vergl. Robert in R.D. 1981, II, S. 209.

⁵⁴⁵ Cohen in RdA 1991, S. 155. Derains bestätigt ebenfalls den liberalen Ansatz der französischen Gesetzgebung, vergl. in „Droit et pratique de l'arbitrage international en France,“ S. 1 f.

⁵⁴⁶ Das französische Schiedsrecht fußte bis zu diesem Zeitpunkt auf den 1806 erlassenen Gesetzestexten im „alten“ Code de procédure civile.

weitgehend abschließendes Regelwerk, welches durch seine, teilweise zwingenden Dispositionen, einen, der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit inadäquaten Rahmen setzte.⁵⁴⁷ Ähnliches ließe sich über die Kontrolle von Schiedsentscheiden bemerken. Durch die Aufhebung bestehender Texte und die o.g. Neuordnung entstand ein rechtliches Vakuum bezüglich der Kontrolle ausländischer und internationaler Schiedsentscheide. Eine Komplettierung der internen Reform durch einen internationalen Abschnitt hatte zu erfolgen, um die vorgenannten Schwierigkeiten zu bewältigen. Die Umsetzung vollzog sich innerhalb eines knappen Jahres und in der Kürze von insgesamt 16 Artikeln, als Titel V und VI des NCPC. Inwiefern diese Lösung opportuner war, als der Rechtsprechung die Anpassung der internen Regeln des Dekrets vom 14. Mai 1980 an internationale Anforderungen zu überlassen, mag überlegenswert sein. Letztlich zeichnet sich die Bereitstellung eines speziellen Regelwerks jedoch durch Übersichtlichkeit, Klarheit⁵⁴⁸ und

⁵⁴⁷ Fouchard in JDI 1982, S. 374, 375.

⁵⁴⁸ Sicher schafft auch eine Kodifizierung Anwendungs- und Interpretationsprobleme. Für die Gerichte mag eine solche jedoch leichter und flexibler zu bewältigen sein, als existierende, häufig anhand von spezifischen Fallkonstellationen entwickelte

Zugänglichkeit in der praktischen Handhabung aus und sollte den Bedürfnissen des internationalen Handels damit entgegenkommen.⁵⁴⁹

Maßgabe bei der Schaffung der Art. 1492-1507 NCPC war, die Position des französischen Rechts hinsichtlich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in einigen großen Prinzipien wiederzugeben. Dabei hielt man es für praktikabler, einen „knappen“ und sehr flexiblen Rahmen festzuschreiben, um die nähere Ausfüllung durch die Rechtsprechung bzw. durch einen grundsätzlichen Verweis auf die Geltung der internen Normen des französischen Schiedsrechts zu erreichen.⁵⁵⁰

Bemerkenswert ist die systematische Ausrichtung der Regelung, welche tendenziell „non-conflictualiste“ ist und einen „approche directe“⁵⁵¹ zu favorisieren scheint.

Rechtsregeln anzupassen oder abzuändern und diese gleichzeitig den Bedürfnissen der Praxis entsprechend zu formulieren. Diese Sichtweise mag allerdings nur aus der Perspektive des kontinentaleuropäischen Rechtskreises heraus zutreffend sein.

⁵⁴⁹ So im Ergebnis Bellet/Mezger in RCDIP 1981, S. 611, 614. Dem ist, unter der in vorangehender Fn. getroffenen Einschränkung zuzustimmen.

⁵⁵⁰ Dies wird durch Art. 1495 NCPC bewirkt, der einen weitreichenden Verweis auf die Normen des internen Schiedsrechts im Falle der Anwendbarkeit französischen Rechts enthält.

⁵⁵¹ Damit wird die Lösung von Gesetzeskonflikten im Falle der Involvierung mehrerer Rechtsordnungen in einem Sachverhalt durch Schaffung materieller Regeln bezeichnet.

Diese Tendenz entsprach der Entwicklung in der französischen Rechtsprechung.⁵⁵² Letztere sah für den Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit die Entwicklung materieller Regeln als die vorzugswürdigere Alternative an, um der Komplexität der Materie gerecht zu werden und gleichzeitig der Schiedsgerichtsbarkeit die größtmögliche Autonomie im Verhältnis zu staatlichen Gesetzen einzuräumen.⁵⁵³ Mitentscheidend hierfür war auch die erwartete Schwierigkeit, sowie die befürchtete Rigidität, welche die Schaffung eines kompletten Systems von Kollisionsnormen für das vielschichtige Gebiet der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit mit sich gebracht hätte. Schon die hier dargelegten Grundgedanken verraten ein völlig unterschiedliches Verständnis von der Rolle der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Vergleich zur englischen Rechtsordnung.⁵⁵⁴

⁵⁵² Die traditionell eine zentrale Rolle bei der Entwicklung von Kollisionsnormen spielt. In Frankreich ist das IPR im Wesentlichen aus Rechtssprechung entstanden, welche anhand einiger Normen des Code civil (sowie internationaler Abkommen) entwickelt wurde. Ein eigenes Gesetz, vergleichbar mit dem deutschen EGBGB, existiert nicht.

⁵⁵³ Fouchard in JDI 1982, S. 374, 376.

⁵⁵⁴ Vergl. dazu oben 1. Teil, 2. Kapitel, B.), I.), 1.), und 3.).

Die französische Rechtsordnung nimmt diese als eine originäre Erscheinung wahr, welche durch national orientierte Regelungen nicht sinnvoll zu erfassen ist und daher einem gesonderten Regime zu unterliegen hat.⁵⁵⁵

Diese besondere Berücksichtigung lässt sich auf das Bewusstsein der französischen Rechtsprechung zurückführen, dass die einzige, sichere Gemeinsamkeit zweier Parteien unterschiedlicher Herkunft, die von ihnen getroffene Vereinbarung (hinsichtlich einer konkreten Transaktion) ist.⁵⁵⁶ Folglich sollte dieser eine privilegierte Rolle zu kommen.

Es erfolgt zunächst eine Präsentation der wesentlichen Dispositionen der Titres V und VI NCPC (I), anschließend werden diese hinsichtlich der Behandlung des auf den Streitfall anzuwendenden Rechts untersucht werden (II.).

⁵⁵⁵ Derains in „Droit et pratique de l'arbitrage international en France“, S. 1.

⁵⁵⁶ Vergl. die Einleitung bei Robert in R.D. 1981, II, S. 209.

**I) Inhalt und Wesenszüge der Regelung
des 4. Buchs, Titres V. und VI. NCPC
zur arbitrage international**

Im Folgenden soll ein Überblick über die Regelung des Dekrets vom 12. Mai 1981 gegeben werden. Einzelne Punkte, deren Erläuterung für die hier maßgebende Fragestellung von größerer Bedeutung ist, werden gesondert behandelt.

1. Die Rechtslage vor der Reform

Die wesentlichen „Errungenschaften“ des französischen Schiedsrechts⁵⁵⁷ sind auf die Rechtsprechung ab dem Ende des 2. Weltkrieges zurückzuführen. Diese wirkte in zahlreichen Entscheidungen im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit auf die Entwicklung besonderer, von internen Regelungen abweichenden, Vorschriften für die am internationalen Handel Beteiligten hin. Im Ergebnis wurde hiermit eine konsequente Besserstellung derer erreicht, deren Geschäftsbeziehungen einen internationalen Charakter offenbarten.⁵⁵⁸ Mögliche Ursache für diese Favorisierung mag die Tatsache sein,

⁵⁵⁷ Einen kurzen Überblick über die wichtigsten Grundsätze die für das Schiedsverfahren entwickelt wurden geben Fouchard in JDI 1982, S. 374, 378 f. sowie Derains a.a.O., S. 4-7.

⁵⁵⁸ Vergl. Fouchard in JDI 1982, S. 374, 378.

dass sich im Falle der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit die Frage des Verhältnisses zu einer „fremden Souveränität“ nicht (oder deutlich weniger) stellt, etwaige Zugeständnisse folglich leichter in Einklang mit der nationalen Rechtsordnung zu bringen sind. Die grundlegende liberale Haltung der Rechtsprechung resultierte möglicherweise auch aus einer allgemeinen Tendenz, welche unter dem Eindruck des New Yorker Übereinkommens von 1958 entstand und eine liberale und begünstigende Wahrnehmung der Schiedsgerichtsbarkeit beinhaltete. Gesetzgeber und Rechtsprechung in Frankreich zeigten sich offen gegenüber dieser Haltung, nicht zuletzt um die Attraktivität Frankreichs als Schiedsort zu fördern. Durch den stetig anwachsenden Rückgriff auf Schiedsgerichte⁵⁵⁹ zur Lösung von Streitigkeiten mit internationalem Bezug, wurden die französischen Gerichte regelmäßig mit Fragen der rechtlichen Behandlung dieser konfrontiert. Im Zuge dieser Entwicklung erarbeiteten die französischen Gerichte wesentliche Grundsätze des französischen Rechts der

⁵⁵⁹ Die mit der Explosion des Welthandels in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts zusammenhing.

internationalen Schiedsgerichtsbarkeit.⁵⁶⁰

Hervorzuheben sind beispielsweise die Autonomie der Schiedsklausel,⁵⁶¹ deren per se Gültigkeit in internationalen Verträgen⁵⁶², die Möglichkeit des Staates und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts sich einem internationalen Schiedsverfahren zu unterwerfen⁵⁶³, sowie die Möglichkeit, Fragen der öffentlichen Ordnung auch von internationalen Schiedsgerichten entscheiden zu lassen.⁵⁶⁴

Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über die Eckpunkte der französischen Regelung gegeben werden, nicht jedoch, ohne zuvor die Voraussetzungen ihrer Anwendbarkeit zu erläutern.

2. Anwendungsbereich der Regelung

Eine Legaldefinition des Anwendungsbereichs des Titre V. NCPC gibt Art. 1492 des Gesetzes.

⁵⁶⁰ Die teilweise auch ihren Niederschlag in dem Dekret vom 12. Mai 1981 fanden. Soweit erheblich wird hierauf im folgenden unter 2.) und 3.) einzugehen sein.

⁵⁶¹ Arrêt Gosset, 7 mai 1963, RCDIP 1963, S. 615 ff..

⁵⁶² Affaire Hecht, 4 juillet 1972, RCDIP 1974, S. 82 ff..

⁵⁶³ Was im internen Schiedsrecht nicht möglich ist, vergl. hierzu die berühmte Entscheidung Galakis, Cass. Civ. I, 2 mai 1966, JDI 1966, S. 648 ff..

⁵⁶⁴ Affaire Impex, Colmar, 29 nov. 1968, JDI 1971, S. 118 ff..

a) Definition des Art. 1492 NCPC

Der Wortlaut bestimmt: „*Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.*”

Die Interessen des internationalen Handels müssen also durch das schiedsgerichtliche Verfahren „berührt“ oder „einbezogen“ werden. Dies ist missverständlich, denn gemeint ist nicht das Schiedsverfahren als solches,⁵⁶⁵ denn der interne oder internationale Charakter des Schiedsgerichts hängt weder vom materiell anwendbaren Recht oder dem einschlägigen Verfahrensrecht, noch vom Willen der Parteien ab. Allein maßgebend ist die Natur der Wirtschaftsoperation, die dem Rechtsstreit zu Grunde liegt. Vor- und Nachteile einer solch offenen Definition, liegen nah bei einander. Sie ist leicht handhabbar in der praktischen Anwendung, riskiert jedoch konturlos⁵⁶⁶ und als Abgrenzungskriterium damit ungeeignet zu werden. Es ist daher notwendig, die Begriffe „commerce“ und „international“ mit einer möglichst präzisen inhaltlichen Gestalt zu versehen.

⁵⁶⁵ Bellet/ Mezger in RCDIP 1981, S. 611, 616.

⁵⁶⁶ Ähnlich Bellet/ Mezger in RCDIP 1981, S. 611, 615; zur Diskussion des Begriffes schon Fouchard in *L'arbitrage commercial international*, S. 20 ff., dort v.a. S. 25 ff., Rdn. 45-48 zu Grenzen des Begriffes.

b) Interpretation der Begriffe
„commerce“ und „international“ im
Sinne der Norm

aa) „international“

Wie soeben erwähnt, ist allein der Charakter der Transaktion entscheidend, d.h. derjenige Lebenssachverhalt, welcher Gegenstand des Rechtsstreits zwischen den Parteien ist. Häufig wird es sich dabei um den geschlossenen Vertrag handeln. Nicht erheblich sind dagegen kollisionsrechtliche Anknüpfungspunkte, wie etwa der Ort des Vertragsschlusses, die Nationalität der Parteien oder deren gewöhnlicher Aufenthaltsort in unterschiedlichen Staaten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses.⁵⁶⁷ Die Betrachtung erfolgt also unter rein ökonomischen Gesichtspunkten. Die Transaktion, die Gegenstand des Vertrages ist, bedarf nur eines grenzüberschreitenden Elements⁵⁶⁸ um sie dem begünstigenden Regime der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen. Diese Definition resultiert aus einer mittlerweile etablierten Rechtsprechung des Cour de Cassation. Die

⁵⁶⁷ Fouchard, JDI 1982, S. 374, 379.

⁵⁶⁸ C.app. Paris, 10 sept. 1997, RdA 1999, S. 121 ; Fouchard, L'arbitrage commercial international, S. 20, Rdn. 36.

als Matter⁵⁶⁹-Rechtsprechung bekannt gewordenen Ausführungen zu der Affäre Cass., 17 mai 1927⁵⁷⁰ lieferten hierzu die Grundlage. Für die Internationalität eines Vertrages sei es notwendig, dass, „ *le contrat produise, comme un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières, des conséquences réciproques, dans un pay et dans un autre.* ”⁵⁷¹ Mit den Entscheidungen Mardelé und Dambricourt⁵⁷² erweitert der Cour de Cassation die Matter-Rechtsprechung, um damit die Gültigkeit einer (im internen Recht grundsätzlich verbotenen) Schiedsklausel zu begründen. Der Streitgegenstand berühre die Interessen des internationalen Handels („*met en jeu des intérêts du commerce international*“) war die diesbezüglich angeführte Rechtfertigung. Diese Formulierung des obersten französischen Gerichts wurde nahezu wörtlich von Art. 1492 NCPC übernommen.⁵⁷³

⁵⁶⁹ Name des zuständigen Staatsanwalts, dessen Schlussbemerkungen zu der Entscheidung Cass. 17. mai 1927 die berühmt gewordene Formulierung enthielten.

⁵⁷⁰ Abgedruckt in Dalloz 1928, I, S. 25, 31 unter V.).

⁵⁷¹ Weitere Beispiele und Nachweise aus der Rechtsprechung diesbezüglich, gibt Matter a.a.O..

⁵⁷² Cass. civ. 19 février 1930 und 27 janv. 1931, RCDIP 1931, S. 514 ff. zitiert nach Cohen RdA 1991 S. 158

⁵⁷³ Die geringfügige Abweichung in der Formulierung ist nach Cohen in RdA 1991, S. 155, 158 no. 9, ohne Belang.

Um diese Betrachtungsweise weiter zu verdeutlichen, eignet sich die Entscheidung Cass. civ. 7 octobre 1980. Aus ihr lässt sich eine negative Deutung der von Art. 1492 NCPD verwandten Formel entnehmen. Die Interessen des internationalen Handels sind danach nicht schon dann involviert, wenn ein Agenturvertrag zwischen zwei Franzosen, wohnhaft in Frankreich, nach französischem Recht⁵⁷⁴ geschlossen wurde und eine der Vertragsparteien den Vertrag als Handelsvertreter

⁵⁷⁴ Seitens einiger Stimmen in der Lehre würde diese Argumentation des Kassationshofs zu einem Umschwung in der Definition der „Interessen des internationalen Handels“ führen, da er sich explizit auf juristische Kriterien der Anknüpfung stütze. Eine ähnliche Konstellation lag der Affäre Menicucci zu Grunde (Cass. civ. 13 décembre 1975, JDI 1977, S. 106 ff.; RCDIP 1976, S. 507 ff.). Dort waren die Vertragsschließenden ebenfalls Franzosen, einer der beiden hatte seinen Wohnsitz jedoch zur Zeit des Vertragsschlusses in Kanada. Sicherlich kann dieser Unterschied allein nicht taugliches Abgrenzungskriterium sein. Dennoch ergab die Gesamtschau der Beziehung eine unterschiedliche Bewertung. Mögen auch bestimmte rechtliche Anknüpfungspunkte im Einzelfall ausschlaggebend sein, vermag nur die wirtschaftliche Gesamtbetrachtung der Transaktion, in sinnvoller Weise den extensiv-orientierten Ansatz der französischen Rechtsordnung bei der Unterordnung nicht völlig „nationaler“ Sachverhalte unter das liberalere System der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zu leisten. Eine gewisse Flexibilität des Begriffes ist dabei unerlässlich. Da in eine solche, nach wirtschaftlicher Betrachtung, „internationale“ Transaktion, notwendigerweise kollisionsrechtliche Anknüpfungspunkte „verwickelt“ sind, scheint es unzutreffend, bzw. unnötig, hierin eine mögliche Kehrtwende in der bisherigen Rechtsprechung erblicken zu wollen. Ähnlich die Argumentation Goldmans, zitiert in RCDIP 1981, S. 323 f.

lediglich in Kolumbien ausführen sollte.⁵⁷⁵ Dies lässt sich als eine Konkretisierung der allgemeinen Formel verstehen, die für sich betrachtet jedoch kaum verallgemeinerungsfähig erscheint.⁵⁷⁶

bb) „commerce“

Der Begriff „commerce“ ist nicht identisch mit demjenigen des nationalen Rechts.⁵⁷⁷ Prinzipiell ist jede Form der Leistungserbringung erfasst.⁵⁷⁸ Hierfür spricht nicht zuletzt auch der Wortlaut der Vorschrift, der nicht von einer „arbitrage *commercial* international“ spricht. Da die Variationen grenzüberschreitenden Austauschs vielfältig sind, obliegt es der Rechtsprechung, im Rahmen ihrer grundsätzlich großzügigen Anwendung des Regimes der Art. 1492 ff., diejenigen hiervon zu befreien, die auf Grund

⁵⁷⁵ Fall “Tardieu,” Cass. Civ. I, 7 octobre 1980 abgedruckt in RCDIP 1981, S. 313 ff..

⁵⁷⁶ Vielmehr ist sie als “arrêt d’espèce“ zu verstehen, vergl. die ausführliche Diskussion von Mestre im Rahmen der Kommentierung der Entscheidung Cass. civ., 7 octobre 1980 in RCDIP 1981, S. 319-330.

⁵⁷⁷ C.app. Paris, 13 juin 1996 in JDI 1997, S. 151 ff..

⁵⁷⁸ Fouchard in JDI 1982, S. 374, 380; Derains in „Droit et pratique de l’arbitrage international en France,“ S. 1, 9 spricht von “toute activité économique internationale” und weist darauf hin, dass viele Entscheidungen des Cour de Cassation in diesem Bereich nicht handelsrechtlicher Natur im nationalen französischen Sinn sind.

gesetzgeberischer Wertungen schützenswert erscheinen. Hierunter fallen in erster Linie die Verbraucher und Arbeitnehmer.⁵⁷⁹

Allgemein legt Art. 1492 NCPC den Schluss nahe, dass der internationale Charakter des Schiedsgerichtsverfahrens primär anhand einer Einzelfallbetrachtung zu ermitteln ist,⁵⁸⁰ bei der die genannten Leitlinien nur eine rudimentäre Klassifizierung erlauben.

Nachdem die Konditionen zur Anwendung der Regeln über die internationalen Schiedsgerichtsverfahren dargelegt wurden, soll ein kurzer Überblick über deren wesentliche, inhaltliche Gesichtspunkte vorgenommen werden.

3. Die Regelung der Art. 1493-1497 NCPC

a) Die Regeln der Art. 1493 bis 1495 NCPC

Art. 1493 betrifft die Bildung und Zusammensetzung des Schiedsgerichts, Art. 1494 NCPC das von diesen zu befolgende Verfahren. In beiden Fällen ist eine Regelung durch die Parteien im Rahmen der

⁵⁷⁹ Vergl. Bellet/ Mezger in RCDIP 1981, S. 611, 618.

⁵⁸⁰ Derains in YBCA VII, 1982, S. 3, 5.

Schiedsklausel möglich.⁵⁸¹ Damit berühren die beiden Artikel im weiteren Sinne auch Probleme betreffend die Gültigkeit der Schiedsklausel.

aa) Regeln betreffend der
Schiedsvereinbarung

Die Formulierung weist darauf hin, dass es sich bei Art. 1493 Abs.1 NCPC nicht um eine imperative Regel handelt. Nach dem internen französischen Schiedsrecht, (Art. 1443 Abs.2 NCPC), wäre eine Schiedsvereinbarung nichtig, die nicht wenigstens die Modalität zur Bestimmung der Schiedsrichter beinhaltet.⁵⁸² Nach dem Wortlaut von Art. 1493 Abs.1 (*la convention d'arbitrage peut désigner*) „kann“ die Schiedsvereinbarung dies bestimmen. Ist dies nicht der Fall, berührt dies, mangels anderweitiger Regelung, nicht die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung.⁵⁸³ Entsprechendes ließe sich über die vergleichbare Formulierung in Art. 1494 Abs. 1 NCPC sagen.

Beide Normen nehmen die „convention d'arbitrage“ in Bezug. Im Gegensatz zum internen Schiedsrecht, wird

⁵⁸¹ Vergl. Art. 1493 Abs. 1 und 1494 Abs. 1 NCPC.

⁵⁸² Derains in YBCA VI, 1981, S. 4.

⁵⁸³ Konkret stellt dies eine Abweichung von Art. 1443 Abs. 2 NCPC dar.

im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit keine Trennung zwischen der vor Aufkommen des Rechtstreites erfolgenden Verweisung der Streitigkeit an ein Schiedsgericht (clause compromissoire – Art. 1442 NCPC) und der nachträglichen Unterwerfung der Parteien (compromis – Art. 1447 NCPC) unter dessen Verfügungen getroffen. Dies drückt sich in der dort gewählten Terminologie aus. Nach den Vorgaben der Art.1442 und 1447 NCPC beinhaltet der Begriff „convention d’arbitrage“ im Rahmen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit daher sowohl die Schiedsklausel, als auch die nachträgliche Unterwerfung unter die Beschlüsse eines Schiedsgerichts.

An dieser Stelle ist auch auf die diesbezüglich existierende Rechtsprechung zu verweisen, welche nicht explizit in die Regelungen des Dekrets vom 12. Mai 1981 aufgenommen wurde und daher hier kurze Erwähnung finden soll. So verfügte der Cour de Cassation die vollständige Unabhängigkeit der Schiedsvereinbarung von dem Vertrag der Parteien.⁵⁸⁴

Diese (Unabhängigkeit) soll sowohl für die Gültigkeit im

⁵⁸⁴ Arrêt Gosset, Cass. civ. I, 7. mai 1963, abgedruckt in Dalloz 1963, S. 545 ff. (mit Anmerkung von Robert), wobei der Cour de Cassation diesbezüglich einen Vorbehalt im Falle außergewöhnlicher Umstände einräumte.

Falle der Nichtigkeit des Vertrages gelten, als auch für das anwendbare Recht.⁵⁸⁵

Aus dieser Autonomie wurde sodann auch eine quasi automatische Gültigkeit der Schiedsvereinbarung abgeleitet.⁵⁸⁶ Diese Gültigkeit soll unabhängig von einem etwaig auf sie (die Schiedsvereinbarung) anwendbaren Recht bestehen.⁵⁸⁷ So wurde die Schiedsvereinbarung gewissermaßen „immunisiert“ vor Beeinträchtigungen, welchem Recht sie auch immer entnommen sein mögen.⁵⁸⁸

Der wesentliche Regelungsgehalt die Schiedsvereinbarung betreffend ist damit erläutert worden, die von Art. 1493 und 1494 NCPC hinsichtlich

⁵⁸⁵ A.a.O. S. 547.

⁵⁸⁶ Arrêt Hecht, 4. juillet 1972, JDI 1972, S. 843., eine konkrete Begründung wird jedoch nicht erkennbar zum Ausdruck gebracht, was auch der kommentierende Oppetit auf S. 845 bedauert und a.a.O. diskutiert. Es scheint als würde diese „per se – Gültigkeit“ allein auf die Autonomie der Schiedsvereinbarung zurückzuführen sein, deren Legitimation sich wiederum aus dem Parteiwillen ableiten ließe. Diese Interpretation stände zumindest im Einklang mit der herausragenden Rolle, welche der Parteiautonomie in der hier untersuchten Gesetzgebung gewidmet wird.

⁵⁸⁷ So die Entscheidung in der Affäre Menicucci, Paris, 13. décembre 1975, vergl. in JDI 1977, S. 106.

⁵⁸⁸ Bellet/ Mezger in RCDIP 1981, S. 611, 622. Ausgenommen sind selbstverständlich diejenigen Beeinträchtigungen, welche die Wirksamkeit des Vertragsschlusses (z.B. Willensmängel) als solchem betreffen. Für deren Würdigung ist das anwendbare Recht zu konsultieren.

der Möglichkeiten der Verfahrensgestaltung getroffenen Aussagen sollen im Folgenden erörtert werden.

bb) Regeln betreffend das Verfahren

α Art. 1493 Abs. 2 NCPC

Art. 1493 Abs. 2 ist keine Verfahrensregel im eigentlichen Sinne, da sich die Vorschrift auf die vorprozessuale Phase der Bildung des Schiedsgerichts bezieht. Dort regelt sie jedoch das Verfahren im Falle einer eintretenden Schwierigkeit bei der Bildung des Schiedsgerichts, allerdings nur für die in Frankreich stattfindenden Schiedsverfahren bzw. solche, die sich nach französischem Verfahrensrecht richten. Die Norm greift die Idee von Art. 1444 NCPC für das interne Schiedsrecht auf und geht in ihrem Regelungsbereich sogar über dieses hinaus.⁵⁸⁹ Dies äußert sich in der pauschal gehaltenen Formulierung des Art. 1493 Abs. 2, nach welcher „eine Schwierigkeit bei der Konstituierung des Schiedsgerichts,“ dem Präsidenten des erstinstanzlichen Gerichts von Paris (auf Antrag einer Partei) die Entscheidung hierüber einräumt. Das interne französische Schiedsrecht hat die Voraussetzungen

⁵⁸⁹ Bellet/ Mezger in RCDIP 1981, S. 611, 623 f..

dieser Intervention des staatlichen Richters dagegen präziser geregelt.⁵⁹⁰

Die Einschaltung des Präsidenten des TGI Paris ist allerdings subsidiär, bzw. ergänzend zu verstehen, sie gilt vorbehaltlich einer gegenteiligen Klausel im Schiedsvertrag. Diese gesetzlich angeordnete Verwicklung des staatlichen Richters in das Schiedsverfahren wirft die Frage über die Reichweite seiner Befugnisse auf. Vor dem Hintergrund, dass seine Intervention nur im Falle der Anwendbarkeit französischen Verfahrensrechts bzw. der Abhaltung des Schiedsverfahrens in Frankreich statthaft ist, stellt sich die Frage der Anwendbarkeit des (internen) Verfahrensrechts auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit. Hier kann es theoretisch zu einer Konkurrenzsituation zwischen staatlichem Richter und Schiedsrichter kommen, wenn es um die Feststellung der Gültigkeit der Schiedsklausel gemäß Art. 1444 Abs. 3 NCPC geht.⁵⁹¹

⁵⁹⁰ Vergl. Art. 1444 NCPC.

⁵⁹¹ Die Anwendbarkeit von Art. 1444 Abs. 3 NCPC behandelnd Normand in RTDciv. 1984, S. 544, 546; Paris 9 juillet 1986 in RdA 1987, S. 179, 5. espèce. Anders etwa TGI Paris, 10 avril 1990 in RdA 1994, S. 545 welches dem Recht der Schiedsrichter über ihre eigene Zuständigkeit zu entscheiden den Vorrang einräumt; s.a TGI Paris 13. juillet 1999 in RdA 1999, S. 625,

In der Regelung des Art. 1493 Abs.2 NCPC kommt letztlich das Interesse des französischen Rechts zum Ausdruck, Schiedsvereinbarungen im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit mit Berührung zur französischen Rechtsordnung, so weit wie möglich „operativ“ zu machen. Hierdurch können auch solche Schiedsverfahren durchgeführt werden, welche ansonsten durch eventuelle Unzulänglichkeiten bei der Formulierung der Klausel oder einem Fehlverhalten der Parteien nicht zur Umsetzung gelangt wären.⁵⁹²

β Art. 1494 NCPC

Es besteht eine umfassende Freiheit der Parteien, über das Recht, nach welchem sich das Verfahren richten soll, zu entscheiden. Die Wahl eines staatlichen Rechts ist dabei nicht notwendig.⁵⁹³ Folglich lässt das französische Recht in diesem Punkt eine „rechtliche“ Loslösung des Schiedsverfahrens von einer nationalen

nach welchem Art, 1444 Abs. 3 NCPC auf internationale Schiedsgerichte keine Anwendung findet. Letztgenannter Auffassung ist zuzustimmen, stimmt sie doch mit der im internationalen Schiedsrecht anerkannten Regel der Kompetenz-Kompetenz sowie dem Gesamtcharakter der Regelungen in Titre V des NCPC überein.

⁵⁹² Fouchard in JDI 1982, S. 374, 387.

⁵⁹³ Fouchard in JDI 1982, S. 374, 388.

Rechtsordnung zu. Die traditionelle Regel *lex loci arbitri* wird von Art. 1494 NCPC faktisch außer Kraft gesetzt, denn dem Gesetz des Landes in dem das Schiedsverfahren stattfindet, kommt nach französischem Schiedsrecht keine besondere Bedeutung zu. Dies gelte zunächst auch für dessen imperative Regeln.⁵⁹⁴ Anders insoweit jedoch de Boissésou, der nur eine rein materiellrechtliche Verweisung für möglich hält, da der Entscheid der nach Art. 1504 i.V.m. 1502 NCPC vorgesehenen Kontrolle unterliege⁵⁹⁵. Es stellt sich somit die Frage, ob die Berücksichtigung imperativer Vorschriften (*lois de police* und *ordre public*) bereits die Rechtswahl der Parteien oder des Schiedsgerichts einschränkt (und somit nur eine materiellrechtliche Verweisung erfolgen kann), oder eine derartige Beschränkung erst auf Ebene der Anerkennung und Vollstreckung eingreifen soll⁵⁹⁶. Für

⁵⁹⁴ So Goldman in RdA 1981, S. 469, 475, der allerdings einräumt, dass diese bei der Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsentscheids in dem Land des Sitzes des Schiedsgerichts zur Anwendung kommen, nach französischem Recht aber nicht zur Beschränkung der Parteiautonomie herangezogen werden.

⁵⁹⁵ Rensmann, S. 34 f.. Im Gegensatz zur kollisionsrechtlichen Verweisung können im Wege einer materiellrechtlichen Verweisung nur die dispositiven Normen des in Bezug genommenen Rechts Anwendung finden, de Boissésou, S. 671.

⁵⁹⁶ So Goldman in RdA 1981, S. 469, 475.

letztere Ansicht spricht die Regelung im NCPC : Die Parteien können nach Art. 1494 NCPC frei über die anzuwendenden Verfahrensnormen disponieren, im Rahmen der Vollstreckung wird der Schiedsspruch anhand der aus französischer Sicht maßgeblichen Grundsätze gemäß Art. 1502 NCPC überprüft. Auf diese Weise würde die gesetzlich vorgegebene Struktur eingehalten werden, trägt diese doch gerade der Sonderstellung eines internationalen Schiedsverfahrens Rechnung. Andererseits muss das Schiedsgericht zumindest die zum Bestand des *ordre public international* zählenden Grundsätze bei der Bestimmung der anwendbaren Vorschriften beachten, um im Falle eines Vollstreckbarkeitsverfahrens nicht eine Aufhebung des Schiedsspruchs hervorzurufen. Im Einzelfall muss hier wohl die diesbezügliche Parteivereinbarung entscheiden. Ohne eine solche obliegt eine Würdigung der im konkreten Fall zu berücksichtigenden Vorschriften dem Schiedsgericht⁵⁹⁷. Trotz der gesetzlich vorgegeben Struktur erscheint es aber nicht zuletzt aus Gründen der Prozessökonomie sinnvoll, für den Fall, dass keine Parteivereinbarung diesbezüglich getroffen

⁵⁹⁷ So Fouchard in Gottwald, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 365, 390.

wurde, bereits im Verfahren etwaige staatliche Eingriffsnormen zu berücksichtigen⁵⁹⁸. Die Annahme einer materiellrechtlichen Verweisung ist daher wohl naheliegender.

Zusammenfassend ergeben sich damit drei gleichwertige Varianten bei der Gestaltung des Verfahrens: Die Bestimmung des Verfahrens durch die Parteien selber im Rahmen ihrer Schiedsvereinbarung, die Anwendung der Regeln einer Schiedsinstitution (wie die ICC-Regeln bspw.) oder „auch,“ die Wahl eines staatlichen Rechts, vergl. Art. 1494 Abs. 1 NCPC.

Auf Umwegen ist eine Anwendung des französischen Rechts auf ein in Frankreich sitzendes Schiedsgericht aber auch über den *lex loci arbitri* - Grundsatz⁵⁹⁹ denkbar.

Dies ist etwa der Fall, wenn ein nach französischem Schiedsrecht abgehaltenes Schiedsverfahren zu einer Schiedsentscheid führt, welcher in einem anderen Land nach dem New Yorker Übereinkommen von 1958 vollstreckt werden soll. Nach Art. V, 1 d) des

⁵⁹⁸ Die Parteien können ansonsten, unterhalb der Schwelle des *ordre public international*, zwingende Normen abbedingen. Vergl. die hierzu ergangene Entscheidung C.app. Paris, 20 juin 1969, *Impex c. Malteria Adriatica* in RdA 1969, S. 95.

⁵⁹⁹ Soweit das Schiedsgericht seinen Sitz in Frankreich hat.

Abkommens wird, mangels einer vorliegenden Verständigung der Parteien, direkt an die, insoweit subsidiäre Geltung des Rechts des Forumstaats⁶⁰⁰ angeknüpft. Das französische Recht als Prüfungsmaßstab im Vollstreckungsverfahren würde so gemäß der lex loci Regel Anwendung finden.

Art. 1494 Abs. 2 NCPC überträgt dem Schiedsrichter, im Falle des Schweigens der Schiedsvereinbarung, dieselben Optionen wie den Parteien nach Absatz 1, allerdings mit dem Vorbehalt, prozessuale Bestimmungen nur soweit als notwendig zu treffen. Auch hier ist der Schiedsrichter nicht gehalten in jedem Fall ein Verfahrenssystem aufzustellen, denkbar ist eine flexible Regelung je nach aufkommender Problematik. Der Freiheit sind insofern keine Grenzen gesetzt, als die Parteien nichts gegenteiliges bestimmt haben. Insbesondere ist, ebenso wie in Abs. 1, das Recht des Schiedsorts ohne besondere Relevanz.⁶⁰¹

⁶⁰⁰ Diese Terminologie entspricht dem klassischen Verständnis der nationalen Verwurzelung eines Schiedsspruchs; für die Anhänger der Auffassung einer delokalisierten Schiedsgerichtsbarkeit existiert kein Forumstaat. Wie gesehen, tendiert auch das französische Schiedsrecht in Art. 1494 Abs. 1 NCPC eher zu letztgenannter Ansicht, zumindest ist diese eine dem staatlichen Recht gleichgestellte Option.

⁶⁰¹ Einen Überblick über die Kompetenzunterschiede von Schiedsrichtern in civil law und common law Rechtskreisen gibt

γ Art. 1495 NCPC

Die Norm enthält eine spezielle Verfahrensregel für den Fall, dass das französische Recht das anwendbare Verfahrensrecht ist. Da diese Konstellation von Bedeutung für die Feststellung des Regelungsinhalts der französischen Rechtsordnung bezüglich der Behandlung internationalen Handelsrechts sein kann, soll dies unter einem gesonderten Punkt sogleich unter II.) untersucht werden.

b) Art. 1496-1497 NCPC

Art. 1496 und 1497 NCPC bestimmen die Regeln, nach denen das Schiedsgericht den Sachverhalt zu entscheiden hat. Auch dies ist daher ausführlich zu erörtern (unter III.)

4. Die Regelung der Art. 1498-1507 NCPC

Der Titre VI des 4. Buchs des NCPC behandelt die Anerkennung, Vollstreckung und möglichen

Pierre Mayer in RdA 1995, S. 163 ff., ab S. 177 wird dort auf die Besonderheiten im Rahmen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit eingegangen.

Rechtsbehelfe betreffend im Ausland oder im internationalen Bereich erlassener Schiedsentscheide. Bezeichnenderweise wird nur die Differenzierung zwischen im Ausland erlassener und internationaler Entscheide vollzogen, „französische Entscheide“ sind also entweder solche des internen Schiedsrechts oder sie unterliegen dem Regime der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Im Rahmen letzterer, ist der Schiedsort Frankreich als solcher wieder nicht erheblich und die Konzeption der delokalisierten Schiedsgerichtsbarkeit wird konsequent durchgehalten. Näheres hierzu im Folgenden unter IV.) sowie unter C.).

II) Französisches Recht als Verfahrensrecht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 1495 NCPC)

Die bisherigen Ausführungen offenbarten eine deutliche Flexibilität und Autonomie bei der Durchführung und Gestaltung eines Schiedsverfahrens nach französischem Recht. Dem Primat der Parteiautonomie wurde dabei größtmögliche Anerkennung zuteil. Ist in diesem Rahmen das französische Recht als Verfahrensrecht bestimmt worden, nimmt Art. 1495 NCPC gewisse

Einschränkungen bei dem Verweis auf das interne Schiedsrecht⁶⁰² des 4. Buchs des NCPC vor. Diese sind auf ihre Tragweite hin zu untersuchen.

Zunächst ist aber eine terminologische Vorbemerkung zu machen. Mit der Formulierung „...*est soumis à la loi française...*“ ist nicht ein konkreter Bereich des französischen Rechts gemeint.

„Loi“ ist hier im Sinne des internationalen Privatrechts zu deuten. Somit ist das französische „Recht“ als Regelkorpus, bestehend aus Gesetzestexten und Jurisprudenz, anwendbar auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, gemeint.⁶⁰³ In diesem

⁶⁰² Dieser Verweis ist notwendig, da Titre V, wie gesehen, nur Eckpunkte für den Ablauf des Schiedsverfahrens bestimmt, jedoch selbst wenig konkrete Aussagen zu prozessualen Fragen trifft.

⁶⁰³ Cohen in RdA 1991, S. 155, 164. Dies entspricht der Definition von „loi“ im Sinne des IPR, vgl. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 6. Auflage, Paris 1996. In zweiter Linie stellt sich hierbei auch die Frage, welcher Abschnitt des Schiedsverfahrens von der Unterordnung unter das französische Recht erfasst sein soll. Der Text spricht von der „l'arbitrage international.“ Diese umfasst verschiedene Komponenten, die Schiedsvereinbarung selbst oder das Schiedsverfahren. Cohen führt hierzu aus, dass dieser globale Verweis auf die Regeln der Titres I, II, III zu dem Schluss führe, sowohl die Schiedsvereinbarung als auch das Verfahren durch das französische Recht bestimmen zu lassen. Schließlich betreffe etwa Titre I die „conventions d'arbitrage.“ Nach anderer Ansicht, soll allein das Verfahren (la procédure) dem französischen Recht unterliegen, unter den Begriff falle jedoch auch die Schiedsvereinbarung (de Boissésou, S. 661).

Zusammenhang verweist Art. 1495 NCPC auf die Titres I, II, III des 4. Buchs, die Regeln über die interne Schiedsgerichtsbarkeit. Umgehende Auffälligkeit erlangt dabei der offensichtliche Ausschluss des Titre IV. Jener lässt sich mit der Tatsache erklären, dass die dort geregelten Rechtsbehelfe eine Sonderregelung für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Titre VI erfahren haben, welche insoweit vorrangig ist. Zur Vermeidung jeder Ungewissheit betont Art. 1507 NCPC nochmals diesen Ausschluss, nimmt jedoch Art. 1487 Abs. 1 und Art. 1490 NCPC hiervon ausdrücklich aus.

1. Verweis auf die Art. 1442-1480 NCPC
Art. 1495 NCPC erfüllt eine Art Scharnierfunktion, durch welche das Zusammenspiel der speziellen Regeln zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit mit den Vorschriften des internen Schiedsrechts gestaltet wird.⁶⁰⁴ Zwar lässt die Formulierung der Vorschrift eine pauschale Verweisung auf alle Normen der drei Titres

Beide Ansichten stimmen mithin inhaltlich überein, die Divergenzen sind terminologischer Natur.

⁶⁰⁴ Bei der Schaffung des Gesetzes zog man den Verweis auf das interne Schiedsrecht einer eigenständigen und detaillierten Normierung des internationalen Schiedsverfahrens vor, vergl. Fouchard in JDI 1982, S. 374, 392. Dieser Verweis erfährt jedoch einige Einschränkungen, zu diesen sogleich unter 2.).

vermuten, bei genauerer Betrachtung ergeben sich jedoch Interferenzen, welche der Verweisung letztlich einen tendenziell selektiven Charakter zukommen lassen.⁶⁰⁵ Beispielsweise verdrängt Art. 1496 NCPC, als speziellere Norm zur Vorgehensweise des Schiedsrichters bei der Bestimmung des materiellen Rechts, den im internen Recht ansonsten einschlägigen Art. 1474 NCPC. Umgekehrt erklärt etwa Art. 1500 NCPC die Art. 1476 bis 1479 für anwendbar. Für deren Anwendbarkeit im Rahmen internationaler Schiedsgerichtsbarkeit ist das von Art. 1495 NCPC aufgestellte Postulat der Geltung französischen Rechts somit nicht erforderlich.⁶⁰⁶

Hinzu kommen etwaige Unsicherheiten im Rahmen der Anwendung der Norm für den Fall einer abweichenden

⁶⁰⁵ Cohen spricht in diesem Zusammenhang von einem „phénomène de déperdition“ des Art. 1495 NCPC, eine Art „Verlustphänomen“, welches allen globalen Verweisungen eigen wäre (a.a.O. S. 181).

⁶⁰⁶ Weitere Interferenzen können sich aus der Rechtsprechung ergeben. So wurde etwa die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 1458 NCPC (C.cass.civ. 28 juin 1989 in JDI 1990, S. 1004, 2. espèce auf S. 1008) oder die Unanwendbarkeit von Art. 1485 NCPC (C. app. Paris 6. mai 1988 in RdA 1989, S. 83) auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit (ohne nähere Begründung) festgestellt. Solche Entscheidungen führen jedoch zu einer gewissen Unübersichtlichkeit bei der Bestimmung der auf die internationalen Schiedsverfahren nach französischem Recht anwendbaren Regeln.

Vereinbarung durch die Parteien. Dem Wortlaut folgend, ließe eine entsprechende Abrede der Parteien jegliche Abweichung von den internen französischen Vorschriften zu, ungeachtet ihres zwingenden Charakters oder ihrer Bedeutung als fundamentale Verfahrensgrundsätze des französischen Rechts.⁶⁰⁷ Weitere Restriktionen bei dem Verweis auf die Regeln des internen Schiedsrechts ergeben sich aus dem Vorrang, welcher den Art. 1493 und 1494 NCPC eingeräumt wird. Nur aus dem Zusammenspiel von Verweisung und Einschränkung ergibt sich daher der

⁶⁰⁷ Gemeint ist vor allem die Regel des Art. 1460 Abs. 2 NCPC, welcher die grundsätzliche Anwendbarkeit der leitenden Prinzipien des französischen Prozessrechts (Art. 4-10, 11 Abs. 1 und 13-21 NCPC) festschreibt. Die Zweckmäßigkeit dieser Option aus Sicht der Parteien halten Bellet/ Mezger für äußerst diskutabel. Sie verweisen hierbei auf die ohnehin bestehende Rechtsunsicherheit, welche der Materie per se anhaftet und welche durch die von Art. 1495 NCPC veranlasste Abdingbarkeit der genannten Vorschriften noch vergrößert wird (Bellet/ Mezger in RCDIP 1981, S. 611, 628 f.). Der Gegenstand dieses Vorwurfs ist jedoch systemimmanent und hängt mit der getroffenen Grundentscheidung des französischen Gesetzgebers bei der Gestaltung des Regelwerks zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zusammen. Insofern erscheint die Abdingbarkeit genannter Vorschriften mehr konsequent als kritikwürdig.

Gehalt des französischen Rechts, in seiner Eigenschaft als das, das Schiedsverfahren steuernde Regelsystem.⁶⁰⁸

2. Die Einschränkungen des Art. 1495

NCPC

a) Der Vorbehalt einer „convention particulière »

Die Formulierung des Art. 1495 NCPC „...*les titres I,II et III du présent livre ne s'appliquent qu'à défaut...*” bringt den subsidiären sowie supplementären Stellenwert des, an sich zur Anwendung bestimmten⁶⁰⁹ französischen Rechts zum Ausdruck. An der unterschiedslosen Geltung für alle Normen des internen französischen Schiedsrechts⁶¹⁰ bestehen insoweit keine Zweifel.⁶¹¹ Eine explizite Formulierung des Ausschlusses ist nicht

⁶⁰⁸ Da an dieser Stelle nur die wesentlichen Gesichtspunkte des Regelwerks erwähnt werden sollen, ist für eine detaillierte Analyse der im einzelnen abdingbaren Normen des internen französischen Schiedsrechts auf die Ausführungen von Cohen in RdA 1991, S.155, 185 – 199 zu verweisen.

⁶⁰⁹ Sei dies durch die Bestimmung der Parteien, des Schiedsrichters oder (in bestimmten Konstellationen) des staatlichen Richters erfolgt.

⁶¹⁰ Ein vollständiger Ausschluss der Normen des französischen Rechts als solchem wäre allerdings widersprüchlich und somit unwirksam.

⁶¹¹ Goldman in RdA 1981, S. 469, 478; Bellet/ Mezger in RCDIP 1981, S. 611, 626; Fouchard in JDI 1982, S. 375, 392.

notwendig, der Ausschluss ist auch implizit oder indirekt denkbar.

Erfolgen kann dies etwa durch Wahl des französischen Rechts und zusätzlicher Vereinbarung einer Schiedsordnung (wie den ICC-Regeln) oder über die Einschaltung des Schiedsrichters zwecks Bestimmung der Verfahrensregeln. In beiden Fällen müsste das an sich anzuwendende französische Recht insoweit zurücktreten oder eine Ergänzung erfahren, als eine abweichende Regelung, in der ein oder anderen Form, bestünde bzw. getroffen würde. Damit wird erneut dem Leitmotiv des französischen Gesetzgebers bei dem Erlass des Dekrets vom 12. Mai 1981 entsprochen:

Auch die Anwendung französischen Rechts als Verfahrensrecht im internationalen Schiedsverfahren steht unter der Prämisse, größtmögliche Flexibilität für die Parteien zu wahren. In diesem Sinne ist eine Wahl des französischen Rechts nicht notwendig absolut, sondern versteht sich nach der Konzipierung von Art. 1495 NCPC als Richtlinienentscheidung, die als

Unterstützung der Parteien fungieren soll, ohne dabei das Schiedsverfahren zur Erstarrung zu bringen.⁶¹²

b) Vorbehalt der Art. 1493 und 1494

NCPC

Das Mittel zur Durchsetzung dieser Flexibilität, soll neben einer besonderen Vereinbarung durch die Parteien, auch der Vorbehalt der Art. 1493 und 1494 NCPC bereitstellen. Die Nützlichkeit dieses Vorbehalts wird jedoch vielfach in Frage gestellt.⁶¹³ Insbesondere ist eine eigenständige Bedeutung angesichts der ohnehin bestehenden Geltung beider Vorschriften im Falle der Bestimmung französischen Rechts als anwendbares Verfahrensrecht schwerlich zu erkennen.⁶¹⁴ Teilweise

⁶¹² Cohen in RdA 1991, S. 155, 183. A.a.O. auf S. 184 f. erläutert Cohen dieses Verhältnis auch terminologisch, indem er die Vereinbarung der Parteien insofern als „particulière“ - also besonders - beschreibt, als sie die „normalerweise geltende“ Regelung ggf. modifiziert oder ersetzt.

⁶¹³ Cohen in RdA 1991, S. 155, 200; s. hierzu auch die Debatte über die neue französische Schiedsgesetzgebung, abgedruckt in RdA 1981, S. 487, 488 f. und 494.

⁶¹⁴ Der Ansatz Loquins bei der Deutung des Vorbehalts des Art. 1494 NCPC (vergl. in JDI 1983, S. 293, 332) weist diesem allerdings eine eigenständige Bedeutung für den Fall zu, dass eine „convention particulière“ keine Aussage zum Verfahrensrecht trifft, der Schiedsrichter sodann das französische Recht anwendet. Diesem soll Art. 1495 iV.m. Art. 1494 NCPC sodann die Möglichkeit einräumen, Normen des französischen Rechts abzubedingen oder mit anderen Regeln zu kombinieren.

werden Erklärungsversuche unternommen, den Vorschriften einen eigenen Aussagegehalt beizumessen. So soll der Verweis nicht pauschal zu deuten sein, vielmehr jeder Absatz der jeweiligen Vorschrift auf seine Bedeutung untersucht werden. Dabei wurde etwa aus Art. 1493 Abs. 2 NCPC eine absolute Geltung der Anrufung des Präsidenten des TGI durch die jeweils zuerst handelnde Partei gefolgert.⁶¹⁵ Der ohnehin anwendbare Art. 1493 Abs. 2 NCPC beinhaltet jedoch die Möglichkeit, eine gegenteilige Abrede zu treffen. Es ist daher schwerlich einsehbar, diesem, durch indirekte Anwendung über Art. 1495 NCPC eine andere Deutung zu verleihen, als im Rahmen seiner direkten Anwendung.⁶¹⁶

Der Vorbehalt ließe sich schließlich auch als eine Art Abdingungsverbot deuten, um so eine Grundliberalität

Nicht ganz verständlich bleibt jedoch die Tatsache, dass, gleich nach welcher Modalität das französische Verfahrensrecht für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit zur Anwendung kommt, jedenfalls die Art. 1493 und 1494 NCPC Elemente desselben sind und somit per se zur Anwendung kämen.

⁶¹⁵ Fouchard in JDI 1982, S. 374, 393; Goldman in RdA 1981, S. 469, 478.

⁶¹⁶ So eindeutig Cohen a.a.O., S. 204. In diesem Sinne ist die Suche nach eigenständigen Aussagen der beiden Artikel im Rahmen von Art. 1495 NCPC weitestgehend vergeblich, vergl. i.e. die ausführliche Darstellung bei Cohen a.a.O. S. 155, 199–207.

bei der Wahl französischen Rechts zu garantieren, indem die Grundsätze der Art. 1493, 1494 NCPC in jedem Fall zur Geltung kommen sollen, soweit keine besondere Vereinbarung der Parteien getroffen wurde.

Unter dem Eindruck der vorangehenden Ausführungen scheint dies letztlich das überzeugendste Verständnis von der Funktion der Vorschrift darzustellen.

c) Korrektiv des Art. 1502 NCPC

Im Zusammenhang mit Art. 1495 NCPC ist er als eine Art „Schranken-Schranke“ dieser Norm zu verstehen, indem er der von dieser prinzipiell zugelassenen Weite bei der Abdingbarkeit des französischen Verfahrensrechts eine, wenn auch großzügige, Grenze setzt. Damit werden gleichzeitig die Mindestanforderungen seitens des französischen Staates an ein Schiedsverfahren festgelegt. Da diese in erster Linie anlässlich der Anerkennung von Schiedsentscheiden zum Tragen kommen, soll eine weitergehende Untersuchung dort (sogleich unter IV.) erfolgen.

Letztlich wird durch die Art. 1493 bis 1495 NCPC auch der Wille ausgedrückt, das Schiedsverfahren zu

„denationalisieren.“⁶¹⁷ Das französische Recht versteht sich im Verhältnis zu anderen nationalen Rechten oder nichtstaatlichen Regelungen als „egalitär“⁶¹⁸ und lediglich eine mögliche Option unter diesen.⁶¹⁹

Auf die hier interessierende Frage der Behandlung von lex mercatoria Regeln durch das französische Recht hat die von Art. 1495 NCPC vorgenommene Verweisung letztlich keinen entscheidenden Einfluss,⁶²⁰ da Art. 1496 NCPC die insoweit vorrangige Norm ist und die entscheidenden Dispositionen enthält.

⁶¹⁷ Loquin in JDI 1983, S. 293, 335.

⁶¹⁸ Insofern ist ein „imperialistischer Charakter“ der französischen Regelung zum internationalen Schiedsrecht (wie anhand der Regelung des Art. 1494 NCPC behauptet wurde, vergl. i.e. bei Fouchard in JDI 1982, S. 374, 390) insgesamt nicht zu erkennen.

⁶¹⁹ Vergl. Bellet/ Mezger in RCDIP 1981, S. 611, 626.

⁶²⁰ Sie ist allerdings von besonderer Bedeutung für die Charakterisierung der französischen Verfahrensregelung internationaler Schiedsverfahren, insbesondere hinsichtlich der Rolle der Schiedsrichter und der Parteien. Somit war es notwendig, die getroffene Regelung vorzustellen, um den bestehenden Kontext, für die dem Schiedsrichter und den Parteien obliegenden Möglichkeiten bei der Bestimmung des auf den Sachverhalt anzuwendenden Rechts zu skizzieren.

III) Die Regelung von Art. 1496 NCPC

Art. 1496 NCPC bestimmt: *"L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées.*

Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce."

Um das Spektrum der Entscheidungsmöglichkeiten des Schiedsrichters nach Art. 1496 NCPC möglichst präzise zu bestimmen, ist nach den vorgegebenen Wahloptionen zu differenzieren.

1. Regelungsgehalt der Norm
 - a) Entscheidung nach den von den Parteien bestimmten „règles de droit“

In dieser Formulierung wird den Parteien der größtmögliche Freiraum bei der Bestimmung des anzuwendenden Rechts eingeräumt.⁶²¹ Es kommt hierin eine „Gleichgültigkeit“ gegenüber der Anwendung staatlichen Rechts auf den Sachverhalt im Rahmen eines internationalen Schiedsverfahrens zum Ausdruck⁶²². Die gewählte Formulierung stehe gar in „natürlichem“

⁶²¹ Déraïns in YBCA 1982, S. 11.

⁶²² Robert in R.D. 1981, II, S. 209, 212.

Gegensatz zu einem nationalen Recht. Dies bedeutet selbstverständlich nicht, dass eine Wahl nationalen Rechts durch den Schiedsrichter ausgeschlossen wäre, allein, er ist hierzu nicht gehalten.

Die Parteien sind hinsichtlich der Quelle und der Natur ihres „Wahlobjektes“ somit nicht auf ein staatliches Rechtssystem beschränkt und folglich scheinbar⁶²³ ungebunden. Beachtenswert scheint diese Regelung vor allem im Hinblick auf den erst am 21. Juni 1985 erfolgten Erlass des UNCITRAL Modellgesetzes zur internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit.⁶²⁴ In seinem Art. 28 Abs.1 verweist dies ebenfalls auf die von den Parteien bezeichneten „Rechtsvorschriften.“ Mit

⁶²³ Zum einen besteht selbstverständlich eine Limitierung in Form der *ordre public*, zum anderen sind dem Wortlaut nach nur „Rechtsregeln“ erfasst. In vergleichender Betrachtung zu Art. 1494 NCPC scheint damit zumindest nicht irgendeine, möglicherweise sogar frei erfundene, Regel zur Anwendung kommen zu dürfen. Nach Art. 1494 NCPC ist dies jedoch denkbar, indem der Wortlaut bestimmt, dass die Schiedsvereinbarung direkt das zu befolgende Verfahren regeln kann. Hier besteht folglich eine, wenn auch feinsinnige, Abweichung zwischen den Konzeptionen beider Regeln. Roberts („Um“-)Deutung des Wortlauts von Art. 1494 NCPC in „*règle de procédure*“ und die hieraus gefolgerte Parallele beider Normen in ihrer gemeinsamen Ignorierung des Terms „*loi*“ kann insoweit nicht nachvollzogen werden (vergl. dieser in R.D. 1981, II, S. 209, 212 dort in Fn. 20).

⁶²⁴ Abgedruckt bei Glossner/ Bredow/ Bühler, Anhang 11, S. 272 ff..

seiner gewählten Formulierung ist Art. 1496 NCPC somit zugleich Ausdruck und Vorreiter eines internationalen Standards⁶²⁵ und dies, bereits 4 Jahre vor Erlass des Modellgesetzes.

Es stellt sich jedoch die Frage, inwiefern es einer ausdrücklichen Wahl durch die Parteien bedarf um dem Schiedsrichter den erwähnten Freiraum einzuräumen. So ließe sich die Tatsache, dass der zweite Halbsatz von Art. 1496 NCPC die Konstellation erfasst, in der die Parteien keine Wahl getroffen haben dahin gehend deuten, dass eine implizite Bestimmung durch die Parteien nicht ausreichend ist, dem Schiedsrichter die entsprechende Kompetenz zur Anwendung der „règles du droit“ einzuräumen.⁶²⁶ Die Vorschrift würde also nur die Wahl und das Schweigen der Parteien regeln,

⁶²⁵ Das Modellgesetz bildete seit seinem Erlass die Grundlage für fast alle Reformen nationaler Schiedsgesetze in neuerer Zeit, so auch für die deutsche Schiedsrechtsreform (dazu im dritten Teil), vgl. v.Bar /Mankowski, IPR, S. 369, Rdn. 33.

⁶²⁶ In diesem Sinne wohl Fouchard, JDI 1982, S. 374, 396 f., der in diesem Zusammenhang auch auf etwaige Formulierungen in internationalen Abkommen hinweist, welche etwas „weichere“ Formulierungen zu diesem Punkt enthalten. So beispielsweise Art. 2 Abs.2 des Haager Abkommen vom 15. Juni 1955 über das anwendbare Recht auf den internationalen Kauf beweglicher, körperlicher Sachen, der unter ausdrücklicher Vereinbarung auch das versteht, was „unzweifelhaft aus den Bestimmungen des Vertrages resultiert.“

dazwischen dürfte eine Rechtswahl auf Grund von Umständen⁶²⁷ o.ä. nicht anerkennenswert sein.

Vor dem Hintergrund, dass die den Parteien eingeräumte Möglichkeit staatliche wie auch nichtstaatliche Rechtsvorschriften anzuwenden, ein seit langem anerkanntes Prinzip ist und insofern keiner herausragenden Würdigung im Rahmen des Art. 1496 NCPC bedarf,⁶²⁸ wäre eine restriktive Interpretation der Vorschrift zu diesem Punkt schwerlich vereinbar mit der bisherigen Entwicklung sowie der insgesamt liberalen Konzeption der Titres V und VI NCPC.⁶²⁹ Abgesehen von der unscharfen Aussagekraft einer solchen Feststellung, offenbart der Zusammenhang mit dem zweiten Halbsatz aber auch, dass die Forderung nach einer ausdrücklichen Bestimmung sinnlos erscheint, da ansonsten jedwede implizite Vereinbarung im Rahmen des ersten Halbsatzes keine Berücksichtigung finden könnte. Eine „verwertbare“ Vereinbarung der Parteien

⁶²⁷ Gemeint sind die von den Vertragsbestimmungen ausgehenden Indizwirkungen. Vergl. allgemein zur Problematik einer stillschweigenden Rechtswahl, von Hoffmann, IPR S. 398, Rdn. 32-37.

⁶²⁸ Vergl. Bellet/ Mezger in RCDIP 1981, S. 611, 631.

⁶²⁹ Wäre eine solche Einschränkung gewollt gewesen, hätte dies sicherlich einen Niederschlag in der Formulierung der Vorschrift gefunden.

würde dann nicht vorliegen. Diesen Fall regelt aber bereits der zweite Halbsatz und knüpft hieran jedenfalls dieselbe, wenn nicht eine noch liberalere⁶³⁰ Modalität der Bestimmung anzuwendender Regeln. In diesem Sinne scheint es geboten, nicht auf dem Erfordernis der Ausdrücklichkeit des schiedsrichterlichen Mandats bei der von den Parteien getroffenen Wahl zu beharren.

b) Entscheidung nach den als
„geeignet“ empfundenen „règles de
droit“

Dem Schiedsrichter obliegt nach dem zweiten Halbsatz der Vorschrift die freie Bestimmung der als geeignet angesehenen Rechtsvorschriften. Der gewählten Formulierung ist zu entnehmen, dass es sich hierbei um die zuvor genannten „règles de droit“ handeln soll.⁶³¹ Nicht verständlich ist es daher, diesen eine andere Deutung als im ersten Halbsatz der Regel zu verleihen, indem man sie mit der „amiable composition“ assoziiert und sodann die Frage nach der Abgrenzbarkeit beider

⁶³⁰ Hierzu sogleich unter b).

⁶³¹ Fouchard/ Gaillard/ Goldman, S. 812 f., Rdn. 1441.

stellt.⁶³² Art. 1496 Abs. 1, 2. Halbsatz NCPC erlaubt es dem Schiedsrichter gerade nicht, eine „frei gewählte“ Lösung des Sachverhalts zu finden. Eine derart schöpferische Freiheit lässt die dort getroffene Formulierung im Gegensatz zu Art. 1494 Abs. 2 NCPC nicht zu. Der Vergleich des Wortlauts beider Regelungen spricht für eine solche Betrachtung. Ebenso auch die damit erreichte Konsequenz, welche dazu führt, Art. 1497 NCPC eine eigenständige Bedeutung hinsichtlich seines Regelungsgehalts zu erhalten. Für eine „bewusste“ Einschränkung dieser Vorschrift durch eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Art. 1496 Abs. 1 NCPC ergibt sich kein Anhaltspunkt im Regelwerk des Titre V.

Auf eine qualitative Nuancierung zwischen *règles de droit* im Sinne des 1. Halbsatzes und dem selben Begriff im 2. Halbsatz wollen jedoch Loquin und Ravillon⁶³³ hinweisen: Im Falle einer Bestimmung der Rechtsvorschriften durch das Schiedsgericht gemäß Halbsatz 2. müsse es sich um „wahrhafte“ Rechtsvorschriften halten, d.h. solchen, die aus sich

⁶³² So Bellet/ Mezger in RCDIP 1981, S. 611, 632. Dies führen die Autoren auch auf die insofern nicht eindeutige Formulierung der Vorschrift zurück, vergl. a.a.O. in Fn. 33.

⁶³³ Loquin/ Ravillon in „La mondialisation du droit“, S. 91, 103.

heraus zur Anwendung gelangen können, ohne von der insoweit „normativierend“ wirkenden Parteienabrede abzuhängen. So könnten z.B. Vorschriften aus Modelgesetzen oder noch nicht in Kraft getretenen internationalen Abkommen nur durch die Parteivereinbarung nach Halbsatz 1. zu auf den Streitgegenstand anwendbaren Rechtsvorschriften herangezogen werden⁶³⁴. Diese Deutung widerspricht jedoch zuvor angenommener Identität des Rechtswahlobjektes in Art. 1496 NCPC. Dieser spricht von Rechtsvorschriften und es ist nicht erkennbar, warum der Inhalt dieses Begriffes danach variieren soll, ob die Parteien oder das Schiedsgericht diese zur Anwendung bringen möchten. Auch und gerade im Hinblick auf die hiermit verbundene Debatte um *lex mercatoria* Vorschriften, sollte der Begriff der Rechtsvorschriften einzelstaatlich so gering wie möglich akzentuiert werden um so der oftmals angeführten Unschärfe des Inhaltes einer *lex mercatoria* zu begegnen. Eine möglichst klare und einheitliche, inhaltliche Begriffsdeutung auf internationaler Ebene ist zudem unerlässlicher Beitrag einer Konsolidierung des

⁶³⁴ Loquin/ Ravillon a.a.O..

Strukturierungsprozesses im internationalen Wirtschaftsraum, wenn es um die Ausgestaltung des rechtlichen Rahmens bei der Bestimmung des anwendbaren, materiellen Rechts geht.

Schließlich sei noch erwähnt, dass die „geeignete“ Rechtsvorschrift aus der Perspektive des Schiedsrichters, die legitimen Erwartungen der Parteien zu berücksichtigen hat. Grundsätzlich sollte daher ein Recht bestimmt werden, dessen Bestimmungen (insbesondere solche der *ordre public*) nicht den vertraglichen Vereinbarungen zuwiderlaufen⁶³⁵.

Das Schiedsgericht kann aber grundsätzlich nach eigenem Ermessen aus der Weite von *lex mercatoria* Regeln, oder staatlichen Rechten das für die Lösung des Sachverhalts aus seiner Sicht geeignetste „Rechtssystem“ anwenden. Auch hier zeigt sich das französische Recht als „seiner Zeit voraus,“⁶³⁶ indem es dem Schiedsrichter die Möglichkeit eines sogenannten „*approche directe*“

⁶³⁵ Vergl. Derains in RdA 1986, S. 375, 393 und 412.

⁶³⁶ Anders der seinerzeit wohl herrschende Konsens auf internationaler Ebene, wie er in den Abkommen der Zeit zum Ausdruck kommt, vergl. etwa Art. VII des Genfer Abkommen zur internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961. Zwar ist Art. 1496 NCPC in seiner Formulierung stark an diese Vorschrift angelehnt, Art. VII verlangt aber die Kollisionsnormen anzuwenden, welche das Schiedsgericht für richtig erachtet, nicht materielle Rechtssätze.

bei der Ermittlung der streitentscheidenden Normen überlässt. Der traditionelle (Um-) Weg, über das IPR die anwendbare Kollisionsnorm zu ermitteln, welche sodann das anzuwendende materielle Recht bestimmt, wurde vom französischen Gesetzgeber nicht angenommen. In dieser Entscheidung lässt sich erneut eine Neutralisierung des Regelungsanspruchs staatlicher Rechte im internationalen Geschäftsverkehr erblicken, denn die Kollisionsnormen des IPR sind auf Verweisungen zwischen den staatlichen Rechtsordnungen zugeschnitten, womit eine Anwendung nichtstaatlichen Rechts durch sie ausgeschlossen wäre. Die richtungweisende Funktion des Art. 1496 NCPC im Hinblick auf die Etablierung von *lex mercatoria* kommt auch in folgender Formulierung zum Ausdruck: *„Der zweite Absatz des Art. 1496 NCPC ist als ein Signal anzusehen, dessen ganzes Ausmaß die Eingeweihten verstehen werden.“*⁶³⁷

In beiden Varianten des Abs. 1 wird eine Entscheidung nach *lex mercatoria* also einer Rechtsentscheidung gleichgesetzt. Zu beachten ist noch, dass die Vorschrift

⁶³⁷ Robert in R.D. 1981, II, S. 209, 213. Der Verfasser scheint zu dieser Prognose besonders legitimiert zu sein, hatte er doch entscheidenden Anteil an der Erarbeitung der Dekrete von 1980 und 1981.

eine willkürliche Bestimmung des Schiedsrichters nicht zulässt. Die als „geeignet“ empfundene Regeln sollten daher in einem Bezug zum Rechtsstreit und den Parteien stehen, zumindest nicht vollkommen abwegig erscheinen. An dieser Stelle ist die besondere Bedeutung der (insoweit „passiven“) Parteiautonomie heranzuziehen, durch welche eine durch das Schiedsgericht festzustellende Geeignetheit von Rechtsvorschriften an die Erwartungen und Interessen der Parteien geknüpft werden müsste.

Hier ließe sich die These wagen, dass eine Anwendung von *lex mercatoria* Regeln auf eine internationale Streitigkeit nie abwegig ist, bzw. immer eine sachgerechte Option für das Schiedsgericht und die Parteien eines internationalen Wirtschaftssachverhalts darstellt. Dieses weite Verständnis könnte jedoch nur dann gelten, wenn man hierunter solche Regeln versteht, die für die Parteien voraussehbar sind, somit etwa kodifizierte Regelsammlungen wie die UNIDROIT-Prinzipien oder auch branchenspezifische Regeln, wenn beide Parteien aus dem selben wirtschaftlichen Milieu stammen. In jedem Fall hat das Schiedsgericht nach der Formulierung von Art. 1496 NCPC die Freiheit zu einer derartigen Vorgehensweise – anders als ein nach

englischem Verfahrensrecht befindendes Schiedsgericht⁶³⁸.

Spezifische Handelsbräuche werden grundsätzlich bereits über Art. 1496, S. 2 NCPC (sogleich unter c.)) berücksichtigt.

c) Entscheidung unter
Berücksichtigung von
Handelsbräuchen

Neben der freizügig gestalteten Rolle des Schiedsrichters bei der Bestimmung der materiellen Rechtssätze verfügt Art. 1496 Abs. 2 NCPC, das dieser in jedem Fall die bestehenden Handelsbräuche zu berücksichtigen hat.

Die Reichweite dieses gesetzlich festgelegten Mandats an das Schiedsgericht kann auf den ersten Blick zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen. So ist es denkbar, diesen einen zwingenden Charakter in der Form beizumessen, dass ihre Berücksichtigung unter Umständen eine anderslautende Wahl der Parteien überlagern und zumindest teilweise verdrängen

⁶³⁸ Vergl. oben 1. Teil, 2. Kapitel, B.), II.), 2.), c) in diesem Sinne wohl auch Hill, ICLQ 1997, S. 274, 301.

könnte.⁶³⁹ Damit würde Art. 1496 Abs. 2 NCPC eine gesetzlich verfügte Kompetenzerweiterung der Schiedsrichter zu Lasten der Parteiautonomie bestimmen. Dies wirft die Frage auf, zu welchem Preis eine Berücksichtigung von (internationalen) Handelsbräuchen als charakteristischem Element einer *lex mercatoria* im Rahmen des Schiedsverfahrens Beachtung finden darf. Vorgenannter Ansatz hätte die Konsequenz, dass ein, letztlich auf der Parteiautonomie gründender Regelbestand - die etablierten Handelsbräuche - die Parteiautonomie in den Fällen beschränken würde, in denen diese dessen Anwendung entgegensteht, was einem Zirkelschluss gleichkäme⁶⁴⁰. Die Folge wäre eine nahezu absolute Geltung genannter Handelsbräuche, Art. 1496 Abs. 1 NCPC müsste insoweit leer laufen. Ein solcher Ansatz widerspricht

⁶³⁹ Fouchard/ Gaillard/ Goldman, S. 856 ff., Rdn.1513 f.; Gaillard in *Mélanges Bellet*, S. 203, 210.

⁶⁴⁰ Ähnlich Gaillard in *Mélanges Bellet*, S. 203, 212 f., der es für eine Paradoxie hält, dass Befürworter einer Anwendung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen kraft Parteivereinbarung oder Bestimmung durch das Schiedsgericht, die den Respekt von Parteivereinbarungen als eines der bedeutendsten dieser Prinzipien hervorheben, eine explizite Wahl eines staatlichen Rechts in ihrer Reichweite mindern wollen, indem sie Handelsbräuche inhaltlich den allgemeinen Rechtsgrundsätzen annähern und damit das explizit vereinbarte Recht überlagern wollen.

dem System der Titres V und VI NCPC und verfügt über keine Grundlage innerhalb oder außerhalb desselben. Die Vorschrift dient vielmehr dem Zweck, bei der Entscheidung des Schiedsgerichts dem internationalen Charakter der Transaktion Rechnung tragen zu können, indem einschlägige Bräuche ergänzend (etwa zur Interpretation des Parteiwillens) herangezogen werden können.⁶⁴¹ Zwar ist einzuräumen, dass eine sinnvolle Abgrenzung zwischen einer regelmäßig befolgten Praktik einer bestimmten Branche und einem allgemeinen, also objektiv geltenden Rechtssatz nicht immer möglich sein wird⁶⁴². Dies rechtfertigt aber nicht das Infragestellen expliziter Parteivereinbarungen und eine damit ermöglichte „Verzerrung“ der Normenhierarchie und stößt sich ebenfalls an dem auf internationaler Ebene

⁶⁴¹ Das Verständnis der Vorschrift hängt essentiell mit der Frage zusammen, welchen Inhalt man dem Begriff der Handelsbräuche verleiht. Assimiliert man diese mit den allgemeinen Rechtsprinzipien (vergl. etwa Loquin in RIDE 1989, S. 163 ff.) und beide zugleich mit Rechtsregeln im Sinne einer *lex mercatoria*, erscheint eine Deutung von Art. 1496 NCPC im Sinne einer absoluten Geltung von Handelsbräuchen zwar nachvollziehbarer, sie untergräbt jedoch ebenfalls die Parteiautonomie und erscheint daher weniger folgenswert. Im Ergebnis ebenso Gaillard in *Mélanges Bellet*, S. 203, 212 ff.; Fouchard/ Gaillard/ Goldman, S. 858 f. mit ausführlicher Begründung.

⁶⁴² Loquin RIDE 1989, S. 163, 195.

überwiegenden Verständnis des Begriffes der Handelsbräuche⁶⁴³.

d) Grenzen der Rechtswahlfreiheit

Aufgrund der weitläufigen Fassung des Tatbestandes des Art. 1496 NCPC erscheint eine genauere Betrachtung etwaiger Grenzen der Rechtswahlfreiheit geboten. Solche ergeben sich häufig nicht direkt aus den einschlägigen Schiedsgesetzen. Allgemein anerkannt ist jedoch, das im Wege der *ordre public*, sowie sogenannter staatlicher Eingriffsnormen (*lois de police*)⁶⁴⁴ der Parteiautonomie notwendige Grenzen gesetzt werden müssen.⁶⁴⁵ Hierbei ist zunächst zu bestimmen, welche Vorschriften zur Anwendung berufen werden können. Ohne gesetzliche Regelungen obliegt es der Praxis und der Rechtswissenschaft

⁶⁴³ Gaillard in *Mélanges Bellet*, S. 203, 213-215.

⁶⁴⁴ Es handelt sich im Allgemeinen um Vorschriften zum Schutz einer als schwächer angesehenen Partei. Ebenso relevant sind aber auch staatliche Einfuhrbeschränkungen für bestimmte Waren. Eine genaue Eingrenzung des Begriffs ist angesichts der Vielfältigkeit staatlicher Schutzinteressen (welche vor allem politisch motiviert sind) nur schwer vornehmbar. Vergl. die hierzu unternommene Analyse von Mayer, „*Les lois de police étrangères*“ in *JDI* 1981, S. 277, dort v.a. S. 281-296.

⁶⁴⁵ Fouchard in Gottwald, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, S. 365, 390; Poudret/ Besson, S. 644 ff., dort v.a. Rdn. 705-707; De Boissésou, S. 671.

entsprechende Kriterien zu erarbeiten. In der internationalen Auseinandersetzung hierüber werden in diesem Zusammenhang vor allem diejenigen Gesetze diskutiert, die einen Bezug zum Schiedsverfahren, bzw. dem dort behandelten Sachverhalt aufweisen: Die *lex contractus*, das Recht des Schiedsortes, das Recht des Landes in dem eine Vollstreckung des Schiedsspruches erfolgen soll oder die Eingriffsnormen des Rechts, welches, unabhängig von den Genannten, einen engen Bezug zu dem Streitgegenstand aufweist⁶⁴⁶.

Gemeinsam ist den verschiedenen Ansichten, dass der Schiedsrichter jedenfalls gehalten ist, solche Regeln zur Anwendung zu berücksichtigen, die zum anerkannten Bestand eines *ordre public international* zählen⁶⁴⁷. Der Schiedsrichter hat, schon im Interesse der ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Aufgabe und den legitimen Erwartungen der Parteien, innerhalb dieses Rahmens zu agieren und insofern als Garant der *ordre public international* aufzutreten. Dies ist auch der für

⁶⁴⁶ Vergl. den Überblick bei Poudret/ Besson, S. 646-648, Rdn. 706; Derains in RdA 1986, S. 375 ff. veranschaulicht verschiedene, diesbezüglich in Betracht zu ziehende Konstellationen zur Beurteilung der jeweils berufenen Einschränkung aus einem internen *ordre public* oder einschlägigen *lois de police*.

⁶⁴⁷ Vergl. Poudret/ Besson, S. 648, Rdn. 706 und 707.

das französische Recht geltende Grundsatz, so wie ihn Art. 1502, no. 5 NCPC fest schreibt⁶⁴⁸. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass die französische Rechtsprechung in den *ordre public international* auch die französischen *lois de police* einordnet⁶⁴⁹. Die zunächst großzügig erscheinende Freiheit des Schiedsgerichts wird hierdurch relativiert. Ein Grundsatz der *ordre public international*, nach dem eine Anwendung von *lex mercatoria* Regeln gegen selbige verstoßen würde, ist nicht zu erkennen. In ordnungsgemäßer Erfüllung seiner Mission, einen gültigen und zumindest potentiell⁶⁵⁰ vollstreckbaren Schiedsspruch zu erlassen, wird der Schiedsrichter die in Betracht kommenden Beschränkungen bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts berücksichtigen. Aus voranstehenden Ausführungen ergibt sich letztlich auch, dass die Diskussion nur dann von praktischem Interesse ist, wenn es um die Anwendbarkeit von *lois de*

⁶⁴⁸ Siehe hierzu später unter IV., 1.), cc), β).

⁶⁴⁹ Loquin/ Ravillon in „La mondialisation du droit“, S. 91, 105 f.; Goldman in RdA 1993, S. 379; im Ergebnis ähnlich Fouchard/Gaillard/ Goldman, S. 863, Rdn. 1520.

⁶⁵⁰ Zumindest in einem potentiellen Vollstreckungsland sollte der Schiedsspruch vollstreckbar sein. Eine strengere Anforderung ist angesichts der Unwägbarkeit von in Betracht zu ziehenden Vollstreckungsländern nicht gerechtfertigt.

police geht, welche nicht dem von den Parteien gewählten Recht entspringen und nicht schon durch die *ordre public international* gewährleistet werden⁶⁵¹.

⁶⁵¹ In diesem Sinne Fouchard/ Gaillard/ Goldman, S. 863, Rdn. 1520.

2. Abgrenzung zur amiable composition – Art. 1497 NCPC

Damit der Schiedsrichter als amiable compositeur entscheiden kann, ist eine Vereinbarung der Parteien notwendig, die ihm dieses Mandat überträgt. Bereits die getrennte Behandlung in zwei verschiedenen Normen macht deutlich, dass das französische Recht die Frage nach dem anwendbaren Recht und die Entscheidung nach Billigkeit als zwei unterschiedliche Komplexe wahrnimmt. Dieser Zusammenhang offenbart zudem, dass die Entscheidung als amiable compositeur im Gegensatz zu lex mercatoria Regeln auch nicht als Entscheidung nach Recht angesehen wird⁶⁵², ganz im Gegensatz zur „Vermengung“ beider Entscheidungssysteme im englischen Schiedsrecht.

Hierin spiegelt sich auch der fortgeschrittene Entwicklungsstand der lex mercatoria wieder. Die Entscheidung nach Billigkeit war vormals eine wichtige „Plattform“ um das Schiedsgericht zur Anwendung von lex mercatoria Regeln zu befähigen. Durch die im französischen Recht vorgenommene „Aufwertung“ von

⁶⁵² Vergl. allgemein hierzu Fouchard/ Gaillard/ Goldman S. 847 ff..

lex mercatoria Regeln stehen beide Optionen nunmehr exklusiv nebeneinander.

**IV) Die Rechtsanwendungskontrolle der
Schiedsgerichte anhand des Dekrets vom
12. Mai 1981**

1. Die Regelung der Art. 1498 – 1507

NCPC

Der Titre VI des NCPC unterteilt sich in zwei Kapitel, welche respektive die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedsentscheiden und die einschlägigen Rechtsbehelfe behandeln. An dieser Unterteilung orientieren sich die folgenden Ausführungen.

a) Anerkennung und Vollstreckung

Vorab ist der Gegenstand der Regelung der Art. 1498-1500 NCPC zu konkretisieren.

aa) Anwendungsbereich

Der Überschrift des ersten Kapitels ist zu entnehmen, dass es sich um die Anerkennung und Vollstreckung solcher Schiedsentscheide handeln soll, welche im Ausland oder im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ergangen sind. Unter der

Zugrundelegung des Art. 1492 NCPC sind damit erfasst, Entscheide die eine internationalen Sachverhalt behandeln, gleich ob in Frankreich oder in einem anderen Staat erlassen, sowie Entscheide ausländischer Schiedsgerichte, wenn sie auch nur einen internen Sachverhalt betreffen.⁶⁵³ Hier nahm der französische Gesetzgeber (ausnahmsweise) eine Korrektur der geltenden Rechtsprechung vor. Bisher erfuhr der Begriff des ausländischen Schiedsentscheides seine Sanktionen durch die Rechtsprechung. Diese differenzierte hinsichtlich der Anwendbarkeit der Rechtsbehelfe zwischen französischen und ausländischen Entscheiden, wobei ausländisch derjenige Entscheid war, der nicht nach französischem Verfahrensrecht erging,⁶⁵⁴ bzw. der keine nachweislichen Verbindungen mit der französischen Rechtsordnung hatte.⁶⁵⁵ Diese Unterteilung wurde nunmehr aufgegeben, ebenso auch

⁶⁵³ Dies scheint der Wortlaut der Überschrift sagen zu wollen, wenn er beide Alternativen nur durch ein „oder“ verbindet. Vergl. die Überschrift des 1. Kapitels: „*La reconnaissance et l'exécution forcée des sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international.*”

⁶⁵⁴ Robert in R.D. 1981 II, S. 209, 214; für solche Entscheide wurde ein Appellationsrecht grundsätzlich nicht zugelassen, s. bereits C.cass. 7 mai 1963, RCDIP 1963, S. 615 ff.

⁶⁵⁵ C.app. Paris, 21 février 1980, JDI 1980, S. 660 ff. « Götaverken ».

die diesbezügliche Differenzierung hinsichtlich der zulässigen Rechtsbehelfe. Da gemäß Art. 1500 NCPC die Art. 1476-1479 NCPC Anwendung finden und es sich hierbei um die internen Regeln zur Anerkennung und Vollstreckung von Schiedsentscheiden handelt, ergibt sich ein weitgehend einheitliches Regime⁶⁵⁶ für im In- und Ausland, sowie im Bereich des internationalen und internen Schiedsrechts erlassene Entscheide. Einzig die Möglichkeit einer Anfechtungsklage (*recours en annulation*) bleibt einem im Ausland erlassenen Entscheid gemäß Art. 1504 Abs. 1 NCPC verwehrt und unterscheidet dessen Behandlung von den in Frankreich erlassenen Entscheiden.⁶⁵⁷

Zudem resultiert aus der unterschiedlichen Funktion die dem Sitz des Schiedsgerichts in den verschiedenen Rechtsordnungen beigemessen wird eine Besonderheit aus Sicht des französischen Rechts, wenn es um die Anerkennung von im Land ihres Erlasses annullierten Schiedsentscheiden geht. Eine Konstellation die auch für die Anwendung von *lex mercatoria* Regeln von besonderer Bedeutung sein kann und daher unter C.), II.) untersucht werden wird.

⁶⁵⁶ Ähnlich Robert in R.D. 1981, II, S. 209, 213.

⁶⁵⁷ Dazu im folgenden unter b).

bb) Die Anforderungen an eine
Anerkennung und Vollstreckung⁶⁵⁸

Auch in Frankreich ist das New Yorker Abkommen von 1958 wichtiger Maßstab für die unter dieses fallende Schiedsentscheide. Insofern ist auf Art. V des Übereinkommens und die bereits gemachten Ausführungen zu verweisen.⁶⁵⁹ Es ist jedoch auf eine Besonderheit des französischen Rechts in diesem Rahmen einzugehen.

⁶⁵⁸ Die Begriffe sind zwar grundsätzlich zu unterscheiden, aus praktischer Sicht hat die Anerkennung jedoch nur geringfügige Bedeutung, denn gemäß Art. 1500 i.V.m. Art. 1476 NCPC hat auch die im Ausland erlassene Schiedsentscheidung Rechtskraftwirkung in Frankreich (l'autorité de la chose jugée). Einzig im Falle des Bestreitens kann es im Rahmen einer Gerichtentscheidung notwendig sein, die Anerkennung in der französischen Rechtsordnung explizit festzustellen. Im übrigen sind auch die Voraussetzungen für eine Entscheidung zur Anerkennung und zur Vollstreckbarkeit gleich, vergl. Art. 1498 und 1499 NCPC, s.a. die Ausführungen Fouchards diesbezüglich (in JDI 1982, S. 374, 405), sowie ausführlich Fouchard/ Gaillard/ Goldman, S. 904 f., Rdn. 1567.

⁶⁵⁹ Vergl. oben 1. Teil, 2. Kapitel, B.), I.), 1.), c).

α Der Maßstab des New
Yorker Abkommen von 1958

Zentrale Norm zur Bestimmung der Folgen einer Anwendung von *lex mercatoria* im Rahmen der Vollstreckung ist Art. V.(1) e). Nach diesem kann die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruchs versagt werden, wenn dieser durch eine zuständige Stelle im Lande seines Erlasses aufgehoben wurde. Dies bestimmend, trägt das New Yorker Übereinkommen der Bedeutung der *lex fori* des Schiedsgerichts Rechnung und sichert die Einhaltung seiner Dispositionen bis zur Vollstreckung des Schiedsentscheides in (irgend) einem anderen Land. Der Ansicht einer „Erdung“ des Schiedsspruchs im Land seines Erlasses wurde in dem New Yorker Übereinkommen mithin gefolgt.

Es wurde gleichfalls bereits angesprochen, dass das französische Recht zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit eine *lex loci arbitri* Regel dem Grunde nach nicht in seine Konzeption aufnahm.⁶⁶⁰ Dieser Linie folgend, machte die französische Rechtsprechung in einer Reihe berühmter gewordenen

⁶⁶⁰ Oben B.), I.), 2.) und 3.) a), bb).

Entscheidungen⁶⁶¹ Gebrauch von Art. VII (1.) 2. Halbsatz des New Yorker Abkommens.⁶⁶² Nach diesem bleibt es den Parteien vorbehalten, sich bezüglich eines Schiedsspruchs auf das innerstaatliche Recht oder die Verträge des Landes, in dem er für vollstreckbar erklärt werden soll zu berufen. Über diesen Umweg kommt die französische Konzeption zum Tragen, nach welcher die Schiedsrichter keinen Forumstaat haben und dementsprechend auch keiner *lex fori* des Landes in dem sich der Sitz des Schiedsgerichts befindet unterliegen.⁶⁶³ Die Schiedsrichter erhalten ihre Kompetenz und „staatliche“ Legitimation folglich nicht von dem Recht dieses Landes, sondern letztlich aus dem Recht der Staaten, in denen die Schiedsvereinbarung und der Entscheid eine Anerkennung ihrer Gültigkeit erlangen. Eine Aufhebung des Schiedsentscheides durch

⁶⁶¹ Die unter den Namen *Norsolor*, *Polish Ocean Line*, *Hilmarton*, *Chromalloy* bekannt gewordenen Entscheidungen.

⁶⁶² Siehe zu diesen bspw. Fouchard, *RdA* 1997, S. 329, 337 ff.; Kessedjian in *JIA* 2001, S. 1, 8 ff.. Eine ausführliche Auseinandersetzung mit dieser Rechtsprechung wird unter C.) vorgenommen. Dort soll ein Bild der französischen Rechtsprechung hinsichtlich solcher Schiedsentscheide gezeichnet werden, in denen es zu einer Anwendung von *lex mercatoria* Regeln kam oder die Konstellationen betrafen, welche für eine Anwendung dieser Regeln zumindest relevant erscheinen.

⁶⁶³ Gaillard in *JDI* 1998, S. 645, 648; Loquin/ Ravillon in „*La mondialisation du droit*“, S. 91, 102.

ein Organ des Landes in dem der Sitz des Schiedsgerichts befindlich ist, hätte insofern keinen Einfluss auf die Gültigkeit des Schiedsspruchs im Rahmen der Vollstreckung. Würde daher ein unter das New Yorker Abkommen fallender Entscheid auf Grund der im Sitzstaat nicht anerkannten Anwendung von *lex mercatoria* aufgehoben werden, wäre dies aus Sicht des französischen Rechts kein (zwingender) Anlass diesem die Anerkennung und Vollstreckung gemäß Art. V (1.) e) des Abkommens in Frankreich zu verweigern.⁶⁶⁴

Das New Yorker Abkommen besitzt, abgesehen von einer Überschreitung der durch die Schiedsvereinbarung vorgegebenen Bestimmungen durch das Schiedsgericht⁶⁶⁵, selbst keinen vollstreckungshindernden Charakter im Falle einer

⁶⁶⁴ Denkbar ist dies etwa, wenn eine solche Anwendung nicht von der in fast allen Staaten anerkannten Parteiautonomie gedeckt ist und somit nicht bereits ein Verstoß gegen Art. V (1.) c) des New Yorker Abkommens vorläge. Konkret ließe sich die Konstellation in Betracht ziehen, in der keine Vereinbarung hinsichtlich des anzuwendenden Rechts getroffen wurde, nach dem anwendbaren englischen Verfahrensrecht der Schiedsrichter *lex mercatoria* Regeln anwendet, obwohl ihm dies gemäß section 46 (3.) Arbitration Act 1996 versagt wäre. Nach englischem Recht könnte der Entscheid aufgehoben werden, in Frankreich wäre er nach oben gesagtem dennoch wirksam und folglich vollstreckbar.

⁶⁶⁵ Art. V (1.) c) des Abkommens. Vergl. i.Ü. im 1. Teil, 2. Kapitel, B.), I.), 1.) c) und III.), 2.),b).

Anwendung von *lex mercatoria* Regeln im Schiedsverfahren.

Es verbleibt noch, die Anforderungen des nationalen, französischen Rechts bei der Anerkennung und Vollstreckung zu erläutern.

β Der Maßstab des französischen Rechts

Die Anforderungen des französischen Rechts an die Vollstreckung eines Schiedsspruchs beschränken sich auf die Reproduktion des Entscheides und der Schiedsvereinbarung, sowie deren Vereinbarkeit mit der *ordre public international* (Art. 1498 NCPC). Die formalen Anforderungen an die Reproduktion werden von Art. 1499 NCPC präzisiert.

Der zuständige⁶⁶⁶ Richter nimmt eine summarische Prüfung vor, indem er die „Richtigkeit“ des Entscheides im Zusammenhang mit der Schiedsvereinbarung bemisst.⁶⁶⁷ Die Vereinbarkeit mit der *ordre public*

⁶⁶⁶ Die Kompetenzverteilung regelt Art. 1500 i.V.m. 1477 sowie Art. 1498 Abs. 2 NCPC. Die Lückenhaftigkeit der Regelung wurde kritisiert (vergl. Fouchard, Gaillard, Goldman, S. 907 f. , Rdn. 1569-1571.). An dieser Stelle soll dies nicht weiter erörtert werden.

⁶⁶⁷ Dies ist als *prima facie* Prüfung zu verstehen, innerhalb derer etwa die Übereinstimmung der Parteien, der Streitgegenstand

international läuft auf die Überprüfung der Einhaltung fundamentaler Konzeptionen des französischen Rechts hinaus.⁶⁶⁸ Deren Beachtung müsste selbst anlässlich der bloßen Vollstreckbarkeitserklärung eines per se keine Berührungspunkte mit der französischen Rechtsordnung aufweisenden Entscheides erforderlich erscheinen.⁶⁶⁹ Ein etwaiger Verstoß gegen genannte Prinzipien muss zudem offensichtlich sein. Eine Anwendung von *lex mercatoria* im Rahmen eines internationalen (oder internen, ausländischen) Schiedsverfahrens ist grundsätzlich nicht geeignet einen Verstoß gegen die *ordre public international* zu begründen. Um so einleuchtender erscheint dies vor dem Hintergrund der französischen Wertung hinsichtlich *lex mercatoria* Regeln in Art. 1496 NCPC. Auch Art. 1502 Nr. 5 NCPC bringt dies deutlich zum Ausdruck. Hinter dieser Vorschrift steht (erneut) der für die französische Rechtsordnung kennzeichnende Gedanke, dass internationale Schiedssprüche als ein außerhalb der französischen Rechtsordnung liegendes Phänomen angesehen werden. Auch ein Verstoß gegen

oder die von dem Schiedsgericht gemäß der Schiedsvereinbarung zu überprüfenden Fragen nachvollzogen werden können.

⁶⁶⁸ Fouchard/ Gaillard/ Goldman, S. 912, Rdn. 1577.

⁶⁶⁹ Vergl. Fouchard/ Gaillard/ Goldman, S. 912, Rdn. 1577.

den internen französischen *ordre public* könnte also die Vollstreckung eines solchen Schiedsspruches nicht hindern, soweit der dortige Grundsatz nicht ebenfalls zum *ordre public international* gerechnet würde⁶⁷⁰.

Ergeht seitens des Vollstreckungsgerichts eine Entscheidung bezüglich der Anerkennung bzw. Vollstreckung, kann diese die Einlegung von Rechtsbehelfen gegen sich zur Folge haben. Der im Rahmen dieser zu überprüfende Maßstab ist hinsichtlich einer etwaigen Erheblichkeit von *lex mercatoria* Anwendung im vorangegangenen Schiedsverfahren zu untersuchen.

b) Rechtsbehelfe gegen
Schiedsentscheide

Art. 1501 und 1502 NCPC betreffen Rechtsbehelfe, welche sich gegen abweisende oder stattgebende Entscheidungen bezüglich der Anerkennung und Vollstreckung von Schiedsentscheiden richten. Art. 1504 NCPC lässt eine direkte Anfechtung eines in Frankreich im Rahmen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit erlassenen Schiedsentscheides zu.

⁶⁷⁰ Vergl. Loquin/ Ravillon in „La mondialisation du droit“, S. 91, 104-106.

aa) Art. 1501 NCPC

Die äußerst kurz gefasste Vorschrift wirft die Frage auf, ob sich der nach Art. 1503 NCPC zuständige Cour d'Appel in seiner Prüfungskompetenz an der des zuständigen Richters⁶⁷¹ zu orientieren hat oder an den insoweit „detaillierter gefassten“ Katalog des Art. 1502 NCPC gehalten ist. Auf den ersten Blick erschiene es zumindest schwer begreiflich, ein unterschiedliches Appellationsregime für Gerichtentscheidungen einzurichten, je nach dem ob sie dem Schiedsentscheid die Vollstreckbarkeit versagen oder zuerkennen. In beiden Fällen hat letztlich eine indirekte Prüfung des Schiedsentscheides zu erfolgen, einen unterschiedlichen Maßstab hierbei anzulegen wäre widersinnig.⁶⁷² Begründet wird dies auch mit der einheitlichen Behandlung beider Normen im Regelungszusammenhang des Titre VI. Die Zuständigkeitsregel des Art. 1503 NCPC gilt für beide Rechtsbehelfe und auch der explizite Verweis des Art. 1507 auf Art. 1487 Abs.1 NCPC indiziert eine grundsätzlich einheitliche Behandlung von

⁶⁷¹ S. soeben unter a,bb) β. In diese Richtung geht Robert, R.D. 1981, II, S. 209, 215 oben.

⁶⁷² In diesem Sinne Bellet/ Mezger, RCDIP 1981, S. 611, 650.

Appellationen gegen eine Vollstreckbarkeitsentscheidung von Schiedssprüchen. Auch führte ein anderes Verständnis zu einer Benachteiligung der durch die Ablehnung der Vollstreckbarkeit beschwerten Partei, ohne dass hierfür eine Rechtfertigung ersichtlich ist.⁶⁷³

Bei genauerer Betrachtung ergibt eine derartige Differenzierung jedoch Sinn. Durch die Zwischenschaltung einer richterlichen Entscheidung bei der Frage der Vollstreckbarkeit eines Entscheides, welche sodann alleiniger Gegenstand der Appellation ist, wird eine Verschiebung der Parteiinteressen bewirkt. Von der formalen Prüfung nach Art. 1499 NCPC abgesehen, erfährt der Entscheid bei seiner ersten Berührung mit der französischen Rechtsordnung nur die Sanktion der *ordre public international*. In den seltensten Fällen wird hier ein Verstoß festzustellen sein, so dass der Entscheid prinzipiell in Frankreich vollstreckbar ist. Die hiergegen opponierende Partei kann sich auf die detaillierten Punkte des Art. 1502 NCPC berufen. Ist der Entscheid dagegen bereits an der Hürde des Art. 1498 NCPC gescheitert, findet er

⁶⁷³ Fouchard in JDI 1982, S. 374, 412 f.; Bellet/Mezger in RCDIP 1982, S. 611, 650 f..

zunächst keinen „Eingang“ in die französische Rechtsordnung. Die hierdurch beschwerte Partei kann dann jedoch nur ein Interesse daran haben, den „Eingang“ erneut zu erreichen, indem im Rahmen einer zweiten Instanz gerade nur die Frage der *ordre public international* erneut untersucht wird. Die Fragen des Art. 1502 NCPC sind in diesem Stadium (noch) nicht von Belang.

Dennoch neigt die wohl überwiegend vertretene Ansicht dazu, die Kontrollmöglichkeiten des Art. 1502 NCPC auch im Rahmen des Art. Art. 1501 NCPC anzuwenden. Letztlich geht es dabei wohl darum, dem zuständigen Cour d'Appel die umfassende Prüfungsmöglichkeit im Rahmen eines kontra-diktorischen Verfahrens⁶⁷⁴ einzuräumen.⁶⁷⁵

Eine zusätzliche Unterscheidung bei der Frage der zulässigen Rechtsbehelfe ergibt sich noch aus der Tatsache, dass Art. 1504 NCPC für einen in Frankreich erlassenen Entscheid eine gesonderte Regelung vorsieht:

⁶⁷⁴ Dies soll den Interessen der Parteien entgegenkommen, in einem kontradiktorischen Verfahren können alle gegen den Entscheid vorgebrachten Punkte vor dem angerufenen Cour d'Appel konzentriert werden.

⁶⁷⁵ Vergl. zum Meinungsstand den Überblick bei Fouchard/Gaillard/ Goldman, S. 914-916.

Ein solcher kann nämlich auch Gegenstand einer Aufhebung (annulation) sein.

bb) Art. 1504 NCPC

Im Rahmen des Art. 1504 NCPC kann ein in Frankreich, auf dem Gebiet der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit erlassener Entscheid, direktes Objekt eines Rechtsbehelfs zur Aufhebung des Entscheides (recours en annulation) werden. Für einen in diesem Zusammenhang nicht aufgehobenen Entscheid, stehen der ergehenden Entscheidung zur Vollstreckbarkeit keine Rechtsbehelfe mehr offen (Art. 1504 S. 2 NCPC). Umgekehrt ist eine nach Abs. 1 erfolgte Aufhebung in jedem Fall vorrangig zu beachten,⁶⁷⁶ so dass Art. 1504 NCPC letztlich eine definitive Situation schafft: Der Schiedsentscheid wird annulliert oder für gültig befunden. Bezüglich der für eine Aufhebung maßgeblichen Gründe wird auf Art. 1502 NCPC verwiesen.

Der so gestalteten Regelung lässt sich zunächst entnehmen, dass eine Assimilierung von im Ausland und in Frankreich erlassenen Entscheiden, wie sie Titre

⁶⁷⁶ „Elle emporte de plein droit“ wie Art. 1504 NCPC formuliert.

V im Rahmen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit bis dato vornahm, im Rahmen der Rechtsbehelfe nicht durchgehalten wurde.⁶⁷⁷ Erstmals im Rahmen dieser Regelung wird dem Ort, an dem der Schiedsentscheid erlassen wurde, eine eigenständige Bedeutung beigemessen. Dies scheint zunächst einen Bruch mit dem bisherigen Verständnis einer „wahrhaft internationalen“ Schiedsgerichtsbarkeit darzustellen. Im Bereich der Rechtsbehelfe wird eine territoriale Anknüpfung jedoch als geboten angesehen, um eine effektive Kontrolle erlassener Entscheide im Rahmen einer Kompetenzverteilung unter den durch den Entscheid betroffenen Staaten zu gewährleisten.⁶⁷⁸ Hierdurch wird vermieden, dass „freischwebende“ und mit einem Mangel behaftete Entscheide produziert werden, die, mangels Kompetenz, durch kein Gericht annulliert werden könnten. Des Weiteren ist die Wahl des anwendbaren Verfahrensrechts durch die Parteien nicht nach jeder Schiedsordnung möglich.⁶⁷⁹ Ein

⁶⁷⁷ Bellet/ Mezger in RCDIP 1981, S. 611, 651.

⁶⁷⁸ Vergl. Fouchard/ Gaillard/ Goldman, S. 919, Rdn. 1589.

⁶⁷⁹ Gemeint sind grundsätzlich alle Länder, die in ihren Schiedsordnungen der *lex loci arbitri* Regel folgen.

Festhalten an der ursprünglichen Rechtsprechung⁶⁸⁰ hätte zu der paradoxen Situation führen können, dass einem französischen Gericht die Kompetenz (nach französischem Recht) zukäme, einen Entscheid zu annullieren, welcher von einem Gericht des Sitzes des Schiedsgerichts für gültig erklärt wurde.

Im Bereich der zulässigen Rechtsbehelfe gegen einen im Rahmen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit erlassenen Entscheid, nimmt das französische Recht folglich eine partielle Annäherung an die *lex loci arbitri* Regel vor.⁶⁸¹ Die Auswirkungen dieser Annäherung sind

⁶⁸⁰ Die bisherige Rechtsprechung (C. app. Paris, 21 février 1980, „Götaverken“; s. hierzu bereits oben unter IV., 1.) a) aa)) zu diesem Aspekt bestimmte das auf das Verfahren anzuwendende Recht als Kriterium für die Zulässigkeit eines, damals so genannten „appel nullité.“ War ein anderes als das französische Recht auf das Verfahren anzuwenden, berührte der Entscheid nicht die französische Rechtsordnung, gleich ob das Schiedsgericht seinen Sitz in Frankreich hatte. Fouchard/Gaillard/ Goldman (S. 921, Rdn. 1590 und S. 925, Rdn. 1593) weisen in diesem Zusammenhang auf das englische Recht hin, welches in der Entscheidung *Hiscox v. Outhwaite* anhand dieses Kriteriums ebenfalls einen „recours en annulation“ für prinzipiell zulässig erachtete und dem Kriterium des Sitzes des Schiedsgerichts hierbei keine ausschlaggebende Bedeutung beimaß, vergl. hierzu die Ausführungen im 1. Teil, 2. Kapitel, III.), 2.), b). Die Frage unter welchen Voraussetzungen ein Entscheid als „erlassen“ gilt, wurde nunmehr in section 100 (2.) (b) des Arbitration Act 1996 unmissverständlich beantwortet.

⁶⁸¹ Die Regelung ist weitgehend an die des internen Schiedsrechts angenähert, mit dem wichtigen Unterschied, dass im Falle einer Annullierung des Entscheides, der zuständige Cour d'appel nicht,

jedoch relativ. Aus Sicht der französischen Rechtsprechung wird hierdurch letztlich keinerlei Präjudiz über eine eventuelle Vollstreckbarkeit aufgehobener Entscheide geschaffen (i.e. hierzu unter C. bei der Darstellung der französischen Rechtsprechung). Nachdem der prozessuale Rahmen bei der gesetzlich festgelegten Kontrolle von Schiedsentscheiden dargestellt wurde, ist nun der tatsächliche, materielle Überprüfungsrahmen der staatlichen Gerichte anhand der zentralen Norm⁶⁸² des Art. 1502 NCPC zu untersuchen.

cc) Art. 1502 NCPC

Die von Art. 1502 NCPC vorgegebene Liste entspricht in ihren Punkten 1. bis 4. den Kontrollbefugnissen des Cour d'appel im Rahmen der internen Schiedsgerichtsbarkeit, dort Art. 1484 NCPC. Vor dem Hintergrund der differierenden Regeln für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in den Titres V und

wie in Art. 1485 NCPC vorgesehen, an Stelle des Schiedsgerichts eine Entscheidung in der Sache treffen kann.

⁶⁸² Neben der expliziten Verweisung in Art. 1504 Abs. 1 NCPC ist nach überwiegender Auffassung (s. zuvor unter IV., 1.) b) aa)) auch im Rahmen des Art. 1501 NCPC der Katalog des Art. 1502 NCPC zu legen, somit legt dieser den alleinigen Prüfungsmaßstab im Rahmen der Appellation fest.

VI erfahren diese jedoch einen unterschiedlichen Inhalt. Dies berücksichtigend, werden bei der Darstellung der Prüfungsmaximen des gemäß Art. 1503 und 1505 NCPC zuständigen Cour d'appel im folgenden nur diejenigen Punkte erörtert, welche im Rahmen einer lex mercatoria Anwendung Erheblichkeit erlangen könnten. Konkret sind dies die Nummern 3 und 5 des Art. 1502 NCPC.

α Art. 1502 no. 3 NCPC

Der Appellationsgrund benennt den Fall, in dem der Schiedsrichter mit seiner Entscheidung die ihm aufgebene Mission überschreitet. Die von ihm getroffene Entscheidung muss daher gegen zumindest eine der ihm durch die Schiedsklausel auferlegten Parameter verstoßen haben. Die Vorschrift soll dabei eine Kombination aus den Art. 1028-1 und 1028-5 des alten Code de Procédure Civile erreichen.⁶⁸³ Danach, sowie nach der Allgemeinheit seiner Formulierung, könnte bspw. der Streitgegenstand, das anwendbare Recht oder gar die Voraussetzungen des Tätigwerdens

⁶⁸³ Bellet/ Mezger in RCDIP 1981, S. 611, 646. Die beiden Normen des alten Verfahrensrechts betrafen den Fall einer Entscheidung „hors des termes du compromis“ und das Befinden über eine „chose non demandée.“

des Schiedsrichters durch den Cour d'appel auf ihre Übereinstimmung mit der Schiedsvereinbarung hin überprüft werden. Aus der Weite des Gestaltungsspielraums die dem Schiedsrichter in einer Schiedsvereinbarung nach französischem Recht eingeräumt werden kann,⁶⁸⁴ ergäbe sich ein entsprechendes Prüfungsspektrum des Cour d'appel für prozessuale und materielle Fragen.

Indes ist die Prüfungskompetenz des Cour d'appel auf diesem Gebiet durch eine reichhaltige Rechtsprechung mittlerweile ausdifferenziert worden⁶⁸⁵. Im Rahmen des Verkennens der dem Schiedsrichter übertragenen „mission“ im engeren Sinne ist daher zwischen einem Verkennen der von den Parteien gestellten Anträge durch das Schiedsgericht, sowie einem Verkennen der durch die Parteien eingeräumten Kompetenzen zu differenzieren.⁶⁸⁶ Jedenfalls soll hiermit keine inhaltliche Prüfung (révision au fond) der schiedsrichterlichen Entscheidung erreicht werden.

⁶⁸⁴ Vergl. die Ausführungen zu Art. 1494 und 1496 NCPC.

⁶⁸⁵ Poudret/ Besson, S. 785, Rdn. 804.

⁶⁸⁶ Fouchard/ Gaillard/ Goldman, S. 952 ff., Rdn. 1626 ff.; Poudret/ Besson, S. 786, Rdn. 804.

*(1) Das Verkennen der
Anträge*

Hier ist zunächst eine Abgrenzung zu Art. 1502 no. 1 NCPC vorzunehmen, welcher die Fälle betrifft, in denen das Schiedsgericht ohne gültige Schiedsvereinbarung entschied. Im Gegensatz hierzu, möchte no.3 des genannten Artikels eine Appellation ermöglichen, wenn der Schiedsrichter nicht alle an ihn heran getragenen Anträge der Parteien in seiner Entscheidung beachtete⁶⁸⁷ (*infra petita*) oder über diese hinausging (*ultra petita*). Im Unterschied zu no. 1 wurde im Grunde also eine Regelung im Rahmen der Schiedsvereinbarung zu den jeweiligen Punkten getroffen (z.B. eine Ermächtigung nur über ganz bestimmte Aspekte des Vertrages zu entscheiden), das Schiedsgericht „bewegte“ sich bei der Entscheidungsfindung auch in diesem Rahmen, verkannte jedoch im einzelnen deren, durch die Parteianträge konkretisierte, Reichweite. An dieser Stelle kann eine *lex mercatoria*, verstanden als materielles Recht im Schiedsverfahren, keine Erheblichkeit erlangen. Das Kontrollrecht des Cour d'appel richtet

⁶⁸⁷ Oder einzelnen Anträgen nicht in vollem Ausmaß Rechnung trug.

sich in diesem Rahmen nur um die streitgegenständliche Kompetenz.⁶⁸⁸ Ein anderer Aspekt ist derjenige der Ermächtigung des Schiedsgerichts hinsichtlich der Beachtung prozessualer und materiell-rechtlicher Vorgaben bei der Behandlung aufgeworfener Fragen.

*(2) Das Verkennen der
Kompetenzen*

Denkbar ist ein Verstoß des Schiedsgerichts gegen prozessuale Vorgaben der Parteien,⁶⁸⁹ ebenso wie gegen materiell-rechtliche. Letztere werden im Rahmen des Art. 1502 no. 3 NCPC jedoch nicht als inhaltliche Kontrolle der Entscheidung des Schiedsgerichts verstanden. Eine inhaltliche Kontrolle der Entscheidungsfindung des Schiedsgerichts ist im französischen Recht zum internationalen Schiedsverfahren grundsätzlich nicht vorgesehen.⁶⁹⁰ Art.

⁶⁸⁸ Diese Prüfungskompetenz ergibt sich etwa aus den Entscheidungen C.app. Paris, 16 juin 1988, *Swiss Oil c. Petrogab* in RdA 1989, S. 309 ff.; C.app. Paris, 21 juin 1990, *Honeywell Bull c. Computacion Bull* in RdA 1991, S. 96.

⁶⁸⁹ Beispiele bei Fouchard/ Gaillard/ Goldman, S. 956, Rdn. 1633.

⁶⁹⁰ Anders als das englische Recht, vergl. section 69 des Arbitration Act 1996. Das französische Recht kann eine

1502 no. 3 NCPC sanktioniert jedoch eine seitens des Schiedsgerichts getroffene Entscheidung auf der Basis eines dem Parteiwillen nicht entsprechenden Rechtssystems. Das Schiedsgericht handelte in einem solchen Fall außerhalb der ihm von den Parteien eingeräumten Kompetenz, wenngleich innerhalb seiner Streitgegenständlichen Befugnis. Ist eine Kompetenzüberschreitung eindeutig feststellbar, wenn das angewandte Recht dem ausdrücklichen Willen der Parteien widerspricht, ist diese Frage im Falle des Schweigens der Parteien nur im Rahmen einer Wertung zu beantworten.⁶⁹¹ Die französische Rechtsprechung folgte in ihrer diesbezüglich eingenommenen Position der innerstaatlich getroffenen, gesetzlichen Wertung. Im Rahmen der Anfechtbarkeit einer Vollstreckungsentscheidung nach Art. 1502 no. 3 NCPC ist eine Entscheidung des Schiedsgerichts auf Basis von *lex mercatoria* Regeln (ohne ausdrückliche Ermächtigung der Parteien) daher kein relevanter Faktor. Schiedsentscheiden, denen Vollstreckung in

inhaltliche Kontrolle lediglich im Rahmen der *ordre public international* vornehmen.

⁶⁹¹ Nach französischem Verfahrensrecht ist die Antwort durch Art. 1496 NCPC vorgegeben, das Schiedsgericht ist grds. „frei“ in seiner diesbezüglichen Festlegung.

Frankreich erteilt wurde, kann die Vollstreckbarkeit allein auf Grund der Tatsache, dass lex mercatoria Regeln ohne ausdrücklichen Willen der Parteien zur Anwendung kamen, nicht wieder abgesprochen werden.⁶⁹² Der Leitsatz der Entscheidung des Cour de Cass. vom 22 oct. 1991 zu dem Entscheid Compania de Valencia de Cementos Portland gegen Primary Coal liest sich eindeutig: *„Mais attendu qu'en se référant à l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales, l'arbitre a statué en droit ainsi qu'il avait l'obligation conformément à l'acte de mission ; que dès lors, il n'appartenait pas à la cour d'appel, saisie du recours en annulation ouvert par les articles 1504 et 1502 no. 3 NCPC, de contrôler les conditions de détermination et de mise en œuvre par l'arbitre de la règle de droit retenue .”*⁶⁹³

Der Cour d'appel hat im Rahmen des Art. 1502 no. 3 NCPC folglich nicht die Befugnis, die Entscheidung des Schiedsrichters bei der Bestimmung des anzuwendenden

⁶⁹² Hierzu die Entscheidungsreihe Pabalk./Norsolor ; Fougerolle./ Banque du Proche Orient; Compania Valencia des Cementos Portland ./ Primary Coal. Die Entscheidungen werden allesamt unter C.) einer genaueren Betrachtung unterzogen. S.a Poudret/ Besson, S. 787, Rdn. 804.

⁶⁹³ Abgedruckt in JDI 1992, S. 177, 178.

Rechts zu kontrollieren.⁶⁹⁴ Diese Absage richtete sich an die Adresse der zweiten Instanz, welche sich in ihrer Entscheidung vom 13. Juli 1989 relativ detailliert mit der diesbezüglichen Vorgehensweise der Schiedsrichter auseinandersetzte.⁶⁹⁵

Eine durch das Schiedsgericht getroffene Entscheidung zur Anwendung von *lex mercatoria* Regeln ist somit grundsätzlich nicht geeignet, die Entscheidung zur Vollstreckung des Entscheids aufzuheben. Dies jedenfalls insoweit das zu Grunde liegende Verfahrensrecht den Schiedsrichtern die Bestimmung des anzuwendenden Rechts überlässt.

β Art. 1502 no. 5 NCPC

Eine weitere, *lex mercatoria* relevante Alternative des Art. 1502 NCPC ist no. 5. Nach diesem müsste die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsentscheids, welcher *lex mercatoria* zur Anwendung bringt, gegen die *ordre public international*

⁶⁹⁴ Im Ergebnis ebenso die diesbezüglichen Kommentierungen von Goldman (JDI 1992, S. 177, 182); Oppetit in RCDIP 1992, S. 113, 116; Lagarde in RdA 1992, S. 457, 460.

⁶⁹⁵ Vergl. die Entscheidung C.app.Paris, 13 juillet 1989 in RdA 1990, S. 663, 665. Nach Oppetit (in RCDIP 1990, S.305, 309) führe eine derartige Vorgehensweise zu einer „*dénaturation de l'arbitrage commercial international*“.

(einschließlich der lois de police), also die fundamentalen Konzeptionen der französischen Rechtsordnung, verstoßen. Das dies nicht der Fall ist wurde bereits festgestellt.⁶⁹⁶

2. Zwischenergebnis

Im Rahmen der Kontrolle von Entscheiden aus dem Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit stellt eine lex mercatoria Anwendung durch das Schiedsgericht keine vollstreckungshindernde Tatsache dar. Nach Titre VI ist lex mercatoria also auch auf der Ebene der Anerkennung und Vollstreckung eine gleichwertige Alternative bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts im Falle des Schweigens der Parteien. Da Art. 1502 NCPC nicht allein auf Schiedssprüche Anwendung findet, die nach französischem Recht (als Verfahrensrecht) ergingen, stellt sich die Frage, inwieweit die Konzeption des französischen Rechts durch die Rechtsprechung auch auf Entscheide ausgedehnt werden kann, welche nach einem „weniger liberalen“ Recht erlassen wurden. Der

⁶⁹⁶ Siehe bereits oben unter B.) IV.), 1.) a) bb) β).

oben angesprochenen Referenzentscheidung⁶⁹⁷ kann in diesem Punkt keine eindeutige Aussagekraft beigemessen werden, denn das dort durchgeführte Verfahren richtete sich nach den Regeln der ICC, ergänzt durch die Regeln des NCPC. Jedoch ließe die Tatsache, dass im Land des Erlasses aufgehobene Schiedssprüche grundsätzlich in Frankreich vollstreckbar bleiben⁶⁹⁸ den Schluss zu, dass eine Anwendung der genannten Rechtsprechung im Rahmen des Art. 1502 no.3 NCPC auch auf solche Entscheide übertragbar wäre, die nach einem Verfahrensrecht ergingen, welches eine lex mercatoria Anwendung ohne explizite Vereinbarung der Parteien als unzulässig erachtet. Dies wäre konsequent vom (in der französischen Rechtsprechung vertretenen) Standpunkt einer Delokalisierung des Schiedsspruchs vom Land des Sitzes des Schiedsgerichts aus gesehen. Hier kann es auch keinen Unterschied machen, ob der Entscheid tatsächlich annulliert wurde oder nur annullierbar ist.

⁶⁹⁷ Cour de Cass. vom 22 oct. 1991 zu dem Entscheid *Compania de Valencia de Cementos Portland gegen Primary Coal*, JDI 1992, S. 177, 178.

⁶⁹⁸ Die Aufhebung selbst also kein Vollstreckungshindernis darstellt, siehe bereits oben unter IV. 1.) a) bb) α) sowie im folgenden unter C.).

Dies vorausgeschickt, ist auch gegen Gerichtentscheidungen zur Vollstreckung von Schiedssprüchen eine Anwendung von *lex mercatoria* keine Grundlage zur Erhebung von Rechtsbehelfen gegen diese. Im Vergleich zum New Yorker Abkommen von 1958 stellt sich die französische Regelung als nahezu kollisionsneutral dar. Art. 1502 NCPC erwähnt in keiner Form einen Gesetzeskonflikt, ebenso existiert im französischen Recht keine dem Art. V 1.) e) des New Yorker Abkommens vergleichbare Regelung, nach welcher eine Vollstreckbarkeit auf Grund der Annullierung des Schiedsspruchs im Land des Sitzes des Schiedsgerichts abgelehnt werden müsste.⁶⁹⁹ Diese Tatsache wurde auch von der Rechtsprechung in einigen berühmten und kontroversen Entscheidungen herangezogen.

⁶⁹⁹ Bellet/ Mezger in RCDIP 1981, S. 611, 648 f.. Dies ist wohl als Ausdruck einer vertraglichen Konzeption von der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zu sehen. Diese steht im Gegensatz zu einem jurisdiktionalen Verständnis, welches hinter der *lex loci arbitri* Regel steht. Vergl. hierzu auch Haas, S. 66 ff..

C) Die Rechtsanwendungskontrolle von Schiedsentscheiden durch die französische Rechtsprechung

In Frankreich kam es zu zahlreichen Gerichtentscheidungen, in deren Rahmen über die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen, welche eine Relevanz für die Anwendbarkeit von *lex mercatoria* Regeln besaßen, entschieden wurde. Hierbei lassen sich zwei Ebenen unterscheiden. Zum einen wurden die französischen Gerichte mit Schiedsentscheiden konfrontiert, in welchen die Schiedsrichter *lex mercatoria* als materielles Recht anwandten, ohne hierzu von den Parteien ermächtigt worden zu sein (I.). Zum anderen wurden Entscheide in Frankreich für vollstreckbar erklärt, die im Land des Sitzes des Schiedsgerichts von dortigen Instanzen aufgehoben wurden (II.).

I) Gerichtsentscheidungen über die Anwendung von *lex mercatoria* im Schiedsverfahren

Die im Folgenden zusammengefassten Entscheidungen französischer Gerichte betreffen sämtlich die Frage der Vollstreckbarkeit internationaler Schiedssprüche in der

französischen Rechtsordnung, welche von den jeweils opponierenden Parteien unter dem Gesichtspunkt einer „unzulässigen Anwendung“ von lex mercatoria Regeln durch das Schiedsgericht vor den staatlichen Gerichten gerügt wurden.

1. Fougerolle c. Banque du Proche
Orient⁷⁰⁰

Zwischen beiden Firmen bestand ein Vertrag, nach welchem Fougerolle sich verpflichtete, der Banque du Proche Orient eine bestimmte Vergütung für ihre Mitwirkung bei dem Abschluss eines Bauvertrages zwischen erstgenannter Firma und der syrischen Regierung zu zahlen, soweit dieser Bauvertrag bis zu einem festgelegten Datum in Kraft treten würde, anderenfalls die Vereinbarung zwischen beiden Parteien gemäß ihres Art. 2 nichtig wäre. Nachdem dieser Termin nicht eingehalten wurde lehnte Fougerolle eine entsprechende Zahlung ab, wohin gegen die Banque du Proche Orient sich auf eine teilweise Erfüllung der Vereinbarung berief (nämlich bis zum ursprünglich

⁷⁰⁰ Siehe C.app. Paris, 12 juin 1980 sowie im Anschluss hieran C.cass., civ. II, 9 déc. 1981, abgedruckt in R.D. 1983 I, S. 238 ff., dort 2. Sachverhalt.

festgelegten Datum) und eine entsprechende (Teil-)zahlung der vereinbarten Pauschalvergütung verlangte, welche ihr das angerufene Schiedsgericht auch zusprach. Gegen die abschlägige Entscheidung des die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs erklärenden Gerichts formulierte Fougerolle eine Appellation. Der angerufene Cour d'appel von Paris bestätigte jedoch die Auffassung des Schiedsgerichts, weswegen die Sache vor den C.cass. gelangte. Dieser bestätigte die Auffassung des C.app., indem er die Anwendung internationaler Handelsbräuche zur Interpretation des Art. 2 der Vereinbarung für konform mit der Verpflichtung des Schiedsrichters, das anwendbare Recht zu bestimmen, erklärte.⁷⁰¹ Ohne nähere Konkretisierung wurde hiermit eine pauschale Verweisung auf „im internationalen Handel allgemein anwendbaren Prinzipien“⁷⁰² als

⁷⁰¹ Indem das Schiedsgericht sich ausdrücklich auf die Regeln des internationalen Handels beruft, macht es auch deutlich, dass seine Entscheidung keine bloße „Billigkeitskorrektur“ darstellen soll.

⁷⁰² „Les principes généraux des obligations généralement applicables dans le commerce international.“ Als wichtige Aussage der Entscheidung wird auch die Annäherung von Bräuchen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen hervorgehoben, vgl. Fouchard in *Mélanges Goldman*, S. 67, 76 f.. Die Unterscheidung beider wird teilweise diskutiert, auch im Rahmen ihrer Eigenschaft als Bestandteile einer *lex mercatoria*, vgl. etwa Kassis, „Théorie générale des usages du commerce“, dort

ausreichende Grundlage zur Interpretation der Parteivereinbarung angesehen, deren Ergebnis per se nicht aus dieser zu entnehmen war.⁷⁰³

Kritisch wurde hierzu bemerkt, dass sich die festgestellte „Rechtsqualität“ auch nur auf ein präzises, zur Interpretation herangezogenes Prinzip,⁷⁰⁴ nicht generell auf die, wie auch immer konstituierte, Gesamtheit der *lex mercatoria* Regeln erstreckt habe.⁷⁰⁵

2. Norsolor c. Pabalk⁷⁰⁶

Die Entscheidung eines in Österreich sitzenden und nach den Verfahrensregeln der ICC befindenden

v.a. S. 307 ff. sowie 349 ff.; Gaillard „La distinction des principes généraux et des usages du commerce international“ in *Mélanges Bellet*, S. 203 ff.

⁷⁰³ In diesem Sinne die Kritik Roberts in R.D. 1985, S. 101, 104 im Rahmen seiner Kommentierung der Entscheidung Pabalk c. Norsolor. Im Gegensatz zu letzterer lasse die Entscheidung Fougerolle keine nachvollziehbare Herleitung eines konkreten Prinzips erkennen.

⁷⁰⁴ Welches sich laut C.app. (Paris, 12 juin 1980 in JDI 1982, S. 931, dort 2. Sachverhalt) aus der „force de l'évidence“ - der „Macht der Offensichtlichkeit“ - heraus aufdrängte.

⁷⁰⁵ Dies hebt Lagarde im Rahmen seiner Kommentierung der *Compania Valencia c. Primary*- Entscheidung hervor, vergl. in RdA 1990, S. 663, 671 f.. Diese Differenzierung wurde vom C.cass. nicht angesprochen, jedoch allein auf Grund der Tatsache, dass ihm dieser Aspekt nicht zur Prüfung vorgelegt wurde.

⁷⁰⁶ TGI Paris, 4 mars 1981; C.app. Paris, 15 déc. 1981 ; C.cass. civ. I, 9 octobre 1984.

Schiedsgerichts betraf die Verurteilung der französischen Gesellschaft Norsolor zur Zahlung von Schadensersatz an die türkische Gesellschaft Pabalk, für die ihr angelastete Verletzung des Kommissionsvertrages.⁷⁰⁷ Dieser Entscheid wurde Auslöser einer weitreichenden Debatte über eine *lex mercatoria* und beschäftigte im Zusammenhang mit seiner Vollstreckung mehrere Gerichte.⁷⁰⁸ Nicht ohne

⁷⁰⁷ Der Entscheid betraf noch andere Aspekte des zwischen beiden bestehenden Geschäftsverhältnisses, die hier interessierenden Fragen zum anzuwendenden Recht, wurden jedoch im Zusammenhang mit diesem Punkt diskutiert, weshalb sich die hier gemachten Ausführungen auch auf diesen Aspekt beschränken sollen.

⁷⁰⁸ Im einzelnen ist folgender Verlauf festzuhalten: Der Schiedsentscheid wurde am 26. Oktober 1979 erlassen. Am 5. Februar 1980 wurde ihm der Vollstreckungsbeschluss durch den Präsidenten des TGI Paris in Frankreich erteilt, wogegen Norsolor Einspruch erhob, der jedoch mit Urteil vom 4. März 1981 vom TGI Paris abgewiesen wurde. Am 29. Juni 1981 erging eine Entscheidung des Wiener Handelsgerichts, welches, parallel zum Verfahren in Frankreich, von Norsolor mit einem Einspruch und Antrag auf Feststellung der Ungültigkeit des Schiedsspruchs konfrontiert wurde. Dies wurde abgelehnt. Mit Urteil vom 29. Januar 1982 hob das darauf hin angerufene österreichische Appellationsgericht das ablehnende Urteil des Wiener Handelsgerichts auf. Der zwischenzeitlich angerufene Cour d'appel von Paris hatte am 15. Dezember das Verfahren ausgesetzt um die Entscheidung des österreichischen Appellationsgerichts abzuwarten. Nach dessen Entscheidung lehnte der Cour d'appel eine Vollstreckung des Schiedsspruchs auf der Grundlage von Art V 1.) (e) des New Yorker Abkommens von 1958 am 19. November 1982 ab. Nur einen Tag zuvor, am 18. November 1982, hob der österreichische Oberste

eine gewisse Berechtigung wurde daher von einem „bataille judiciaire“ in Zusammenhang mit der „affaire Norsolor“ gesprochen.⁷⁰⁹

Gegenstand der Diskussion war dabei der dritte Klageantrag, die Schadensersatzzahlung in Höhe von 800.000 Francs, im Rahmen dessen die Schiedsrichter nach dem auf den Vertrag anzuwendenden Recht suchten und ihre Entscheidung letztlich auf die Anwendung der „internationalen lex mercatoria“ gründeten. Genauer entnahmen sie dieser das Prinzip des „guten Glaubens,“ welches Zustandekommen und Ausführung des Vertrages regelt und nach welchem der Vertragsbruch der Firma Norsolor zuzurechnen war.⁷¹⁰

Nur das österreichische Appellationsgericht⁷¹¹ trug der von Norsolor vorgetragene Kritik Rechnung, indem es dem Schiedsgericht vorwarf, sich bei seiner Entscheidung auf eine lex mercatoria berufen zu haben.

Gerichtshof (auf Antrag von Pabalk) die Entscheidung der zweiten Instanz auf und gab dem Urteil der ersten Instanz statt. Der dann von Pabalk angerufene Präsident des TGI Paris erteilte am 20. Juni 1983 den Vollstreckungsbeschluss für den Schiedsentscheid in Frankreich. Dies wurde am 9. Oktober 1984 vom C.cass. bestätigt.

⁷⁰⁹ Goldman in RdA 1983, S. 379.

⁷¹⁰ Eine Zusammenfassung des Schiedsspruchs findet sich bei Goldman, RdA 1983, S. 379, 380 f..

⁷¹¹ Vergl. zum Verfahrensverlauf die chronologische Darstellung in Fn. 298.

Nach Auffassung des Gerichts handele es sich hierbei um ein Weltrecht von ungewisser Gültigkeit, statt diesem wäre ein, nach den von dem Schiedsgericht für anwendbar erachteten Kollisionsnormen bestimmtes Recht einer nationalen Rechtsordnung anzuwenden gewesen. Letztlich habe das Schiedsgericht damit auch eine Würdigung nach Billigkeit vorgenommen, was es in den ersten beiden Punkten seiner Entscheidung nicht tat und wozu keine Beauftragung seitens der Parteien vorlag.

Aus Sicht der mit der Sache beschäftigten französischen Gerichte ist zunächst nur die Entscheidung des TGI vom 4. März 1981 von Bedeutung, da dieses Stellung zu der Qualität des von den Schiedsrichtern angewendeten Rechts bezog⁷¹²:

In der Begründung seines Urteils⁷¹³ stellte das Gericht fest, dass die Schiedsrichter ihrer Mission gemäß das „Recht“ (la loi) anwandten, welches sich nach den

⁷¹² Dieses wies den von Norsolor eingereichten Widerspruch gegen den abschlägigen Vollstreckungsbeschluss vom 5. Februar 1980 ab. Die Entscheidungen von Cour d'appel und C.cass. betrafen dagegen allein die Vollstreckung des Entscheides und enthalten zumindest keine direkten Aussagen über die Qualität des von den Schiedsrichtern anzuwendenden Rechts. Die Entscheidung des C.cass. wird anschließend unter C., II.) 1.) zu untersuchen sein.

⁷¹³ Siehe in JDI 1981, S. 836 ff., 839.

Kollisionsnormen ergab, die sie für anwendbar hielten.⁷¹⁴ Den Überlegungen des Schiedsgerichts entnimmt das TGI, dass dieses, indem es Schritt für Schritt eine Herleitung des Prinzips des „guten Glaubens“ im Geschäftsverkehr vornahm, es als Verhaltensregel im Sinne eines Brauchs qualifizierte und schließlich dessen Anwendbarkeit auf die vorliegende Konstellation prüfte und bejahte, nicht eine Entscheidung nach „bloßer“ Billigkeit vornahm und sich folglich im Rahmen seiner Mission befand. Die zweimalige Verwendung des Begriffes „*équité*“ änderte nach Auffassung des TGI nichts an dieser Bewertung.⁷¹⁵ Im Ergebnis sah das TGI keine Überschreitung der Mission des Schiedsgerichts, da es die Anwendung von *lex mercatoria*, ebenso wie das Schiedsgericht, als eine Anwendung von Recht (im Sinne des Art. 13 Nr. ICC-Schiedsordnung) einordnete.⁷¹⁶

⁷¹⁴ So der zu Grunde liegende Art. 13. Nr.3 der ICC-Schiedsgerichtsordnung.

⁷¹⁵ JDI 1981, S. 836., 839.

⁷¹⁶ So auch Kahn in der Kommentierung der Entscheidung in JDI 1981, S. 836., 841f.; Goldman in RdA 1983, S. 379, 396; Fouchard in *Mélanges Goldman*, S. 67, 73 und 77. Auffallend ist jedoch, dass im Rahmen des Urteils nicht auf die Tatsache eingegangen wurde, dass gemäß Art. 13 Nr. 3 ICC-Schiedsstatut das Schiedsgericht das anzuwendende Recht über eine staatlich Kollisionsnorm zu bestimmen hatte, jedoch mangels eindeutiger

3. Compania Valencia de Cementos Portland c. Primary Coal⁷¹⁷

Unter B., IV.) 1.) b), cc) α) (2.) wurde bereits der Leitsatz der Entscheidung des C. cass. vom 22. Oktober 1991 wiedergegeben. Dieser, sowie die vorangehende Entscheidung des C.app. vom 13. Juli 1989 haben zu sehr unterschiedlichen Reaktionen geführt. Der C.app. hat in seiner Entscheidung die Auffassung des Schiedsgerichts von einer *lex mercatoria*, verstanden als Gesamtheit der Regeln und Prinzipien, welche im internationalen Handel üblicherweise als „*règles de droit*“ behandelt würden, zu Grunde gelegt.⁷¹⁸ Indem der C.cass. diese Entscheidung des C.app. als Entscheidung nach „Recht“ qualifizierte, misst er einer *lex mercatoria* folglich eben diesen Status bei.⁷¹⁹ Anderenorts wurde die Entscheidung des C.cass.

Verbindung zu einer Rechtsordnung eine insoweit „direkte“ Anwendung von *lex mercatoria* Regeln vornahm. In der Entscheidung *Compania de Valencia c. Primary Coal* wurde dies jedoch diskutiert, s. sogleich unter 3.).

⁷¹⁷ C.app. Paris, 13 juillet 1989; C. cass. civ. I, 22 oct. 1991.

⁷¹⁸ RdA 1990, S. 663, 664 f.

⁷¹⁹ So Goldmans Interpretation in seiner Kommentierung des Urteils in JDI 1992, S. 177, 180 no. 3; in dieser sieht er die in der Entscheidung Fougerville eingeschlagene Richtung als bestätigt an, wenngleich er feststellt, dass dies nicht in einer expliziten Formulierung durch „Nennung“ des Begriffs der *lex mercatoria* erfolgte.

dagegen vor allem unter dem Aspekt einer notwendigen und vorrangigen Anerkennung der jeweiligen Regel durch die staatlichen Gerichte hervorgehoben,⁷²⁰ welche der C.cass. in seinem Leitsatz unterstreicht: „*..en se référant à l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales...*“.⁷²¹ Demnach wäre eine *lex mercatoria* nicht aus sich selbst heraus als Recht anzusehen, wenngleich sie in den bisher aufgetretenen Fällen von den französischen Gerichten jeweils als solches behandelt wurde. Dies ließe sich jedoch zum einen damit rechtfertigen, dass diese Anerkennung einzig in Beziehung auf Art. 1502 no. 3 NCPC erfolgte⁷²² und zum anderen lediglich dem Bestreben des obersten Gerichtshof entspreche, die Kontrolle der Schiedsgerichte so gering wie möglich zu gestalten.⁷²³ Andere sehen in der Entscheidung die Bestätigung einer

⁷²⁰ Oppetit in seiner Kommentierung der Entscheidung Cass. civ.I vom 22. Oktober 1991 in RCDIP 1992, S. 113, 116.

⁷²¹ Ebenso Lagarde (Kommentierung der Entscheidung in RdA 1992, S. 457, 460) nach welchem der C.cass. sich hiermit die Möglichkeit vorbehält, eine solche Rechtsqualität im Einzelfall zu verneinen; s.a. Gaudemet-Tallon in „Le juge entre deux millénaires“, S. 573, 586.

⁷²² So eindeutig Lagarde a.a.O.; ebenso Oppetit in RCDIP 1992, S. 113, 116.

⁷²³ Lagarde a.a.O. S. 461. Ähnlich Oppetit (a.a.O.). Siehe bereits oben unter B., IV.) 1.) c) α).

bereits festgestellten „Rechtsqualität“ von *lex mercatoria*⁷²⁴ und setzen sich ausdrücklich in Gegensatz zu einer notwendigen und vorrangigen Sanktion durch die nationalen Gerichte um diese Qualität zu erreichen.⁷²⁵ Insbesondere ergebe sich aus der Entscheidung, dass sich die zugesprochene Rechtsqualität auf die Gesamtheit der *lex mercatoria* Regeln erstrecken solle, was nach den Entscheidungen Fougerolle und Norsolor zum Teil angezweifelt wurde.⁷²⁶

4. Würdigung

Die von Goldman vorgenommene Deutung der Entscheidung *Compania de Valencia c. Primary Coal* kann nicht vollständig überzeugen. Insbesondere steht der Assimilierung von *lex mercatoria* mit staatlichem Recht der insoweit eindeutige Wortlaut der Entscheidung entgegen. Selbst wenn die inhaltliche Ausgestaltung der Formulierung „...*ayant recu la sanction*

⁷²⁴ Goldman in JDI 1992, S. 177, 180 f., der Autor sieht in der Entscheidung einen notwendigen Schritt um die *lex mercatoria* dem Stadium der Konsolidierung näher zu bringen (a.a.O., S. 186).

⁷²⁵ So Goldman deutlich a.a.O. auf S. 184 und 185 (Rdn. 15).

⁷²⁶ Goldman in JDI 1992, S. 177, 181; vergl. i.ü. die Ausführungen zur Entscheidung Fougereolle unter I.) 1.).

des jurisprudences nationales“ nicht eindeutig feststellbar sein mag,⁷²⁷ ist die vorgenommene Einschränkung dem Grunde nach deutlich zum Ausdruck gebracht worden. Eine weitergehende Deutung widerspräche dem Wortlaut der Entscheidung. Folglich erlangen die Regeln der *lex mercatoria* eine Legitimität zur Streitentscheidung „nach Recht“ nicht per se, sondern allein durch die nationale Rechtsprechung.⁷²⁸ Auch die konsequent vermiedene Erwähnung des Begriffes der *lex mercatoria*⁷²⁹ in der Rechtsprechung deutet darauf hin, dass sich der C.cass. nicht direkt zu einer Qualität von *lex mercatoria* Regeln äußern möchte, sondern vielmehr sicherstellen will, dass die Bestimmung des anwendbaren Rechts allein Sache des Schiedsrichters ist⁷³⁰. Wie und mit welchem Ergebnis er diese Aufgabe

⁷²⁷ Was auch Goldman einräumt, vergl. JDI 1992, S. 177, 181; jener argumentiert, dass eine so verstandene Deutung dieses Satzes die *lex mercatoria* einem staatlichem Recht gleichsetzen würde, was jedoch ihrer (anationalen) Natur widerspricht. Eine Gleichsetzung mit staatlichem Recht ist indes nicht zwingend der gewählten Formulierung zu entnehmen. Gesichert bringt eine derart „zwischen geschaltete“ Sanktion nur zum Ausdruck, dass die Regeln des internationalen Handels keine selbständige Legitimität besitzen.

⁷²⁸ So auch Gaudemet-Tallon in „Le juge entre deux millénaires », S. 573, 586.

⁷²⁹ Auf diesen Umstand verweist Gaudemet-Tallon a.a.O. auf S. 577.

⁷³⁰ Soweit die Schiedsvereinbarung ihn hierzu ermächtigt hat.

erfüllt obliegt grundsätzlich nicht der Kontrollbefugnis staatlicher Gerichte. Die Ausführungen des C.cass. sind daher in dem Sinne zu lesen, dass die Entscheidung nach Recht dem Schiedsgericht dann „attestiert“ wird, wenn es nach der Gesamtheit der durch den internationalen Handel hervorgebrachten Regeln entschieden hat, *soweit* diese ihre Sanktion i.e. durch die nationale Rechtsprechung erfahren haben. Bestimmung und Anwendung solcher Regeln obliegen dabei zwar grundsätzlich nicht der richterlichen Kontrolle, eine letzte Prüfung scheint sich das oberste französische Gericht aber vorbehalten zu wollen.

Mit der Entscheidung *Compania de Valencia c. Primary Coal* mag zwar die Debatte um eine *lex mercatoria* nicht abgeschlossen sein,⁷³¹ der C.cass. hat anhand dieser jedoch die bisherige Rechtsprechung zu der Thematik in ein „eindeutiges Licht“ gerückt. Aufgrund der vorgenommenen Einschränkung ist die Entscheidung daher von richtungsweisender Bedeutung.

Im Übrigen ergeben die analysierten Urteile, insbesondere in der Sache *Pabalk c. Norsolor*, dass die französische Rechtsprechung eine Entscheidung nach

⁷³¹ Gaudemet-Tallon in „Le juge entre deux millénaires », S. 573, 577.

lex mercatoria nicht mit einer „Billigkeitsentscheidung“ gleichsetzt. Insofern erfolgt eine Assimilierung an die staatlichen Rechte,⁷³² was in Einklang mit der aus den Art. 1496 und 1497 NCPC entnehmbaren⁷³³ Wertung steht.

II) Gerichtsentscheidungen über annullierte Schiedssprüche⁷³⁴

Die im folgenden untersuchten Entscheidungen hatten allesamt nicht eine Anwendung von lex mercatoria Regeln zum Gegenstand. Aus ihnen ergibt sich jedoch eine Rechtsprechung, welche einer lex mercatoria Anwendung im Rahmen von Schiedsentscheiden begünstigend gegenüber steht und sich für deren „Verbreitung“ als förderlich erweisen kann. Sie soll daher kurz skizziert werden.

1. Pabalk c. Norsolor

Neben den zuvor genannten Aspekten ist die Entscheidung Pabalk c. Norsolor auch im Rahmen der

⁷³² Zusammenfassend: Fouchard in *Mélanges Goldman*, S. 67, 76 f..

⁷³³ Vergl. oben B. III.) 2.).

⁷³⁴ Grundlegend hierzu: Gaillard in *JDI* 1998, S. 645 ff.; Fouchard in *RdA* 1997, S. 329 ff..

Anerkennung von im Ausland erlassenen Schiedsentscheiden in Frankreich von Bedeutung. Nach der Aufhebung durch das Appellationsgericht von Wien versagte der C.app. dem Schiedsspruch die Anerkennung und Vollstreckung in Frankreich auf Grundlage des Art. V.(1.) (e) des New Yorker Abkommens von 1958.⁷³⁵ Diese Entscheidung hob der C.cass. mit Urteil vom 9. Oktober 1984 auf, versehen mit der Bemerkung, dass der C.app. von Amts wegen zu prüfen habe, ob das französische Recht, (als Recht des Landes in dem die Vollstreckung des Schiedsspruch beantragt wird), nicht dennoch (ungeachtet der Annullierung im Land des Sitzes des Schiedsgerichts) eine Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs zulasse.⁷³⁶ Mit dieser Entscheidung wurde die „Optik“ hinsichtlich der Vollstreckung internationaler Schiedsentscheide in Frankreich gewissermaßen „delokalisiert,“ indem solche Entscheide nicht (mehr) als Bestandteil der Rechtsordnung des Landes, in welchem sie erlassen wurden, bewertet werden.⁷³⁷ War die Entscheidung

⁷³⁵ Vergl. zum Verfahrensverlauf Fn. 298.

⁷³⁶ C.cass. civ. I, 9 oct. 1984 in R.D. 1985 I, S. 101.

⁷³⁷ Robert in seiner Kommentierung des Urteils C.cass. civ. I, 9 oct. 1984 in R.D. 1985 I, S. 101, 103; Fochard/ Gaillard/ Goldman, S. 928 f., Rdn. 1595; Gaillard in JDI 1998, S. 645, 650.

Pabalk c. Norsolor der Ausgangspunkt einer „neuen“ richterlichen Bewertung bei der Vollstreckung internationaler Schiedssprüche, zeigten die im Anschluss an diese erlassenen Urteile sowohl Konkretisierungen als auch Unsicherheiten dieses neuen Ansatzes auf.

2. Hilmarton

Mit einem ähnlich turbulenten Verfahrensverlauf⁷³⁸ wie in der Sache Pabalk c. Norsolor, führte die „affaire

⁷³⁸ Die französische Gesellschaft OTV sollte der englischen Gesellschaft Hilmarton eine vertraglich vereinbarte Vergütung für deren Unterstützung bei der Erschließung eines Marktes in Algerien leisten, diese Verpflichtung wurde vom Schiedsgericht am 19. August 1988 für unwirksam wegen Verstoßes gegen das algerische Recht erklärt. Auf Initiative Hilmartons annullierte das zuständige Gericht in der Schweiz den Schiedsspruch, während OTV am 27. Februar 1990 einen Vollstreckungsbeschluss in Frankreich erreichen konnte. Auf die Appellation Hilmartons gegen den Vollstreckungsbeschluss hin, bestätigte der C.app. von Paris diesen und berief sich dabei auf Art. VII des New Yorker Abkommens von 1958. Währenddessen erging in der Schweiz am 10. April 1992 ein zweiter Schiedsspruch, diesmal zu Gunsten von Hilmarton. Beim TGI Nanterre erreichte Hilmarton sodann einen diesbezüglichen Vollstreckungsbeschluss in Frankreich (am 25. Februar 1993) und gleichzeitig einen weiteren für die Entscheidung des schweizer Gerichts zur Annullierung des ersten Schiedsspruchs. Am 23 März 1994 bestätigte der C.cass. die Auffassung des C.app. zur Vollstreckbarkeit des ersten Schiedsspruchs trotz Annullierung desselben in der Schweiz. Das Durcheinander erreichte seinen Höhepunkt, als der C.app. von Versailles in zwei Entscheidungen die Vollstreckbarkeit beider Vollstreckungsbeschlüsse des TGI Nanterre bestätigte und für den nunmehr eingetretenen Konflikt

Hilmarton“ den neuen Ansatz der französischen Rechtsprechung einer ersten Bewährungsprobe zu und gab dieser gleichzeitig Anlass diesen zu präzisieren. Entscheidend sind die Aussagen des C.cass. in dessen Urteil vom 23. März 1994⁷³⁹ zur Bestätigung der Vollstreckbarkeit des ersten Schiedsspruchs. Das Gericht führte aus, dass es sich bei dem in Rede stehenden Entscheid um einen internationalen Schiedsspruch handle, welcher nicht in die Rechtsordnung der Schweiz integriert ist, weswegen er trotz Annullierung in der Schweiz fortbestand und dessen Anerkennung in Frankreich nicht der *ordre public international* widerspreche. Der C.cass. beruft sich

sich widersprechender Urteile auf die diesbezügliche Regelungskompetenz des C.cass. verwies. Zu diesem Zeitpunkt existierten in der französischen Rechtsordnung somit drei Entscheidungen: Der erste Schiedsspruch zu Gunsten der OTV, der zweite Schiedsspruch zu Gunsten Hilmartons sowie ein Urteil, das den ersten Entscheid annullierte. Der C.cass. hob die Entscheidungen des C.app. mit Urteil vom 10. Juni 1997 auf. In Frankreich ist somit nur der erste Schiedsspruch wirksam für vollstreckbar erklärt worden.

⁷³⁹ C.cass. 23 mars 1994 in JDI 1994, S. 701 ff. sowie RCDIP 1995, S. 356 ff.. Das Urteil vom 10. Juni zur Aufhebung der beiden Entscheidungen des C.app. von Versailles gemäß Art. 1351 C.c. enthält insofern keine Aussagen inhaltlicher Natur zu den Entscheidungen. Allein mit der Aufhebung beider Entscheidungen unterstreicht der C.cass. jedoch das, insofern abschließende, Primat seines Urteils vom 23. März 1994 in dieser Sache. Vergl. auch Gaillard in seinem Kommentar zu Entscheidung vom 10. Juni 1997 in JDI 1997, S. 1034 ff..

hierbei ausdrücklich auf Art. VII des New Yorker Abkommens von 1958, wonach sich die Parteien, im Rahmen der Vollstreckbarkeit in Frankreich, auf das französische Recht berufen können und dieses in Art. 1502 NCPC keinen zu Art. V (1.) (e) des Abkommens vergleichbaren Ablehnungsgrund enthält.

Diese Rechtsprechung ordnet sich konsequent in die bisherige Entwicklung ein, welche bereits für die Bestimmung der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung im Rahmen der Vollstreckung internationaler Schiedssprüche, allein die „internationalen“ Konzeptionen der französischen Rechtsprechung zum Maßstab erklärte.⁷⁴⁰ In die selbe Richtung weist auch die Entscheidung *Polish Ocean Line*⁷⁴¹, nach welcher es für eine Vollstreckbarkeit eines internationalen Schiedsspruchs in Frankreich nicht darauf ankommen kann, ob die Gerichte des Sitzes des Schiedsgerichts eine Vollstreckbarkeit aufgrund der (dortigen) Anfechtung des Schiedsspruchs vorläufig aussetzen. Neben

⁷⁴⁰ Entscheidung „Dalico“, C.cass. civ. I, 20 dec. 1993, abgedruckt in JDI 1994, S. 433.

⁷⁴¹ C.cass. 10 mars 1993, in RdA 1993, S. 255, 258 unter Bezugnahme auf Art. VII des New Yorker Abkommens von 1958.

gewisser, nuancierter Reserven⁷⁴² traf die Entscheidung auf Zustimmung,⁷⁴³ zugleich erzeugte sie aber auch Unsicherheiten hinsichtlich der Funktion des internationalen „Kontrollsystems“ von Schiedsentscheiden.⁷⁴⁴

Ohne sich auf eine weitreichende Diskussion⁷⁴⁵ dieser Art einlassen zu wollen, sei an dieser Stelle zumindest eine „relativierende“ Anmerkung erlaubt: Der C.cass. hat letztlich nur einen „lokalen“ Aufhebungsgrund für die Vollstreckung in der französischen Rechtsordnung eliminiert, während international etablierte

⁷⁴² Gaillard fragt sich etwa, (in seinem Kommentar zur Entscheidung Hilmarton, JDI 1994, S. 701, 709) ob die Formulierung des C.cass. bedeute, dass ein internationaler Schiedsspruch in die Rechtsordnung des Landes in dem das Schiedsgericht sitzt unter bestimmten Umständen als in dessen Rechtsordnung „integriert“ betrachtet werden kann oder ob ein internationaler Schiedsspruch per Definition „nicht in diese integriert ist.“ Ähnlich Oppetit in seiner Kommentierung in RCDIP 1995, S. 356, 360.

⁷⁴³ Gaillard a.a.O. auf S. 707; Fouchard in RdA 1997, S. 329, 345.

⁷⁴⁴ Deutlich etwa Oppetit in RCDIP 1995, S. 356 ff. dort v.a. S. 359; Giardina in FS Böckstiegel, S. 205, 217, beide weisen vor allem auf eine mit dieser Rechtsprechung ausgelöste Zerstörung des „unifizierenden Charakters“ des New Yorker Abkommens von 1958 hin. Lösungsversuche diesbezüglich offenbart Fouchard in RdA 1998, S. 653 ff.; s.a. die kritische Auseinandersetzung bei Gaillard in JDI 1998, S. 645, ab S. 660.

⁷⁴⁵ Siehe Gaillard in JDI 1998, S. 645, 660, dort Fn. 47 und 48 mit umfangreichen Verweisen auf diesbezügliche französische und internationale Literatur.

Aufhebungsgründe auch eine Vollstreckung in Frankreich hindern.⁷⁴⁶ Eine derart bestehende Uneinheitlichkeit zwischen den nationalen Rechtsordnungen im Rahmen der Aufhebungsgründe, kann schließlich auch den umgekehrten Fall bewirken, in dem ein rigoroses staatliches Kontrollsystem die weltweite Zirkulation bzw. Vollstreckbarkeit eines Entscheides zerstört.⁷⁴⁷ So verstanden entspricht die Hilmarton Rechtsprechung dem Grundanliegen des New Yorker Abkommens, die Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen zu fördern.

Vor dem Hintergrund der französischen Konzeption einer wahrhaft internationalen Schiedsgerichtsbarkeit erscheint die Entscheidung ebenfalls kohärent. Letztlich hat die entscheidende Frage zu lauten, welchem nationalen Richter in Bezug auf einen Schiedsspruch die bedeutendere Rolle zugemessen werden soll, dem des Sitzes des Schiedsgerichts oder des Staats in dem die Vollstreckung beantragt wird. Im Sinne soeben

⁷⁴⁶ Ancel in „Le juge entre deux millénaires“, S. 161, 168.

⁷⁴⁷ Dabei sei vor allem auf die ausführliche Liste von Aufhebungsgründen in section 68 des englischen Arbitration Act 1996 hingewiesen; eine dort vorgenommen Annullierung mag aus der Sicht zahlreicher anderer Rechtsordnungen nicht gerechtfertigt erscheinen. S. hierzu im einzelnen Fouchard in RdA 1997, S. 329, 347 ff..

bezeichneten Verständnisses einer internationalen Schiedsgerichtsbarkeit offenbart die französische Rechtsordnung hier eine „scheinbare“ Diskrepanz zwischen Rechtsprechung und Gesetzeslage, denn ein in Frankreich erlassener, internationaler Schiedsspruch, der nach obiger Rechtsprechung nicht Bestandteil der französischen Rechtsordnung wäre, soll dennoch anhand der Art. 1504 i.V.m. 1502 NCPC aufgehoben werden können. Diese Beobachtung ist jedoch nur bedingt zutreffend. Der in Frankreich erlassene, internationale Schiedsspruch findet, bei konsequenter Anwendung der Hilmarton - Rechtsprechung, eine Erdung in der französischen Rechtsordnung erst dann, wenn seine Vollstreckung ebenfalls in Frankreich begehrt wird. Aufgrund der Konvergenz der Aufhebungsgründe und der Vollstreckungsverweigerungsgründe nach Art. 1502 NCPC, ist es praktisch kaum vorstellbar, dass ein Schiedsspruch, der diese Kriterien nicht erfüllt, „Bestandteil“ der französischen Rechtsordnung werden kann. Durch die Aufhebungskompetenz der französischen Gerichte findet zwar – und hier lässt sich die Hilmarton Rechtsprechung nicht konsequent übertragen – ein gewisser Anschluss an die französische Rechtsordnung

statt. Ein an dieser Stelle aufgehobener Schiedsspruch hätte aber aufgrund erwähnter Konvergenz der Prüfungskriterien ohnehin nicht in die französische Rechtsordnung „integriert“ werden können. Die an sich gegebene territoriale Aufhebungskompetenz der französischen Gerichte hat aus dieser Perspektive betrachtet daher kaum eine eigenständige Bedeutung. Eine vorbehaltlose Übertragung der in der Hilmarton Rechtsprechung zum Ausdruck gebrachten Konzeption auf die französische Regelung zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit lässt sich dennoch nicht vollumfänglich durchführen.

3. Chromalloy⁷⁴⁸

Kurz soll noch die Entscheidung Chromalloy erwähnt werden. Der am 24 August 1994 erlassene Entscheid verurteilte den ägyptischen Staat zur Zahlung diverser Summen an die amerikanische Gesellschaft Chromalloy. Der Entscheid wurde am 5. Dezember 1995 von einem ägyptischen Gericht aufgehoben. Der in Frankreich⁷⁴⁹

⁷⁴⁸ C.app. Paris, 14 janv. 1997, in JDI 1998, S. 750 ff. mit Kommentierung von Gaillard.

⁷⁴⁹ Zuvor wurde bereits die Vollstreckung in den USA angestrebt, trotz der Annullierung im Land des Sitzes des Schiedsgerichts (Ägypten) wurde dieser am 31. Juli 1996 vom District Court of

erteilte Vollstreckungsbeschluss wurde von dem ägyptischen Staat angefochten, am 14. Januar lehnte der C.app. die Appellation ab und bewegte sich dabei argumentativ in der Linie der Hilmarton Rechtsprechung. So beruft sich das Gericht auf die abschließende Aufzählung des Art. 1502 NCPC, dessen Dispositionen über Art. VII des New Yorker Abkommens Anwendung finden und anderweitigen Tatbeständen des *lex loci arbitri* insoweit vorgehen. Erwähnenswert ist noch die erfolgte Klarstellung hinsichtlich einer etwas zweideutigen Formulierung aus der Hilmarton Entscheidung.⁷⁵⁰ Nach dem Chromalloy Urteil des C.app. ist der Schiedsspruch nunmehr „*par définition*“ nicht in die Rechtsordnung des Sitzstaats des Schiedsgerichts integriert.⁷⁵¹

Columbia stattgegeben. In den USA führte dies zu einer weitreichenden Debatte zu diesem Thema, welcher im Rahmen dieser Darstellung jedoch kein Platz eingeräumt werden kann. Vergl. Fouchard in RdA 1997 S. 342, dort m.w.N. in Fn. 33. S.a. Nienaber, S. 45 ff..

⁷⁵⁰ Vergl. zuvor in Fn. 332.

⁷⁵¹ Damit können alle Schiedsentscheide, welche nach Art. 1492 NCPC als „international“ zu qualifizieren sind, von der Rechtsprechung Hilmarton-Chromalloy profitieren, letztere präzisiert hier erstere, wenn auch ohne letztinstanzliche Sanktion. Vergl. Gaillard in seiner Kommentierung der Chromalloy Entscheidung in JDI 1998, S. 750, 754.

4. Würdigung

Die in ihren wesentlichen Eckpunkten skizzierte Rechtsprechung kann in entsprechenden Konstellationen zu einer effektiven Steigerung der Anwendung von *lex mercatoria* Regeln im internationalen Verkehr führen. Rechtsordnungen, welche eine *lex mercatoria* Wahl des Schiedsgerichts (insbesondere im Falle des Schweigens der Parteien) als Aufhebungsgrund des Schiedsspruchs werten, kann durch die genannte Rechtsprechung der Effekt ihrer Dispositionen auf internationaler Ebene entzogen werden.

Zunächst scheint hier der Eindruck einer gewissen Ambiguität nicht von der Hand zu weisen zu sein: Eine Überprüfung internationaler Schiedssprüche durch die in Art. 1504 i.V.m. 1502 NCPC eingeräumte Aufhebungskompetenz ist einerseits vorgesehen, gleichzeitig soll diese für die Vollstreckbarkeit in anderen Ländern nach Maßgabe der Rechtsprechung keine notwendige Auswirkung haben. Bei genauer Betrachtung⁷⁵² liegt hierin aber lediglich die konsequente Umsetzung der Idee einer wahrhaft internationalen

⁷⁵² Siehe bereits die Ausführungen im Anschluss an die Darstellung der *Hilmarton*-Entscheidung.

Schiedsgerichtsbarkeit, deren Schiedssprüche nur im jeweils gewählten Land der Anerkennung und Vollstreckung ihre „Erdung“ finden. Da letztlich jeder Staat für sich entscheiden muss, welche Kontrollmaßstäbe er an die Anerkennung und Vollstreckung (und damit die rechtliche Wirkung) eines Schiedsspruchs in seiner Rechtsordnung stellt, scheint die zuvor skizzierte Rechtsprechung berechtigt. Auch die (positive oder negative) Entscheidung über die Vollstreckbarkeit eines Schiedsspruches bindet ein Gericht eines anderen Staates nicht, auch hier handelt es sich um das Zugeständnis der rechtlichen Wirksamkeit in der jeweiligen Rechtsordnung. Folglich müsste die Antwort auf die unter C.), II.), 2.) (Hilmarton) gestellte Frage nach einer Privilegierung der Beziehung der Gerichte des Schiedsorts oder jener des Vollstreckungsstaates im Verhältnis zu einem internationalen Schiedsgericht, zu Gunsten letzterer ausfallen.

Mittlerweile ist die Hilmarton-Chromalloy Rechtsprechung als gefestigt anzusehen, wengleich

diese Konzeption in anderen Ländern bisher nur geringfügigen Anklang findet⁷⁵³.

D) Zusammenfassung und Würdigung

I) Regelungscharakter der Schiedsgesetzgebung

Die gesetzliche Regelung der Schiedsgerichtsbarkeit in England und Frankreich zeichnet sich zunächst durch einen unterschiedlichen Umfang der getroffenen Regelungen sowie der unterschiedlichen Bewertung von nationaler und internationaler Schiedsgerichtsbarkeit aus. Während England mit dem Arbitration Act 1996 eine umfassende Kodifizierung des Schiedsrechts vornahm, welche detailliert alle wesentlichen Aspekte des Schiedsprozesses regelt, beschränkte sich Frankreich auf das Festhalten der Grundkonzepte im Rahmen von sechzehn, relativ kurz und teilweise weitläufig formulierter Artikel, welche jedoch ausschließlich und speziell für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit konzipiert wurden. Dieses legislative Grundgerüst ist

⁷⁵³ Niggemann, Beilage 7 zu BB 2001, S. 11, 18 mit zwei weiteren Beispielen, sowie dem Hinweis auf in den USA und Belgien bestehende Tendenzen gleicher Art. Die Entscheidung Chromalloy wurde ebenfalls in den USA, dort durch das Distriktgericht Columbia für vollstreckbar erklärt, jedoch mit anderer Begründung als die französischen Gerichte.

notwendigerweise mit, im Rahmen der Rechtsprechung entwickelter Grundsätze anzureichern⁷⁵⁴. Somit erschließt sich das „vollständige“ französische Schiedsrecht erst durch Konsultation inländischer Entscheidungssammelungen, was die ursprünglich intendierte Zugänglichkeit für ausländische Praktiker wohl eher erschweren dürfte.⁷⁵⁵

Die französische Rechtsordnung nimmt die internationale Schiedsgerichtsbarkeit als eine Sondergerichtsbarkeit der im internationalen Handel Involvierten wahr. Die Regelungen der Art. 1492 ff. NCPC sind aus einer „internationalen Perspektive“, gewissermaßen aus Sicht einer internationalen „Gemeinschaft“ heraus verfasst⁷⁵⁶. Das Schiedsgericht wird dem gemäß nicht als integraler Bestandteil der nationalen Rechtsordnung verstanden⁷⁵⁷, es hat keinen

⁷⁵⁴ Beispielsweise wurde auf eine Regelung der „clause compromissoire“ und der hiermit zusammenhängenden Probleme verzichtet. In England finden sich Bestimmungen hierzu in sections 6-8 Arbitration Act 1996.

⁷⁵⁵ Siehe hierzu die Einleitung unter B.).

⁷⁵⁶ Art. 1495 NCPC soll in diesem Zusammenhang die Sicherung eines gewissen Mindestgehalts an Liberalität des französischen Rechts zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit für den Fall gewährleisten, dass dieses auf das Schiedsverfahren Anwendung findet.

⁷⁵⁷ Im Rahmen der Kontrolle des Schiedsspruchs durch die staatliche Gerichtsbarkeit ist dieses Prinzip nicht eindeutig zu

Forumstaat, dessen Recht es zu unterliegen hätte. Einzelne Regelungen lassen auf eine, aus dieser Wahrnehmung heraus notwendig erscheinende, Liberalität des schiedsgerichtlichen Verfahrens schließen. Dies betrifft etwa die grundsätzliche Freiheit der Parteien zur Gestaltung des Verfahrens, welche mangels diesbezüglicher Vereinbarung auch für das Schiedsgericht eröffnet ist (Art. 1494 NCPC). Der Regelungsanspruch des Verfahrensrechts des Schiedsortes wird mit dem anderer Rechtsordnungen, institutioneller Schiedsordnungen oder gar „freikomponierter“ Verfahrensvorschriften der Parteien gleichgestellt. Der Grundsatz der *lex loci arbitri* gilt hier nicht.

Anders als in England bestimmt sich die Internationalität des Schiedsverfahrens in Frankreich anhand der zugrundeliegenden Geschäftsoperation und folglich nicht an den Elementen des Schiedsverfahrens, etwa der Nationalität der Parteien. In Frankreich gilt ein rein wirtschaftliches Kriterium (Art. 1492 NCPC), in England wird einer formalen, juristischen Betrachtungsweise der Vorzug gegeben. Die

erkennen. Vergl. hierzu die Ausführungen im Folgenden unter 3.).

Wahrnehmung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit unterscheidet sich also zusätzlich noch in ihrem Anwendungsbereich.

II) Der rechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts

Zur Kennzeichnung dieses Bereichs drängt sich folgende, signifikante Formulierung auf: *„Bei der Organisation des Schiedsgerichts und der Bestimmung des Verfahrens, wie auch bei der Frage des anwendbaren Rechts auf den Sachverhalt, wurde die Autonomie des Parteiwillens an seine äußersten Grenzen geführt.“*⁷⁵⁸ Damit ist das Charakteristikum der französischen Regelung zum anwendbaren, materiellen Recht im Schiedsverfahren treffend beschrieben. Begrifflich werden zwei Kategorien von Entscheidungssystemen für das Schiedsverfahren genannt: Règles de droit (Art. 1496 NCPC) oder die Entscheidung nach Billigkeit (Art. 1497 NCPC). In den Bereich der règles de droit fallen sowohl staatliches als auch nichtstaatliches Recht. Im Schiedsverfahren werden sie damit als gleichwertige

⁷⁵⁸ Goldman in RdA 1981, S. 469, 471

Optionen angesehen und stehen insofern einheitlich als Entscheidung nach Recht dem Entscheid nach „Nichtrecht“ – (Billigkeit) gegenüber. Beide sind auf ausdrückliche Wahl der Parteien hin anwendbar. Ohne explizite Parteienwahl obliegt es, in Anwendung derselben „Freiheit“, allein dem Schiedsgericht, nach welchen Vorschriften es eine Entscheidung trifft⁷⁵⁹. Es muss sich lediglich im Rahmen einer Rechtsentscheidung bewegen (Art. 1496 NCPC), die Entscheidung nach Billigkeit ist nur bei ausdrücklicher Parteienwahl möglich. Zusammenfassend ließe sich formulieren, dass der Entscheidungsraum des Schiedsgerichts, abgesehen vom Entscheid nach Billigkeit, dem der Parteien entspricht und diesem grundsätzlich eine Heranziehung von Rechtsvorschriften jeder Herkunft und Komposition gestattet ist. Die den Beteiligten des Schiedsverfahrens eingeräumte Liberalität bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts steht in Einklang mit dem französischen Verständnis internationaler Schiedsgerichte als Sondergerichte des internationalen Handels, welcher zur adäquaten Regelung seiner

⁷⁵⁹ Fouchard in Gottwald, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 365, 389.

Verhältnisse eines flexiblen, rechtlichen Gestaltungsspielraumes bedarf. Dreh- und Angelpunkt ist hierbei die herausragende Bedeutung der Parteiautonomie, ausgeübt durch den Vertrag als signifikantestem Gestaltungsinstrument des internationalen Wirtschaftsraumes⁷⁶⁰. Mit der Regelung des Art. 1496 NCPC wurde diesem Aspekt so weitgehend wie möglich Rechnung getragen. Grenzen werden den Parteien und dem Schiedsgericht hierbei vor allem durch den *ordre public international* gesetzt. Die Abdingbarkeit zwingender staatlicher Vorschriften kann von den Parteien bei der Wahl der *lex causae* und im Rahmen vorgenannter Einschränkung der *ordre public international* grundsätzlich vereinbart werden. Soll es aber dem Schiedsgericht obliegen, die anwendbaren Vorschriften zu bestimmen, hat es sich dabei grundsätzlich an den legitimen Erwartungen der Parteien zu orientieren, was nicht ausschließt, eine unter Umständen einschlägige, zwingende, nationale Vorschrift zur Anwendung zu bringen⁷⁶¹. An dieser

⁷⁶⁰ Besonders hervorgehoben bei Loquin/ Ravillon in „La mondialisation du droit“, S. 91, 95 f..

⁷⁶¹ Derains in RdA 1986, S. 375, 383 ff.. Häufig wird es sich dabei um Vorschriften handeln, welche die streitgegenständliche Vertragspflichterfüllung im Land der Leistungserbringung

Stelle differieren die Gestaltungsmöglichkeiten von Schiedsgericht und Parteien, da dem übereinstimmenden Parteiwille als Grundlage des Schiedsverfahrens zum Teil eine größere Derogationsmöglichkeit beigemessen wird, als dem Schiedsgericht⁷⁶². Im Interesse einer ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung, die sich durch den Erlass eines gültigen und zumindest in einem potentiellen Vollstreckungsstaat vollstreckbaren Schiedsspruch auszeichnet, hat das Schiedsgericht gewisse (im Einzelfall zu bestimmenden) Einschränkungen bei der Rechtswahl bzw. Rechtsanwendung zu berücksichtigen. Dieses, im Übrigen begünstigende Regime, wird durch die französische Rechtsprechung mitgetragen. In einigen, berühmten Entscheidungen hatte diese Gelegenheit, *lex mercatoria* Regeln „als Entscheidung nach Recht“ zu qualifizieren. Ein kleiner Vorbehalt wurde aber dennoch angeführt. Nur wenn das Schiedsgericht nach solchen Regeln des internationalen

treffen, vergl. a.a.O., S. 407 f.; s.a. zum Ganzen auch Fouchard/Gaillard/ Goldman, S. 859 ff., Rdn., 1515-1536.

⁷⁶² Die Formulierung der Rechtswahlklausel ist hierfür im Einzelfall entscheidend, vergl. Derains a.a.O., S. 375, 390 f. dort v.a. S. 394 oben. Das Schiedsgericht hat dagegen, bestimmt es ein anzuwendendes Recht, dieses prinzipiell „als solches“ anzuwenden, ohne Abweichungen (a.a.O. S. 393).

Handels entschieden hat, die eine Sanktion durch die nationale Rechtsprechung erfahren haben, hat es eine Entscheidung nach Recht getroffen. Grundsätzlich handele es sich aber um eine Entscheidung nach Recht, wenngleich ohne Legitimität aus sich selbst heraus.

III) Das Verhältnis von nationalem Richter, Schiedsgericht und Schiedsspruch

Die französische Rechtsordnung versteht die internationale Schiedsgerichtsbarkeit als eigenständiges Phänomen. Internationale Schiedssprüche berühren die französische Rechtsordnung nicht in gleichem Maße wie rein nationale Schiedsentscheide, womit sie einer weniger intensiven Kontrolle durch die nationale Rechtsordnung unterliegen können. Dieser kennzeichnende Grundgedanke ist auch Anlass gewesen, nur die Einhaltung wesentlicher Anforderungen der französischen Rechtsordnung bei einer beantragten Aufhebung oder Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruchs zu überprüfen⁷⁶³. Auf eine inhaltliche Kontrolle des Schiedsentscheides

⁷⁶³ Ganz im Gegensatz zur umfangreichen Regelung zur Kontrolle von Schiedssprüchen in England.

während (wie etwa gemäß section 45 Arbitration Act 1996) oder nach Abschluss des Schiedsverfahrens wurde dabei ganz verzichtet. Der französische Richter nimmt während des Schiedsverfahrens nur eine Assistenzfunktion wahr, etwa sofern es um Unsicherheiten bei der Konstituierung des Schiedsgerichts geht (vergl. Art. 1493 Abs. 2 NCPC).

Gemäß Art. 1494 NCPC, durch welchen letztlich die Nichtanerkennung des *lex loci arbitri* Grundsatzes zum Ausdruck kommt, hat der Schiedsort keinerlei Einfluss auf die anzuwendenden Verfahrensvorschriften. Eine weitgehende Delokalisierung des Schiedsverfahrens ist die Folge. Dieses Konzept wird grundsätzlich auch von der französischen Rechtsprechung mitgetragen. Einschränkend wirkt in diesem Zusammenhang jedoch die Aufhebungskompetenz der französischen Gerichte nach Art. 1504 i.V.m. 1502 NCPC, durch welche eine rechtliche Anbindung des internationalen Schiedsspruchs an die Gerichtsbarkeit des Forumstaates bewirkt wird. Das Verhältnis eines internationalen Schiedsspruchs zur Rechtsordnung des (französischen) Schiedsortes ist damit nicht eindeutig geklärt. Nach der Position der französischen Hilmarton-Chromalloy-Rechtsprechung werden internationale Schiedssprüche

nämlich als „nicht in die Rechtsordnung des Landes des Schiedsortes integriert“ angesehen. Zwar wurde zu dieser Unstimmigkeit von Rechtsprechung und Gesetzeslage ausgeführt⁷⁶⁴, dass der Aufhebungskompetenz der Gerichte des Schiedsortes aufgrund der Position der französischen Rechtsprechung, sowie der Konvergenz von Aufhebungs- und Vollstreckungsverweigerungsgründen kaum eine eigenständige Bedeutung zukommen könne, wenn der Schiedsentscheid auch in Frankreich vollstreckt werden soll. Eine vollständige Ignorierung dieser gesetzlich vorgegebenen Kompetenz ist aber nicht möglich. Folglich findet die von der Rechtsprechung angenommene Internationalität des Schiedsspruchs und der damit assoziierten Loslösung aus einer nationalen Rechtsordnung eine Einschränkung durch das nationale, französische Recht, was dem Konzept einer völligen Delokalisierung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in Frankreich insoweit entgegensteht. Die Aufhebungsgründe und die Gründe zur Verweigerung der Anerkennung und Vollstreckung eines internationalen Schiedsspruches in

⁷⁶⁴ Vergl. die Ausführungen oben unter C.), II.), 2.) und 4.).

Frankreich sind übereinstimmend in Art. 1502 NCPC aufgeführt und enthalten, abgesehen von dem Verstoß gegen eine explizite Parteivereinbarung, keine Möglichkeit im Falle einer Anwendung von *lex mercatoria* einzugreifen.

3. Teil: Lex mercatoria in der deutschen Rechtsordnung

1.Kapitel: Rechtsgeschichtliche Entwicklung

Die historische Einführung erfolgt hier nur noch in den wesentlichsten Grundzügen.

A) Die mittelalterliche lex mercatoria bis zum Ende des 15. Jahrhunderts

I) Der politisch-geographische Rahmen

Das heilige römische Reich war gekennzeichnet durch territoriale Zersplitterung und eine kaiserliche Zentralgewalt, welche sich einem ständigen Spannungsfeld zu den Machtansprüchen der Kirche⁷⁶⁵ und der Landesherren⁷⁶⁶ ausgesetzt sah und eine

⁷⁶⁵ Als Höhepunkt dieser Streitigkeiten gilt der Investiturstreit zwischen Heinrich IV und Papst Gregor VII, um 1075 bis 1077.

⁷⁶⁶ Die seit dem Tod Heinrichs des V (1125) erstmals vollzogene Kaiserwahl durch die Landesherren zwang dem Kaiser im Verlauf der Entwicklung mehr und mehr territoriale und politische Zugeständnisse ab, um der Gunst der zur Wahl berufenen Kurfürsten gewiss zu sein. Als eines der ersten und wichtigsten Reichsverfassungsgesetze galt die Goldene Bulle von

kontinuierliche, einheitliche Reichspolitik in immer geringerem Masse gewährleisten konnte.

Unter Einfluss der Städtebildung in Italien wurden im Verlaufe des 12. und 13. Jahrhunderts zunehmende Städtegründungen auf deutschem Territorium verzeichnet, in denen sich im Rahmen von Märkten und Messen ein prosperierender Handel abspielte. Dies brachte die Entstehung eines mächtigen Kaufmannstandes mit sich, welcher durch die genossenschaftlichen Zusammenschlüsse in Gilden erheblichen Einfluss auf die Stadtrechtsbildung nach Maßgabe seiner Bedürfnisse nahm.⁷⁶⁷ Diese Entwicklung wurde durch den Partikularismus und die relativ schwachen Zentralgewalten begünstigt. Eine einheitliche Rechtsetzung staatlicherseits war daher schwer möglich, so dass die Händler im Rahmen der Städte dieses Regelvakuum zu füllen wussten. Ebenso wie in England und Frankreich war dieses Recht in erster Linie lokales Gilderecht, welches jedoch übergreifende Parallelen mit

1356, in der die gegenseitigen Rechte von Kaiser und Landesherren niedergelegt waren.

⁷⁶⁷ Gierke, Band I, S. 11 f..

den Rechten anderer Markt- und Messezentren aufwies.⁷⁶⁸

II) **Ausnahmeerscheinung: Die deutsche Hanse**

Eine Sonderrolle im deutschen Rechtskreis nahm dabei die Hanse ein⁷⁶⁹. Dieser Zusammenschluss von Kaufleuten und Handelsstädten für den Aussenhandel⁷⁷⁰ war zu seiner Blütezeit maßgeblich an der Entstehung von Gewohnheitsrecht beteiligt, welches zum Teil in Ordinanzien niedergelegt und insbesondere im Bereich des Seerechts unter dem Namen Seerecht von Wisby aufgezeichnet wurde.⁷⁷¹ Die deutsche Hanse wies die wohl engste, bekannteste Integrations- und Organisationsdichte eines privaten Handelszusammenschlusses auf, eine Art überregionale Gemeinschaft von Händlern, welcher gleichzeitig ein

⁷⁶⁸ Vergl. oben 1. Teil, 1. Kapitel unter B.) I.), 3.) und 2. Teil, 1. Kapitel unter A.), I.). Zustimmend Coing, *Europäisches Privatrecht I*, S. 521, der jedoch betont, dass keine vollkommene Einheitlichkeit bestand sondern auch lokale Bräuche berücksichtigt wurden.

⁷⁶⁹ Vergl. ausführlich zu dieser Rehme in Ehrenberg, *Geschichte des Handelsrechts*, S. 137 ff..

⁷⁷⁰ Darunter ist auch der interpartikulare Handel zwischen verschiedenen Städten zu verstehen, vergl. Rehme a.a.O. auf S. 135 f..

⁷⁷¹ Rehme, S. 139 ff..

hoher politischer und militärischer Einfluss zukam. Seit dem Ende des 15. Jahrhunderts schwand deren Einfluss jedoch, was mit dem fehlenden Rückhalt eines einheitlichen, nationalen Staatswesens, der Bildung von Stadtratsaristokratien, dem Vordringen der Niederlande im nordischen Raum sowie schließlich der Zäsur des dreißigjährigen Krieges zusammenhing.⁷⁷²

B) Verwissenschaftlichung des Handelsrechts ab dem 15. Jahrhundert

Mit dem Erstarren der Landesherrn, bedingt durch eine geschwächte Reichsgewalt, wuchs deren Anteil an der Handelsgesetzgebung. Unter der Maßgabe von Produktions- und Absatzsteigerung entstand durch reziproke fürstliche Rechtsetzung das Merkantilsystem auf dem territorial zersplitterten Raum des Heiligen Römischen Reichs.⁷⁷³ Dieses Erstarren der Landesherrn führte auch zu einer umfassenden Eingliederung der meisten, einst „freien“ Städte⁷⁷⁴. Das Handelsrecht wurde vornehmlich partikular durch die Fürsten gesetzt, staatliche Gesetze traten somit häufig an die Stelle des

⁷⁷² Zum Ganzen Rehme, S. 191 f..

⁷⁷³ Lammel in Coing, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, II/2, S. 623 f..

⁷⁷⁴ Rehme, S. 193 f..

Gewohnheitsrechts⁷⁷⁵. Auf Grund voranstehendem konnte es nicht zu einer umfassenden Gesetzgebung vergleichbar der französischen „ordonnance du commerce“ von 1673 kommen. Vielmehr erließen die einzelnen Länder jeweils eigene Gesetze, von denen beispielhaft die Bozener Marktprivilegien oder die Statuta Mercantiae von Brixen zu nennen sind⁷⁷⁶. Die Heterogenität des deutschen Rechtsraums konnte natürlicherweise auch nicht zu einer einheitlichen wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem entstehenden Recht führen. Dementsprechend war sie weit weniger ausgeprägt als in den europäischen Nachbarländern⁷⁷⁷, von universalerer Bedeutung und daher hervorzuheben war etwa das Werk des Lübeckers Johann Marquard, „Tractatus politico-juridicus de iure mercatorum et commerciorum singulari von 1662⁷⁷⁸. Mangels konzentrierter Sammelungen von Rechtsprechung und Gesetzgebung nahmen die Praktiker in der wissenschaftlichen Behandlung des

⁷⁷⁵ Gierke, S. 13.

⁷⁷⁶ Lammel a.a.O., S. 625; eine Aufzählung verschiedener Gesetze findet sich bei Rehme, S. 198-200.

⁷⁷⁷ Ausführlich zum Zustand der deutschen Handelsrechtswissenschaft in dieser Zeit Goldschmidt, ZHR 1,1858, S. 1 ff..

⁷⁷⁸ Rehme, S. 201; Meyer, S. 61.

Handelsrechts keine bedeutende Rolle ein, diese blieb der Rechtslehre vorbehalten. Kennzeichnend für deren Tätigwerden waren Monographien⁷⁷⁹, welche in Methodik und Darstellung vielfältig bis gegensätzlich und keineswegs nur unter Berücksichtigung des usus modernus verfasst wurden⁷⁸⁰. Mit der im Laufe des 17. Jahrhunderts zunehmenden Nationalisierung des Rechtsverständnisses entstand ein Gegensatz zu dem konstanten Komplex des römischen Rechts, welcher jedoch nicht zu einer Synthese beider Bereiche, sondern einer Perpetuierung desselben führte. Dies vollzog sich anhand der differenzierten Wahrnehmung des geltenden Rechts unter dem Aspekt des römisch-gemeinen Rechts einerseits und dem des deutschen Privatrechts andererseits, zu welchem auch das Handelsrecht gerechnet wurde⁷⁸¹.

Die erste umfassende Gesamtregelung des Handels- und Gewerberechts fand sich im Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten vom 5.2.1794 und wurde dort als ständisches Recht geregelt.

⁷⁷⁹ Mangels einheitlicher Gesetzgebung als kommentierbarem Kristallisationskern.

⁷⁸⁰ Ausführlich Scherner in Coing, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, II/1, S. 927-930.

⁷⁸¹ Scherner a.a.O., S. 929 f..

C) Nationalisierung des Handelsrechts

Erst im 19. Jahrhundert kam es zu einer nationalen Vereinheitlichung des Handelsrechts in Form des ADHGB (Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch), welches 1869 zum Gesetz des Norddeutschen Bundes und sodann zum Reichsgesetz erhoben wurde.⁷⁸² Damit gelangte auch die Handelrechtswissenschaft zu hoher Blüte⁷⁸³, durch deren vergleichende Arbeiten über die verschiedenen Partikularrechte letztlich die entscheidenden Vorbereitungen für eine gesetzgeberische Rechtsvereinheitlichung geschaffen wurden⁷⁸⁴.

Nach Einführung des BGB wurde das ADHGB aus Adaptionsbedürfnissen einer Revision unterzogen und als HGB am 10.5. 1897 erlassen. Mit diesen Kodifizierungen war die staatlich dirigierte Nationalisierung des Handelsrechts abgeschlossen.

⁷⁸² Gierke, S. 17 und 19.

⁷⁸³ Gierke, S. 17 und 19; ähnlich Goldschmidt in ZHR 1, 1858, S. 1, 11.

⁷⁸⁴ So Rehme, S. 235.

D) Würdigung

Auffallend ist, dass der deutsche Rechtsraum durch seine, historisch bedingte, „Rechtszerrissenheit“ erst verspätet zu einer Vereinheitlichung finden konnte. Die in Frankreich relativ frühzeitig entwickelte nationale Einheit erlaubte der insoweit handlungsfähigen Zentralgewalt einen direkten, in ihrem Ermessen stehenden „Zugriff“ auf das bestehende Handelsgewohnheitsrecht und dessen entsprechende, einheitliche Modellierung. Diese Angleichung erfolgte im Deutschen Reich durch einen zeitintensiven Prozess wissenschaftlicher Behandlung der vorhandenen, staatlichen Partikularrechte. Die wegweisende Funktion der englischen Gerichtsbarkeit bei der Zuführung des Handelsrechts zum nationalen common law, erfüllte in gewisser Weise die deutsche Rechtswissenschaft durch ihre vorbereitenden Arbeiten, welche durch die politische Einheit in der nunmehr nationalen Gesetzgebung ihren Niederschlag fanden.

2. Kapitel: Universelles Handelsrecht in der deutschen Rechtsordnung des 21. Jahrhunderts

A) Lex mercatoria in der deutschen Rechtswissenschaft

Ebenso wie im Bereich der französischen Rechtsordnung soll auch hier einer Darstellung von in der deutschen Rechtswissenschaft vertretenen, signifikanten Ansichten der entsprechende Raum gewidmet werden.

I) Otto Sandrock

Sandrock lehnt die Theorie einer lex mercatoria ab. Kernaussage seiner Ausführungen ist dabei jedoch nicht die Negierung ihrer Existenz als solcher, sondern die richtige Zuordnung ihres „vermeintlichen“ oder vorgeblichen Inhalts. Einleitend weist er bereits auf eine nicht bestehende Autonomie dieser, gegenüber staatlichen Rechtsordnungen hin, was er auf ihre inhaltliche Lückenhaftigkeit zurückführt, die durch kollisionsrechtlich ermittelte Regeln (notwendigerweise)

zu ergänzen ist.⁷⁸⁵ Sie kann also nicht die Funktion eines eigenständigen Rechtssystems erfüllen. Des Weiteren soll es sich bei einheitlich angewandten Regeln der internationalen Kaufmannschaft⁷⁸⁶ nur um eine internationale Standardisierung nationalen Gewohnheitsrechts oder um Handelsbräuche handeln, welche durch Transformation in die nationalen Rechte eingegliedert wurden. Die Transformation erfolge durch völkerrechtliche Verträge zwischen Staaten oder eine in der lex fori, beziehungsweise in dem von den Parteien gewählten Regelwerk bestehenden Bestimmung (etwa § 346 HGB).⁷⁸⁷ Für Sandrock sind diese Regeln also parallel-einheitlich,⁷⁸⁸ einer Einordnung in die klassische Rechtsquellenlehre steht für ihn damit nichts im Wege.⁷⁸⁹ Sandrocks Ansatz beinhaltet eine

⁷⁸⁵ Sandrock in „Rechtsfortbildung durch internationale Schiedsgerichtsbarkeit“, S. 21, 77.

⁷⁸⁶ Wie die INCOTERMS oder die einheitlichen Richtlinien für Dokumentenakkreditive.

⁷⁸⁷ Sandrock a.a.O., S. 78. Bei letzterem Fall hält Sandrock den Begriff der Rezeption für treffender.

⁷⁸⁸ Dieses Konzept ist nicht mit einer universal-einheitlichen Geltung solcher Regeln gleichzusetzen. Letztere versteht sich als von der internationalen Kaufmannschaft für ihre Bedürfnisse geschaffenen Regeln, welche höchstens zufällige Gemeinsamkeiten mit einer nationalen Rechtsordnung haben. Zumindest bedürfe ihre Geltung nicht einer Inkorporation durch nationale Gesetzgeber.

⁷⁸⁹ A.a.O., S. 78.

Nationalisierung solcher „Regeln der Praxis“. Damit kann auch nur eine staatliche Sanktion die Gültigkeit solcher Regeln begründen, womit eine „societas mercatorum“ als tauglicher Normsetzer ausscheidet. Es bleibt folglich nur die staatlich gelenkte Rechtsvereinheitlichung in diesem Bereich.

Für den Fall, dass es an einheitlichen Regeln fehle, kann eine Ergänzung durch eine komparative Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze erfolgen.⁷⁹⁰ Eine solche Ermittlung müsste sich dann jedoch anhand aller repräsentativen Rechtsordnungen der Welt vollziehen, womit das Schiedsgericht überfordert wäre.⁷⁹¹ Kann aber eine Ermittlung des anzuwendenden Rechtssatzes nicht erreicht werden, würde dem Schiedsgericht hier letztlich ein Entscheidungsspielraum eingeräumt, der nicht zu rechtfertigen ist. Die Grenzen zu einem Entscheid nach Billigkeit wären (dann) verwischt.⁷⁹²

⁷⁹⁰ So der von Sandrock (a.a.O.) aufgegriffene Ansatz von Befürwortern einer *lex mercatoria*.

⁷⁹¹ Sandrock in „Rechtsfortbildung durch internationale Schiedsgerichtsbarkeit“, S. 21, 79. Er fügt hinzu, dass auch die Rechtswissenschaft nicht in allen Fragen rechtsvergleichend vorgearbeitet hat bzw. arbeiten kann, womit auch ein Rückgriff auf zutreffende Abhandlungen nur begrenzt möglich ist.

⁷⁹² Sandrock a.a.O..

Dass sich verschiedene *lex mercatoria* Rechtssätze auch in nationalen Rechten beziehungsweise dem Völkerrecht finden lassen ist nicht verwunderlich⁷⁹³. Die Entstehung solcher Regeln in der Praxis oder im Rahmen der Schiedsrechtsprechung findet ihren Ursprung in dem rechtlichen Hintergrund der Beteiligten. Mögen sie eine sozial von den nationalen Gesellschaften trennbare Gruppierung mit Bedarf an eigenen, ihrem Milieu angepassten Regeln bilden, ihre Herkunft trägt dazu bei, dass eine Anreicherung des Bestandes an Regeln des internationalen Handels natürlicherweise aus den Rechtssätzen der nationalen Rechtsordnungen resultieren oder mit solchen zusammenfallen kann. Das eine staatliche Sanktion das einzige Kriterium zur Bestimmung und Klassifizierung dieser Regeln sein soll erscheint jedoch unzureichend und vor allem mit der existenznotwendigen Zweckmäßigkeit dieser Regeln bei der Lösung internationaler Wirtschaftssachverhalte schwer vereinbar.⁷⁹⁴

⁷⁹³ Bereits Goldman und vor allem Loquin verweisen auf die verschiedenen Quellen eines Sonderrechts des internationalen Handels, vergl. oben im 2. Teil, 2. Kapitel, A.), I.) und IV.).

⁷⁹⁴ In diesem Punkt ist auf die zutreffenden Ausführungen Loquins (2. Teil, 2. Kapitel, A.), IV.) zu verweisen, der das Kriterium der Geeignetheit für die Ermittlung einer Regel des internationalen Handels hervorhebt. Dies steht in Einklang mit

II) Peter Schlosser

Peter Schlosser unterzieht die Vorstellung eines gewohnheitsrechtlich entstandenen, anationalen Handelsrechts einer ausführlichen, „kritischen Würdigung“. Ansatz seiner Kritik ist dabei die im Zusammenhang mit einem anationalen Handelsrecht kursierende Vorstellung, dass Rechtsbeziehungen unter Vertragsparteien völlig aus einem nationalen Recht herausfallen und gänzlich einem anationalen Handelsrecht unterliegen könnten⁷⁹⁵. Schlosser ignoriert dabei nicht die Tatsache, dass sich einzelne Regeln eines transnationalen Gewohnheitsrecht entwickeln können. Recht kann für ihn jedoch nur im Rahmen einer organisierten Rechtsgemeinschaft entstehen, die allein in der Lage ist, einem Rechtsbruch Sanktionen folgen zu lassen. Die Wahrscheinlichkeit des Sanktionseintritt soll dabei Voraussetzung des Rechtscharakters einer Norm

der von Stein (S. 248, dort v.a. Fn. 87) hervorgehobenen Bedeutung, Standards bei der Entwicklung einer materiellen Vertragsgerechtigkeit im internationalen Wirtschaftsverkehr zu schaffen. Die Vorstellung, dass nur ein Staat zur Bestimmung solcher Regeln berufen sein könne geht wohl an der durch die Praxis geschaffenen Realität vorbei.

⁷⁹⁵ Schlosser, „Das Recht der internationalen, privaten Schiedsgerichtsbarkeit“, S. 149, Rdn. 197.

sein⁷⁹⁶. Diese Kriterien erfülle in organisatorischer Hinsicht eine Gemeinschaft der international tätigen Kaufleute nicht. Auch könne aus der Existenz einer (internationalen) Handelsschiedsgerichtsbarkeit nicht das Bestehen derartiger Sanktionen abgeleitet werden. Schlosser unterstreicht, dass es kein internationales Sanktionssystem gibt, bzw. ein solches bisher nicht nachgewiesen wurde. Jegliche Sanktionsmöglichkeit ergebe sich allein aus dem nationalen Recht. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass sich im Rahmen einer staatlicherseits gewährten, individuellen Gestaltungsfreiheit bei vertraglichen Beziehungen im Bereich des internationalen Handels gewisse Konformitäten herausbilden. Dies sei ein Phänomen, welches ebenso im nationalen Recht zu beobachten sei und welches folglich nicht geeignet ist, zur Begründung einer autonomen, das staatliche Recht überlagernden Rechtsquelle zu dienen⁷⁹⁷. Vorformulierte, allgemeine Geschäftsbedingungen, seien sie inhaltlich noch so abschließend im Rahmen des jeweiligen Wirtschaftsbereiches, werden nicht kraft eigener Spontaneität zu objektivem Recht. Im Übrigen kann

⁷⁹⁶ Schlosser a.a.O..

⁷⁹⁷ Schlosser, S. 149 f., Rdn. 198.

eine gleichlautende Vertragspraxis nicht zu Gewohnheitsrecht werden, da es an einer allgemeinen *opinio iuris* fehle, welche den typischen Inhalt vorformulierter Verträge auch ohne vertragliche Bezugnahme zum Wertungsmaßstab für die Vereinbarung der Parteien macht⁷⁹⁸.

Auch das, was als Inhalt einer *lex mercatoria* proklamiert wird, besteht nach Schlosser aus simplen, juristischen Allgemeinplätzen, Konkretisierungen allgemeiner Rechtsgedanken oder werde gelegentlich sogar „aus der Luft gegriffen“⁷⁹⁹.

Schließlich zeige sich die Nichtexistenz eines anationalen, für die Parteien verbindlichen Handelsgewohnheitsrechts auch anhand der Tatsache, dass es noch nie zu einer entsprechenden Anwendung durch staatliche Gerichte kam. Zudem vermag es, mangels zugeordneter, institutionalisierter Macht, auch nicht die Funktion objektiven Rechts erfüllen, welche im Schutz der jeweils schwächeren Partei liege. Somit

⁷⁹⁸ Dies betrifft die weithin geläufige, auch von sogenannten *lex mercatoria* Anhängern vorgenommene Differenzierung von Handelsbräuchen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen, vergl. hierzu Gaillard in *Mélanges Bellet*, S. 203 ff..

⁷⁹⁹ Vergl. Schlosser, S. 151 f., Rdn. 200.

müsse sich ein solches (anationales) Recht zwangsläufig zu einer geronnenen Macht des Stärkeren entwickeln⁸⁰⁰. Schlossers Kritik weist weitgehende Parallelen zu den Ausführungen Sandrocks auf. Beide sehen eine Entstehung von Recht allein als Resultat einer staatlichen Sanktion an und ordnen, insofern folgerichtig, die vorgeblichen Inhalte einer *lex mercatoria* den nationalen Rechtsordnungen zu, bzw. halten sie für relativ unspezifische, allgemeine Grundsätze. Eine eigenständige Rechtsordnung oder Rechtssetzungsgemeinschaft wie sie ein Staat verkörpere kann einem anationalen Handelsgewohnheitsrecht nicht zugeschrieben werden. Leider geht auch diese Kritik zum Teil am Objekt des „Anstoßes“ vorbei oder über dieses hinaus. Zunächst versteht es sich von selbst, dass letztlich alle Fragen der rechtstheoretischen Abkehrung von einem streng positivistischen Ansatz dem (zumindest) faktisch vorhandenen Wohlwollen des oder der implizierten Staaten unterworfen sind. Dies ergibt sich aus der bestehenden politischen Ordnung und des damit verbundenen Kräfteverhältnisses, welches niemand in Frage stellt. Es geht bei der Frage nach

⁸⁰⁰ Schlosser, S. 154, Rdn. 202.

einem anationalen Handelsgewohnheitsrecht⁸⁰¹ aber vielmehr um die Tatsache, dass Private, innerhalb der so zuerkannten „Autonomie“, eigene Regeln für ihre Bedürfnisse entwickeln, deren Bruch mit Sanktionen entgegengetreten werden kann (soweit die entsprechende private Organisation diese vorsieht) und die im Rahmen ihrer Streiterledigung auf Mechanismen zurückgreifen, die ihren Bedürfnissen so weitestgehend wie möglich entgegenkommen. Innerhalb dieses Rahmens findet ein „rechtliches Ordnen“ der täglichen Transaktionen statt, das in seiner so wahrgenommenen Funktion in eine, einer staatlichen Rechtsordnung der Struktur nach vergleichbaren, Rolle „hineinwächst“⁸⁰². Die von Schlosser vorgenommene Kritik - für sich betrachtet völlig stichhaltig - muss sich daher den Vorwurf gefallen lassen, an einer Stelle anzusetzen, die

⁸⁰¹ Der von Schlosser verwandte Begriff soll der Einfachheit halber hier mit dem der *lex mercatoria* gleichgesetzt werden um unnötige Verkomplizierungen bei der Argumentation zu vermeiden.

⁸⁰² Dies ist ein ständiger, sich verdichtender Prozess, dessen inhaltliche Essenz noch nicht mit den Regelwerken staatlicher Rechtsordnungen vergleichbar ist, aber mit der Veröffentlichung der UNIDROIT Prinzipien mittlerweile eine beeindruckende Bilanz aufweisen kann.

von dem Objekt der Kritik so grundsätzlich nicht beansprucht wird⁸⁰³.

III) Hans-Joachim Mertens

Mertens beginnt in seiner Abhandlung zur „Rechtsvereinheitlichung des transnationalen Wirtschaftsrechts“ mit einer Qualitätsprüfung der legislatorischen Rechtsvereinheitlichung⁸⁰⁴. Diese erweise sich häufig als nicht bedarfsgerecht und für die wirtschaftlichen Bedürfnisse viel zu schwerfällig, langsam und lückenhaft.⁸⁰⁵ Insbesondere stelle sie häufig einen Kompromiss verschiedener, juristisch-dogmatischer Ansätze dar, der die praktische Richtlinienfunktion vernachlässigt oder wenigstens überlagert.⁸⁰⁶ Die Vereinheitlichung erfolgt auf

⁸⁰³ Soweit erkennbar war es nur Schmitthoff, welcher den Ausgangspunkt der Diskussion, nämlich die Frage der Zuordnung der Parteiautonomie, außerhalb einer staatlicherseits zu gewährenden Legitimation ansiedelte. Vergl. oben im 1. Teil, 2. Kapitel, C.), I.).

⁸⁰⁴ Damit lassen sich Mertens Ausführungen in Beziehung zu dem von Sandrock verteidigten Ansatz der notwendigen staatlichen Sanktion international verwendeter Rechtssätze setzen.

⁸⁰⁵ Mertens in RabelsZ 1992, S. 219, 220.

⁸⁰⁶ Die häufig im Vordergrund stehenden nationalen Besonderheiten werden ungern aufgegeben (hierauf weist Bonell hin, RabelsZ 1992, S. 274, 279). Ein Kompromiss, wurde er denn gefunden, wird nicht selten durch den Abschluss unzähliger

Ausschnitten von Rechtsgebieten (was vielfach zu einem Torsoeinheitsrecht führe) und erzeugt, aufgrund der Schwierigkeit ihrer Abänderung, eine Art Veränderungssperre. Hinzu komme die immer komplizierter werdende Verflechtung einheitsrechtlicher Regelungen von beschränkter Reichweite und unterschiedlicher Kohärenz zum jeweils verbleibenden nationalen Recht, womit diese Form der Rechtsvereinheitlichung ihrem Nimbus der Rechtsvereinfachung nicht gerecht wird.⁸⁰⁷ Nach dieser Bewertung einer legislatorisch vorgenommenen Rechtsvereinheitlichung wendet sich Mertens der Frage nach der Existenz eines transnationalen

Zusatzprotokolle oder Schwierigkeiten bei der Bestimmung des anwendbaren internationalen Regelwerks konterkariert. Ernst von Caemmerer (in „The sources of the law of international trade“, S. 88, 95 f.) gibt ein anschauliches Beispiel für die praxisorientierte Lösung des Problems des Gefahrübergangs durch Incoterms – ein Bereich in dem nationale Rechtsordnungen häufig differieren, weil sie diese Frage bspw. an den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, den Eigentumsübergang oder die Besitzübergabe knüpfen und insoweit nationalen Eigenheiten unterliegen „müssen“.

⁸⁰⁷ Mertens bedient sich der Allegorie des „Flickenteppichs“ zur Beschreibung des Bestandes staatlicher Rechtsvereinheitlichung. Bezüglich des europäischen Einheitsrechts wurden bereits ähnliche Stimmen geäußert, vergl. oben im 1. Teil, 2. Kapitel A.), II.).

Wirtschaftsrechts zu, wobei er folgende Überlegung zu Grunde legt:

Die Existenz eines transnationalen Wirtschaftsrechts zu leugnen hieße streng genommen, dass im internationalen Bereich keine Regeln oder Argumente angewendet werden, die nicht aus einer nationalen Rechtsordnung hergeleitet oder durch eine solche gerechtfertigt sind.⁸⁰⁸

Einen diesbezüglichen Nachweis zu führen wäre sicherlich schon auf Grund der Anzahl und Diversität der zur Entscheidung berufenen Gremien⁸⁰⁹ aussichtslos. Dies scheint auch nicht notwendig, angesichts der Tatsache, dass die jeweils berufenen Instanzen bereits kraft ihrer Natur und ihrer Begründung eine (mehr oder weniger) eigenständige Dialektik zu verfolgen haben um ihrer zugewiesenen Aufgabe gerecht werden zu können.⁸¹⁰ Bezeichnet man vor diesem Hintergrund die rechtspraktische

⁸⁰⁸ Mertens in RabelsZ 1992, S. 219, 229.

⁸⁰⁹ Alle bilateralen und multilateralen Organisationen, Verbände oder Vereinigungen, welche in ihrem Operationssektor Regeln verfassen oder Entscheidungen treffen, welche nicht allein die nationalstaatliche Rechtsordnung betreffen, müssten ihre Entscheidungsfindung und die möglichen Quellen der von Ihnen getroffenen Dispositionen darlegen und zurückverfolgen.

⁸¹⁰ Mertens nennt das Beispiel des Europäischen Gerichtshofs, der ohne Befolgung einer autonomen Auslegung des Gemeinschaftsrechts unfähig wäre seine Aufgabe zu erfüllen (a.a.O. auf S. 229).

Verwendung von Argumenten und Normen durch solche Gremien (ohne eindeutige Klärung der Frage, ob sie einem bestimmten nationalen Rechtssystem zugehören) als transnationales Wirtschaftsrecht, bestehen an dessen Existenz und Maßgeblichkeit keine Zweifel. Sind solche Gremien durch Staaten gegründet worden, ergibt sich bereits hieraus eine entsprechende Billigung, bzw. Legitimation für deren „Normschöpfung(en)“.

Qualität und Richtigkeit eines transnationalen Wirtschaftsrechts zu bestimmen erfordert sodann Überlegungen über dessen Vereinbarkeit mit dem Rechtsbegriff. Dieser wird von Mertens aus einer theoretischen, empirischen und einer dogmatischen Sicht heraus untersucht. Die theoretische Herleitung dessen was Recht ist und sein kann an eine definierte Instanz zu knüpfen und auf diesem Wege einen Verbindlichkeitsanspruch zu produzieren, welcher sich letztlich auf unter bestimmten Gesichtspunkten getroffenen, subjektiven, menschlichen Überzeugungen bei der Lösung eines sozialen Konflikts stützt, erteilt

Mertens eine deutliche Absage.⁸¹¹ Auch aus empirischer Sicht sei eine überzeugende Rechtfertigung für die beanspruchte Legitimation zur „Rechtsdetermination“ nicht herzuleiten. Der dem juristischen System inhärente Zweck Entscheidungen zu erzeugen, indem Instanzen zur verbindlichen Erklärung des „letzten Wortes“ eingesetzt werden, stellt sich letztlich als eine, den Parametern einer bestimmten Dialektik⁸¹² folgende Meinungsäußerung dar, welche für sich die Mitteilung einer aus höherer Ordnung gewonnenen Erkenntnis beansprucht⁸¹³. Zwar mag dies dem derzeitigem zivilisatorischem Entwicklungsstand entsprechen⁸¹⁴,

⁸¹¹ Mertens a.a.O. S. 231 f.. Nach Mertens ist die Frage, was seinem Wesen nach das richtige Recht ist nicht mit der menschlichen Festlegung bestimmter (politischer) Instanzen als Sanktionsorgan zu lösen.

⁸¹² Diese richtet sich nach Rechtsgebiet und Instanz und wird außerdem durch normative Festlegungen, eingespielte Routinen und problematisierungsfeindliche Mechanismen innerhalb des judiziellen Entscheidungsapparats eingeengt. Die Jurisprudenz ist so gesehen ein durch die politische Gewalt mehr oder weniger regulierter Meinungsmarkt, besetzt mit verschiedenen, institutionellen Marktführern, welche sich argumentativ auf einer, innerhalb ihrer Rechtsgesellschaft anerkannter sprachlichen Ebene bewegen. Siehe i.e. Mertens, a.a.O. auf S. 233.

⁸¹³ Mertens in Rabels/ 1992, S. 219, 232-235, dort v.a. S. 235.

⁸¹⁴ Zumindest erscheint unser offenes Rechtssystem (aus einer historischen Betrachtung heraus) eine bedeutende Leistung menschlicher Evolution zu sein, garantiert sie doch in

entscheidend ist jedoch, dass dies nicht ein absoluter und sicher auch kein abgeschlossener Zustand sein kann.⁸¹⁵ So stellt sich ein Festhalten an einer rein positivistisch geprägten Überzeugung, nach der bestimmte Rechtserzeugungsverfahren allein zur Generierung von Rechtssätzen und Rechtsargumenten in Betracht kommen, nur als ein dogmatischer Ansatz dar, dessen Gültigkeit sich relativ, nach den maßgeblichen Normen eines konkreten Rechtssystems bestimmen lässt.⁸¹⁶

Die Bedenken gegen die Annahme einer allein maßgeblichen staatlichen Erzeugung von „Recht“⁸¹⁷ werden begleitet von faktischen Unzulänglichkeiten eines staatlichen Rechtserzeugungsmonopolisten die, angesichts des Umfangs des Rechtsbedarfs in modernen Gesellschaften und der Dynamik des gesellschaftlichen Strukturwandels einen reinen Staatspositivismus

vergleichsweise bewundernswertem Maße das friedliche menschliche Zusammenleben (Mertens a.a.O. auf S. 236).

⁸¹⁵ In diesem Zusammenhang sind auch auf die „Aufrufe“ von Mertens (a.a.O., S. 241 „...der Jurist müsse sich als behutsamer Förderer der Dynamik die das Leben in das Recht trägt erweisen“) und Grossman-Doerth (s. bereits oben 1. Teil, 2. Kapitel, A.), I. 2.) c.) zu erwähnen.

⁸¹⁶ Mertens a.a.O. auf S. 237.

⁸¹⁷ Die Erkenntnisgrundlage für eine Einteilung von Recht und Nichtrecht wird von Mertens gar als brüchig und auf Einbildung beruhend beschrieben (a.a.O. auf S. 238).

illusionär erscheinen lassen müssen⁸¹⁸. Zur Rechtsqualität des transnationalen Wirtschaftsrechts stellt Mertens daher fest, dass es zumindest nicht deshalb kein Recht ist, weil es sich nicht auf eine staatliche Gesetzgebung zurückführen lässt.⁸¹⁹

„Letztlich entscheide nicht das Recht, was Recht ist, sondern die Normanwendung muss immer neue Kompromisse mit dem Leben suchen“⁸²⁰.

Die Normen des transnationalen Wirtschaftsrechts gebieten jedoch nicht allein kraft ihrer Existenz die Befolgung. Sie bedürfen vielmehr einer spezifischen Akzeptanz durch die Gerichte, vergleichbar einer „*opinio iuris*“, welche nicht zuletzt von einer „Billigung“ durch die beteiligten Verkehrskreise im Sinne einer gültigen Verkehrsanschauung abhängt.⁸²¹ Die Geltung

⁸¹⁸ Mertens a.a.O., S. 236.

⁸¹⁹ Mertens a.a.O. auf S. 238, wobei er die Frage ob es sich hierbei um „das richtige Recht“ handelt offenlässt, jedoch auf die Gefahren einer solchen Annahme hinweist (bspw. Monopol- und Kartellbildung der an der „paralegalen“ Normbildung Beteiligten, Unterlaufen verfassungsrechtlicher Gewährleistungen und Institutionen etc., siehe i.e. auf S. 239).

⁸²⁰ Mertens a.a.O. auf S. 240 f..

⁸²¹ Mertens a.a.O. auf S. 240. Dies diene der notwendigen Feststellung, ob der Betroffene mit der Rechtsgeltung einer Regel rechnen musste und ihm zumutbar war, daraus eine für sein Verhalten maßgebliche Wertung zu ziehen.

staatlicher Eingriffsnormen oder ausdrücklicher Parteivereinbarungen bleibt hiervon unberührt.

Mertens Ansatz trifft den eigentlichen Nerv der Debatte.⁸²² Eine Neubewertung des internationalen Wirtschaftsrechts, abseits, jedoch nicht unabhängig eines Gesetzespositivismus, bietet den sinnvollen Ansatz einer theoretischen Auseinandersetzung mit der qualitativen Bewertung des, in ständiger Entstehung und Entwicklung befindlichen Regelkorpus des internationalen Wirtschaftsrechts. Entscheidend ist dabei das kooperative Element zwischen staatlich gelenkter und privat oder korporativ entwickelter Regelschaffung und Angleichung. Eine vollkommen losgelöste Entwicklung ist schon aufgrund der bestehenden Interferenz bei der Vollstreckung von Schiedssprüchen nicht denkbar⁸²³. Mertens Ansatz weist

⁸²² Vergl. die Bewertung des „klassischen“ Ansatzes durch das IPR im 1. Teil, 2. Kapitel, A.), I.) 2.) c.).

Siehe beispielsweise auch Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 76-81 mit Kritik und Legitimation des positivistischen Ansatzes. Wenngleich dieser Grundlage des derzeitigen Zusammenlebens ist, sollten Fragen der Legitimation von Rechtssätzen anderer Herkunft nicht völlig ignoriert werden. Ein über das staatlich festgesetzte Recht hinausgehendes „Recht“ wird auch im deutschen Grundgesetz nicht ausgeschlossen, vergl. Art. 20 III GG, „...Gesetz und Recht...“, sowie BVerfGE 34, 269, 287.

⁸²³ Zu diesem Zusammenhang eingehend Schroeder/ Oppermann in ZVglRWiss 2000, S. 410-443.

Parallelen zu Loquins Analyse⁸²⁴ des internationalen Wirtschaftsraums und seiner Komponenten auf, beide verlangen eine Sanktion entstehender Regeln, welche nicht notwendigerweise von staatlicher Seite ausgehen muss. Eine o.g. Billigung der beteiligten Kreise müsste demnach dann gegeben sein, wenn sich die Regel als geeignet (im Sinne Loquins) für die Bedürfnisse des internationalen Handels erweist.⁸²⁵

IV) Klaus-Peter Berger

Berger untersucht am Beispiel der UNIDROIT-Prinzipien⁸²⁶ den Beitrag zur Lehre von einer *lex mercatoria*. Rechtstechnisch handelt es sich bei diesen Prinzipien um eine Zusammenfassung und Ordnung des internationalen Vertragsrechts, vergleichbar des

⁸²⁴ S.o. im 2. Teil, 2. Kapitel, A.), IV.).

⁸²⁵ So könnte eine Synthese aus dem von Loquin hervorgehobenen Kriterium der „Geeignetheit“ und der von Mertens genannten „Billigung“ seitens der Verkehrskreise lauten. Genau genommen sind beide Kriterien jedoch nur terminologisch verschieden, denn die Geeignetheit ist gegeben, wenn die Regel dem Erwartungshorizont der beteiligten Verkehrsteilnehmer entspricht (vergl. nochmals Mertens a.a.O. auf S. 241 unten).

⁸²⁶ Die vom Internationalen Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts im Mai 1994 herausgegebenen Grundregeln für internationale Handelsverträge umfassen 119 Artikel, eingeteilt in sieben Kapitel.

amerikanischen Restatement of the Law of Contracts.⁸²⁷ Ziel der UNIDROIT war es, eine ratio scripta einer internationalen Wirtschaftsordnung im Sinne eines Ausdrucks dessen, was gemeinhin *lex mercatoria* genannt wird festzusetzen.⁸²⁸ Ein erster, vager Bezug zu dieser Lehre erscheint in der Präambel, wo eine nicht abschließende Auflistung von Anwendungsoptionen auch die *lex mercatoria* nennt. Weiterhin sollen die Prinzipien nach Berger den methodologischen Grundbau eines internationalen Wirtschaftsrechts reflektieren, indem sich UNIDROIT bei den Arbeiten auf eine funktional-rechtsvergleichende Methode stützte, die teilweise durch ein fortbildendes Element angereichert wird.⁸²⁹ Hinzu kommt die Differenzierung im Rahmen der Prinzipien zwischen allgemeinem Rechtsgrundsatz und Regel. Mit Hilfe der durch Wertung auszufüllenden allgemeinen Rechtsgrundsätze wird einzelnen Rechtsinstituten eine Funktion im

⁸²⁷ Berger in ZVglRWiss 1995, S. 217, 219.

⁸²⁸ Berger a.a.O.; ebenso Bonell in RabelsZ 1992, S. 274, 287.

⁸²⁹ Berger a.a.O. auf S. 226. Die dabei zugrundegelegten Quellen und Objektivierungsmaßnahmen, insbesondere bei der über die Feststellung des Kerns der verglichenen Rechtsordnungen hinausgehenden Bestimmung der „besser geeigneten“ Norm für Bedürfnisse des internationalen Handels werden auf S. 227-230 dargestellt.

Gesamtgefüge zuteil, was dazu führt, das Ganze als System verstehen zu können.⁸³⁰ Dieses Zusammenspiel soll eine systemimmanente, einheitliche Auslegung zur Bestimmung der „lückenfüllenden“ allgemeinen Rechtsgrundsätze⁸³¹ ohne Rückgriff auf nationale Rechtsordnungen ermöglichen. Die Lückenfüllung soll in erster Linie innerhalb des Systems stattfinden.⁸³²

Das Beispiel der UNIDROIT-Prinzipien soll, neben den „Principles of European Contract Law“ eine „schleichende Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts“ und damit eine Kodifizierbarkeit des internationalen Vertragsrechts dokumentieren.⁸³³ In der Abfassung beider Werke sieht Berger einen gewichtigen, argumentativen Einwand gegen verschiedene Kritiken einer *lex mercatoria* Lehre⁸³⁴ begründet. Hervorzuheben sind dabei der mangelnde

⁸³⁰ Berger a.a.O., S. 231 f.. Auch Wichard (RabelsZ 1996, S. 269, 291 f.) sieht in den UNIDROIT-Prinzipien ein, gerade vor dem Hintergrund des Erwartungshorizontes der Parteien, umfassendes, ausgewogenes und ausreichend vorhersehbares System des Vertragsrechts.

⁸³¹ Soweit diese nicht bereits ausdrücklich in den Unidroit-Prinzipien geregelt sind.

⁸³² Berger, a.a.O. auf S. 234.

⁸³³ Berger, „Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung“ des transnationalen Wirtschaftsrechts“, S. 2 f..

⁸³⁴ Zu diesen nimmt er im einzelnen ausführlich Stellung a.a.O. auf S. 38-104.

Systemcharakter, die nicht oder nur teilweise nachgewiesene und damit unzureichende Substanz im Sinne konkreter Normen, sowie ein fehlender, methodischer Unterbau. Diesen Kritikpunkten sollen die von Berger erwähnten Kodifizierungen entgegentreten⁸³⁵. Darüber hinaus versteht sich Bergers Ansatz der „schleichenden Kodifizierung“ jedoch als weitergehend. Den bisherigen Kodifikationen sei der Vorwurf der „juristischen Momentaufnahme“ inhärent, welcher der Dynamik und permanenten Fortentwicklung des transnationalen Wirtschaftsrecht entgegensteht, indem ein statisches Element in dieses hereingetragen wird⁸³⁶. In Anbetracht der angedeuteten Vorteile solcher Kodifikationen soll nunmehr der Ansatz der „schleichenden Kodifizierung durch Listenbildung“ den Ausweg aus diesem Kodifikationsdilemma bilden.⁸³⁷ Im Wege eines nicht formalisierten Fortschreibungsverfahrens als konstantem Prozess zwischen Wissenschaft und (Schiedsgerichts-) Praxis ist eine solche Liste, im Gegensatz zu den oben

⁸³⁵ Vergl. die zuvor gemachten Ausführungen zu den UNIDROIT-Prinzipien; s.a. Berger, „Formalisierte oder schleichende Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts“, S. 139 ff..

⁸³⁶ Berger a.a.O., S. 192.

⁸³⁷ Berger a.a.O., S. 194.

Erwähnten, niemals abgeschlossen⁸³⁸. Wie bereits erwähnt⁸³⁹, stellt sich jedoch die berechnigte Frage nach der Institution, welche befugt und befähigt ist solche Listen zu erfassen und zu aktualisieren. Will man eine *lex mercatoria* als ein weltweites Regelsystem verstehen, muss eine (oder mehrere regionale) legitimierte Institution(en) eingesetzt werden, welche den permanenten Aktualisierungsprozess erfasst und für die Praxis somit ein verlässliches, optionales Regelwerk zur Anwendung auf ihre Streitigkeiten zur Verfügung stellt. Im Übrigen müsste in diesem Zusammenhang auch geklärt werden, wann und unter welchen Umständen etwa auf die UNIDROIT-Prinzipien oder eher auf die *Principles of European Contract Law* zurückgegriffen werden solle und wie Fragen gelöst werden, zu denen die genannten Regelwerke keine Aussagen treffen und somit eine parallele Anwendung mit der *lex contractus* erforderlich werden würde⁸⁴⁰. Maßgeblich sollte hierbei stets der (vermutete) Parteiwille, also der

⁸³⁸ Berger a.a.O., S. 201.

⁸³⁹ Im 2. Teil, 2. Kapitel, A.), VI.). Siehe dort auch Fn. 127.

⁸⁴⁰ Diese Fragen stellt Sandrock (RIW 2000, S. 321, 326) um die Zweifelhaftigkeit der Anwendung solcher Prinzipien im Schiedsverfahren zu dokumentieren, für den Fall, dass keine explizite Parteienwahl bezüglich des anzuwendenden Rechts vorläge.

Erwartungshorizont, sein. Schwierigkeiten bei dessen Ermittlung, könnten durch eine Vermutung zu Gunsten der Prinzipien begegnet werden, denn ist mangels anderweitiger Indizien nicht die Sammlung von aus Praxis und Rechtsvergleichung nach Maßstäben der Akzeptanz und Geeignetheit ermittelter Regeln im Zweifel die dem Parteiwillen in einer internationalen Wirtschaftsstreitigkeit am nächsten kommende Option ?

V) **Detlev von Breitenstein**

Ähnlich wie es Lord Mustill für den englischen und Lagarde für den französischen Rechtskreis unternahmen, nähert sich auch von Breitenstein der Thematik durch eine „negative“ Betrachtung. Anders als soeben genannte, platziert er die Diskussion nicht allein um die positivistische Terminologie von Rechtsordnung, Rechtsnorm oder Rechtssystem. Er bewertet die Existenz anationaler Regeln des internationalen Handels anhand der Sinnhaftigkeit und Legitimität einer „Entstaatlichung des Rechts“ und der „Deregulierung der Rechtsordnung.“

Prämisse ist für ihn dabei, dass die Schiedsgerichtsbarkeit ihrer Funktion und Wirkung nach

materiell Rechtsprechung ist⁸⁴¹. Er assimiliert diese folglich mit einer „rechtsprechenden Institution,“ welche notwendigerweise in eine Rechtsordnung „eingebettet“ bzw. „geerdet“ ist. Von Breitenstein weist weiter auf die Gefahren einer Deregulierung hin, die er in einer verbreiteten Anwendung von *lex mercatoria* im Rahmen von Schiedsverfahren erblickt.

Er stützt sich dabei beispielhaft auf die Analyse dreier berühmter Schiedssprüche⁸⁴² und folgert aus diesen, dass das Schiedsgericht durch die ihm teilweise eingeräumten Möglichkeiten⁸⁴³ eine rechtlich nicht nachvollziehbare Anwendung und inhaltliche Bestimmung von *lex mercatoria* Regeln unternimmt⁸⁴⁴. Auffallend ist, dass

⁸⁴¹ Von Breitenstein in FS Sandrock, S. 111, 112. Er schließt sich dabei der Auffassung von Raeschke-Kessler in NJW 1988, S. 3041, 3046 an. Ebenso BGHZ 98, S. 32, 36.

⁸⁴² Es handelt sich hierbei um die drei in Frankreich vollstreckten Schiedssprüche welche oben im 2. Teil, 2. Kapitel unter C. I.) 1.) -3.) einer eingehenden Untersuchung zuteil wurden.

⁸⁴³ Neben Art. 1496 NCPC der französischen Schiedsordnung verweist er auch auf die Schiedsgesetze der Niederlande (Art.1054 IV WBR), Schweiz (Art. 187 I IPRG) sowie Art. 17.1 der ICC-Schiedsordnung in der Fassung von 1998, welche vergleichbare Formulierungen enthalten.

⁸⁴⁴ Deutlich a.a.O. auf S. 128 f.. Diese Nicht-Nachvollziehbarkeit kommt der von Sandrock (oben unter I.) beschriebenen „Verlegenheit“ des Schiedsgerichts nahe, für den Fall, dass es an einheitlichen internationalen Regeln fehle. Der dem Schiedsgericht in solchen Situationen zustehende „Freiraum“ wird von beiden Autoren verurteilt.

der Autor die Anwendung von Normen des internationalen Handels dabei mit einer Deregulierung assoziiert⁸⁴⁵. Eine derartige „Gleichung“ ergibt aber nur Sinn, wenn die staatlichen Rechtsordnungen als alleinige „Regulierungssysteme“ anerkannt werden. Von Breitensteins Betrachtung stützt sich folglich ebenfalls auf ein klassisch-positivistisches Rechtsverständnis, nachdem nur der Staat in der Lage ist, wirtschaftliche Sachverhalte unter Privaten einer abschließenden Ordnung zu unterziehen. Gemeint ist die Ordnung des Rechts⁸⁴⁶, hier verstanden als Gegensatz zur Deregulierung durch Rückgriff auf Regeln unbestimmten Ursprungs und Gehalts. *„Das Recht ist notwendigerweise eine Rechts-Ordnung, ein System, das berufen ist, die Rechtsbeziehungen einer verfassten Gesellschaft zu*

⁸⁴⁵ Von Breitenstein ausdrücklich in FS Sandrock, S. 111, 122 und wohl auch seinen Bewertungen der untersuchten drei Schiedssprüche zu entnehmen.

⁸⁴⁶ Vergl. den Aufruf von Breitensteins im letzten Satz seines Aufsatzes in FS Sandrock, S. 111, 135. In diesem Zusammenhang erinnert er auch an die Aufgabe des Schiedsrichters, Gerechtigkeit zu finden. Dies scheint bei der Anwendung von *lex mercatoria* Normen nicht möglich zu sein, da ihre Bestimmung mehr aus einer „Verlegenheit“ heraus resultiere und ihre Grundlagen unklar sind (in diesem Sinne wohl die von ihm getroffenen Schlussfolgerungen zu den Ausführungen der Schiedsrichter in den in Fn.78 erwähnten Schiedssprüchen), a.a.O. S. 126-129, deutlich auch auf S. 132.

*ordnen.*⁸⁴⁷ Konsequenterweise kann auch die Privatautonomie nicht als „Ausbruchsstelle“ aus den staatlichen Rechtsordnungen behandelt werden⁸⁴⁸, denn diese gelte nur, soweit sie den Parteien von der Rechtsordnung gewährt wird⁸⁴⁹.

Abgesehen von dieser, zum Teil soziologisch anmutenden, Bewertung von Deregulierungstendenzen und Entstaatlichung hält von Breitenstein fest, dass eine *lex mercatoria* nach den positivistischen Begrifflichkeiten keiner Prüfung standzuhalten vermag. Ihre disparaten Rechtsquellen stehen in keinem juristischen Zusammenhang, eine internationale,

⁸⁴⁷ Von Breitenstein a.a.O. auf S. 113.

⁸⁴⁸ Robert in FS Domke, S. 226 ff. auf den von Breitenstein verweist (a.a.O. S. 132).

⁸⁴⁹ Von Breitenstein, S. 111, 133. Im Ergebnis ebenso Sandrock in „Rechtsfortbildung durch internationale Schiedsgerichtsbarkeit“, S. 21, 53. Dieser argumentiert jedoch auf der Ebene des IPR, welches die Parteiautonomie nur unter der Voraussetzung anerkennt, dass die gewählte Rechtsordnung ein ausgewogenes Verhältnis von zwingenden und nachgiebigen Vorschriften enthält, folglich eine Parteienwahl die „*lex contractus*“ nicht in einen rechtsfreien Raum katapultiere. Dies wäre nach Meinung Sandrocks etwa der Fall, wenn die Parteienwahl eine *lex mercatoria* bestimmte (ausführlich soeben unter I.)). Hiergegen gibt es Ansätze in Wissenschaft, von einer „*ordre public*“ der *lex mercatoria* zu sprechen. Für den Bereich des internationalen Wettbewerbsrecht versucht dies Moitry in RdA 1989, S. 3, 33 ff; etwas allgemeiner zum Konzept einer „*ordre public réellement international*“, Lalive in RdA 1986, S. 329, 365 ff., mit dem Hinweis auf die eher geringere praktische Bedeutung (S. 371 a.a.O.).

normensetzende Kaufmannschaft ist, sollte es sie geben, unüberschaubar und nach Branchen sowie geographisch begrenzt, der Inhalt einer *lex mercatoria* gleiche einem heterogenem Sammelsurium⁸⁵⁰.

Von Breitenstein verurteilt das Phänomen eines anationalen Rechts des internationalen Wirtschaftsverkehrs sowohl als soziologische wie auch als rechtliche Erscheinung, indem er es als den Versuch einer Flucht ins Nicht-Recht deklariert. Dies ähnelt einem in der Lehre diskutierten Ansatz, *lex mercatoria* Regeln mit einer Entscheidung nach Billigkeit gleichzusetzen⁸⁵¹. Seine Kritik, aus einer streng positivistischen Perspektive heraus, ist nicht neu. Der Ansatz der „Deregulierung“ erscheint jedoch etwas pauschal,⁸⁵² werden hiermit doch nur allgemein gehaltene Bedenken gegenüber einer „Mode des Unverbindlichen“ im endenden zwanzigsten

⁸⁵⁰ I.e. hierzu von Breitenstein a.a.O. auf S. 118, 119, 121. In diesen Punkten bestehen Parallelen zu den Ausführungen Mustills und Lagardes, es handelt sich um die üblicherweise vorgetragenen Kritikpunkte vom Standpunkt eines klassisch-positivistischen Verständnisses aus betrachtet.

⁸⁵¹ Siehe dazu bereits oben im 1. Teil, 2. Kapitel, B., II.), 3.).

⁸⁵² Interessanterweise weist eine derart pauschale Bewertung Parallelen zur aus der Formulierung in section 46 (1.) (b) des englischen Arbitration Acts 1996 hervorgehenden Wertung auf.

Jahrhundert⁸⁵³ assoziiert. Tatsächlich findet im Rahmen des *lex mercatoria* Phänomens jedoch nicht eine Entfernung von Regeln statt, sondern eine Modifikation ihres Ursprunges.

VI) Christian von Bar

Von Bar zeigt sich nicht nur als einer der dezidiertesten Kritiker einer *lex mercatoria*, er negiert ihre (rechtliche) Existenz völlig: „*Die lex mercatoria gibt es als eine Summe von Rechtsnormen nur in der Phantasie ihrer Erfinder*“⁸⁵⁴.

Von Bar legt seinen Ausführungen die Prämisse zu Grunde, dass eine Verdrängung des IPR als Methode und staatliches Recht durch ein nichtstaatliches Einheitsprivatrecht nur dann als eine akzeptable Erwägung durchführbar wäre, wenn dieses konsequent die Behauptung einer nichtstaatlichen, internationalen Rechtsordnung und deren Vorrang vor den staatlichen Rechten für sich beanspruchen könne.⁸⁵⁵ Einem solchen Anspruch wird eine derart zu verstehende *lex mercatoria* nach von Bar in keinem Punkt gerecht.

⁸⁵³ So die Wortwahl des Verfassers a.a.O. auf S. 111.

⁸⁵⁴ Von Bar, IPR, § 2, S. 87.

⁸⁵⁵ Von Bar, IPR, § 2, S. 78.

Ähnlich wie von Breitenstein⁸⁵⁶ verwirft auch von Bar die Rechtsqualität der Regeln des internationalen Handels mit der Begründung, dass dessen einzelne Elemente lückenhaft und beziehungslos nebeneinander stehen und es letztlich der Willkür unterliege, was man als Bestandteil einer *lex mercatoria* bestimmt oder nicht.⁸⁵⁷ Jedes Ansinnen einer Autonomie des Welthandelsrechts sei von vornherein verfehlt, da es alleine das staatliche Recht ist, welches eine Autonomie verleihen kann, „*das staatliche Recht hat stets das letzte Wort, was es nicht autorisiert, das hat - gerade auch im demokratischen Staat - keine Geltungschance*“⁸⁵⁸. So ist auch das Austragen von Rechtsstreiten vor privaten Schiedsgerichten allein auf die staatlich gewährte Vertragsfreiheit zurückzuführen. Von Bar erblickt auch keine überzeugende Grundlage für eine Besonderheit des internationalen Handels, welcher der These von einer Autonomie der ihn regelnden, professionellen Normen juristischen Argumentationswert verleihen könnte. Die logische Schlussfolgerung aus diesem Verständnis wird durch von Bar sodann in der Tatsache gesehen, dass

⁸⁵⁶ Soeben unter V.).

⁸⁵⁷ Von Bar, IPR, § 2, S. 80.

⁸⁵⁸ Ders. a.a.O. auf S. 81.

eine *lex mercatoria* von keinem Gericht als Entscheidungsgrundlage herangezogen werden dürfe⁸⁵⁹ und allein der Fall, dass das Schiedsgericht von den Parteien ausdrücklich zur Entscheidung nach Billigkeit ermächtigt wurde nicht zu einer Aufhebung des Schiedsspruchs durch den staatlichen Richter führen könne.⁸⁶⁰

Bei aller Rigidität die von Bars Ausführungen kennzeichnet ist zunächst zu bemerken, dass die wenigsten Autoren eine wahrhaft „autonome Rechtsordnung“ des internationalen Handels proklamieren. So betont insbesondere Goldman⁸⁶¹ ein Zusammenspiel von staatlichen und nicht-staatlichen Rechtsregeln.⁸⁶² Als autonom wird regelmäßig nur das Entstehen dieser Regeln bezeichnet, da sie

⁸⁵⁹ Weder von einem staatlichen noch von einem privaten (Schieds-)gericht wie der Autor a.a.O. auf S. 82 betont.

⁸⁶⁰ So von Bar, IPR, § 2, S. 87 am Beispiel der deutschen Schiedsordnung (§ 1051 Abs. 3 ZPO).

⁸⁶¹ Den von Bar zu Recht mit Kahn zusammen als einen der wichtigsten Wegbereiter einer *lex mercatoria* nennt, vergl. a.a.O. auf S. 79.

⁸⁶² Siehe oben im 2. Teil, 2. Kapitel, A.), I.). Von den im Rahmen dieser Arbeit untersuchten Konzepten scheint nur Schmitthoff eine wahrhaft autonome Geltung des Welthandelsrechts proklamieren zu wollen, selbst dieser ist sich jedoch der Tatsache bewusst, dass unter den gegebenen Umständen eine solche Geltung nicht möglich ist, vergl. oben im 1. Teil, 2. Kapitel, C.), I.).

größtenteils⁸⁶³ nicht von einem staatlichen Gesetzgeber herrühren. Inwiefern dies als Rechtsquelle bezeichnet werden kann wirft erneut Fragen zum Begriff des Rechts auf, welche hier nicht weiter verfolgt werden sollen.⁸⁶⁴ Im Übrigen ergibt sich nur auf Grund der eingangs erwähnten Prämisse von Bars⁸⁶⁵ das Bedürfnis der Rechtfertigung einer vorrangigen, autonomen Rechtsordnung des privaten Einheitsrechts im Gegensatz zum staatlichen IPR. Ein solcher Gegensatz erscheint etwas konstruiert, da, wie soeben erwähnt, ein solcher Anspruch nicht existiert und als Wesensmerkmal vor allem auf die Funktionalität der Regeln des internationalen Handels zur Bewältigung von Streitigkeiten in diesem Bereich abgestellt wird, ohne

⁸⁶³ Hier käme es darauf an, ob man auch staatlich geschaffenes Einheitsrecht unter den Begriff der *lex mercatoria* fassen möchte. Goldman zählt etwa auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Sinne des Art. 38 IGH-Statut hierzu (JDI 1979, S. 475, 485-487), auch Loquin bezieht staatlich geschaffenes Einheitsrecht in seine *lex mercatoria* Terminologie ein (vergl. oben im 2. Teil, 2. Kapitel, A., IV.).

⁸⁶⁴ Siehe zuvor Mertens' Ausführungen unter III.). Auch Goldman sucht eine ähnliche Herleitung des Regelcharakters von *lex mercatoria* Regeln jenseits eines Rückgriffs auf die positivistische Rechtsquellenlehre, ohne jedoch den Geltungsanspruch dieser untergraben zu wollen.

⁸⁶⁵ In ähnlicher Weise platzierte auch Lagarde seine Kritik auf die Vergleichsebene mit staatlichen Rechtsordnungen, vergl. im 2. Teil, 2. Kapitel, A., III.).

einem staatlichen IPR damit die Geltung versagen zu wollen.

VII) Zusammenfassung

Die hier repräsentativ ausgewählten Beiträge der deutschen Rechtswissenschaft erweisen sich insgesamt als sehr renitent gegenüber der Vorstellung eines, im Wesentlichen durch Private geordneten, internationalen Wirtschaftsraums. Maßgebliche Argumentationslinien zielen dabei auf eine, im Vergleich zur staatlichen Rechtsordnung, vollkommen unzureichend ausgebildete Organisation, Kohärenz, inhaltliche Dichte und Ausgewogenheit. Verbreitet scheint vor allem die Vorstellung, es handele sich hierbei um eine Art „Rechtsseparatismus“, getragen von dem Bestreben der Bildung eigenständiger und originärer Regel- und Strukturelemente, die eine Autonomie zu staatlichen Rechtsordnungen suchen. Zutreffend wies Kahn darauf hin, dass anlässlich der Erwähnung einiger weniger, spektakulärer Schieds- bzw. auf diese folgende Gerichtsentscheidungen eine, zwar passionierte und passionierende, Diskussion in der Lehre über eine wahrhaft internationale, autonom von staatlichen Rechtsordnungen existierende Rechtsordnung aufkam,

diese so entstandene Fokussierung der Debatte jedoch eine exzessive Ausdehnung des tatsächlichen Anwendungsfeldes des ursprünglichen Phänomens darstelle⁸⁶⁶. Aus dieser Perspektive heraus lassen sich auch die hier untersuchten, deutschen Beiträge einordnen, welche sich zum Teil wie eine Art positivistische Gegenreaktion auf eine vermeintliche, anationale Herausforderung lesen⁸⁶⁷. Dabei ist wesentlicher Entstehungsgrund solcher lex mercatoria Regeln die Tatsache, dass staatlicherseits keine ausreichende, zweckmäßige Normierung für alle Bereiche des in permanenter Entwicklung und Ausdifferenzierung befindlichen zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehrs getroffen wurde. Dieses Defizit ist auch Anlass, Überlegungen zu einer nichtlegislatorischen Rechtsvereinheitlichung anzustellen, wie es etwa Mertens⁸⁶⁸ tat.

⁸⁶⁶ Kahn in McGillLJ 1992, S. 413 ff., dort v.a. 423 und 424.

⁸⁶⁷ Exemplarisch hierzu auch der von Stein (S.6, Fn. 24) gegebene Überblick einiger, diesbezüglicher Abhandlungen, in welchen zum Teil voller Pathos und Emotionalität gegen eine lex mercatoria vorgetragen wird.

⁸⁶⁸ Im Rahmen eines gleichnamigen Symposiums des Hamburger Max Planck Instituts 1991. Vergl. die diesbezügliche Einführung von Kötz in ReabelsZ 1992, S. 215 ff..

Dessen Beitrag setzt sich intensiv mit dem rechtstheoretischen Hintergrund nichtstaatlicher Regeln auseinander und betont dabei insbesondere das Bedürfnis nach solchen, welches aus einer staatlichen „Ohnmacht“ vor der angemessenen Regulierung sich ständig ändernder, komplexer werdender Wirtschaftsbereiche resultiere. Die Möglichkeit, dass solche nichtstaatlichen, rechtlichen Mikrokosmen funktionsfähig sind wird dabei ausdrücklich eingeräumt. Berger schließlich steht für die, in Deutschland geringer vertretene Strömung, welche an der theoretischen und praktischen Konstruktion eines transnationalen Rechtsraums gestaltend mitwirkt und welche in der Veröffentlichung der UNIDROIT-Prinzipien eine wichtige Untermauerung der Funktionalität eines derartigen Rechtsraums gefunden haben. Eine derart „kodifizierte“ lex mercatoria ist geeignet, wesentliche Kritikpunkte in Sachen Inhalt, Vorhersehbarkeit und Anwendbarkeit eines universellen Welthandelsrechts zu eliminieren. Legitimität und Funktionalität dieser „Kodifizierung“ werden jedoch erst durch die Reaktionen in der Praxis erkennbar werden.

B) Die deutsche Gesetzgebung zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

Das deutsche Schiedsrecht wurde durch Art.1 Nr. 6 des Gesetzes zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts vom 22.12.1997 mit Wirkung zum 1.1. 1998 reformiert und findet sich im 10. Buch der ZPO (§§ 1025-1066 ZPO).

I) Regelung des schiedsrichterlichen Verfahrens im 10. Buch der ZPO

Ähnlich dem Arbitration Act 1996 erließ der deutsche Gesetzgeber eine umfassende und detaillierte Regelung des Schiedsverfahrens in seinen kennzeichnenden Aspekten, von der Bildung des Schiedsgerichts und der Schiedsabrede bis zur Beendigung des Verfahrens. Damit soll für den Fall einer fehlenden Parteivereinbarung ein reibungsloser und vorhersehbarer Ablauf des Schiedsverfahrens sichergestellt werden⁸⁶⁹. Das 10. Buch unterteilt sich in 10 Abschnitte, von denen für die hier zu untersuchenden Fragen vor allem die Abschnitte 6 bis 8 sowie teilweise Abschnitt 9 (dort §§ 1062 I, Nr. 4 und

⁸⁶⁹ Labes/Lörcher in MDR 1997, S. 420.

1065 ZPO) interessieren. Seinem Umfang nach entspricht die Neuregelung (§§ 1025-1066 ZPO) nahezu dem Doppelten der vorherigen Regelung (§§ 1025- 1048 ZPO).

Die Neuregelung des Schiedsrichterlichen Verfahrens diene in erster Linie zwei Zielen: Der wünschenswerten und auf weltweitem Konsens beruhenden Harmonisierung der Schiedsverfahrensrechte auf der Grundlage des von UNCITRAL erarbeiteten Modellgesetzes genüge zu tun, sowie Schwächen der früheren Regelung zu beseitigen.⁸⁷⁰ Letztere sind vor allem auf das Alter der bisherigen Regelungen zurückzuführen, welche weitgehend aus der Zeit des Inkrafttretens der ZPO (1879) stammen und zwischenzeitlich nur geringfügig abgeändert wurden.⁸⁷¹ Zwar schien die Reformbedürftigkeit des deutschen Schiedsverfahrensrecht nicht „frappierend“ oder zwingend, wie einige Stimmen in der Rechtswissenschaft betonten.⁸⁷² Für den Bereich der nationalen, wie auch

⁸⁷⁰ Thomas in Thomas/ Putzo, ZPO, Vorbemerkung zu § 1025, Rdn. 2.

⁸⁷¹ Schütze, S. 216 zur Begründung der Novellierung.

⁸⁷² Einen Überblick geben Kreindler/Mahlich in NJW 1998, S. 563, 564 ff. für das nationale und das internationale Schiedswesen; ebenso Kreindler in FS Sandrock, S. 515, 516 f.; hervorgehoben werden insbesondere der Vorrang der

den hier relevanten Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit bestanden aus ausländischer Sicht jedoch „zu viele Einfallstore für eine Verfahrensverschleppung“⁸⁷³, welche es von Gesetzes wegen zu schließen galt⁸⁷⁴. Teilweise existierten auch von der Rechtsprechung initiierte Mängel des deutschen Schiedsrechts, wie das Beispiel der Verfahrenstheorie zur Qualifizierung von Schiedssprüchen als inländisch oder ausländisch zeigt⁸⁷⁵. Insgesamt sollte Deutschland als Austragungsort für internationale Schiedsgerichte gefördert werden und gleichzeitig eine attraktive Alternative zur „überlasteten“ staatlichen Gerichtsbarkeit für Streitigkeiten ohne Auslandsbezug geschaffen werden.⁸⁷⁶

Auf einige wenige Missstände der vorherigen Rechtslage soll im Folgenden kurz eingegangen werden.

Parteiautonomie und die Abtrennbarkeit und Eigenständigkeit der Schiedsvereinbarung.

⁸⁷³ Beispielhaft weist Thomas in Thomas/Putz, Vorbemerkung zu § 1025, Rdn. 2 auf die umständliche, weil zeit- und kostenintensive Regelung der Vollstreckbarkeit hin. Näher hierzu Zerbe, Die Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts, S. 252 ff. sowie sogleich unter 1.).

⁸⁷⁴ Nolting in IPRax 1987, S. 387, 388.

⁸⁷⁵ Kreindler/Mahlich in NJW 1998, S. 563, 565.

⁸⁷⁶ Albers in Baumbach/Lauterbach, ZPO, in der Einführung zu § 1025, Rdn. 3 ; ebenso Labes/Lörcher in MDR 1997, S. 420.

1. Die Rechtslage vor der Reform

a) Die „kleine“ Reform von 1986

Im Zusammenhang mit der IPR-Novelle vom 25.7.1986 wurden nur wenige, offenkundige Nachteile der Bundesrepublik Deutschland als Schiedsort im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit beseitigt. Es handelte sich vornehmlich um Änderungen an den formellen Anforderungen für das Zustandekommen eines Schiedsspruchs, § 1039 ZPO a.F., sowie zur Zuständigkeitsregelung für die staatlichen Gerichte, welche zur Unterstützung des Verfahrens angerufen werden können, § 1045 ZPO a.F.⁸⁷⁷. So musste der erlassene Schiedsspruch von den, regelmäßig zu zweit entscheidenden Schiedsrichtern (vergl. § 1028 ZPO a.F.), unterschrieben werden um wirksam zu werden, was zu einer unangemessenen Verlängerung des Schiedsverfahrens im Falle der Weigerung eines der beiden Schiedsrichter führen konnte. Ebenfalls wurde die einst zwingenden Vorschriften zur Bekanntmachung und Hinterlegung des Schiedsspruchs in § 1039 Abs. 2 und 3 ZPO n.F. abgemildert⁸⁷⁸. Diese Förmlichkeiten

⁸⁷⁷ Zerbe, S. 18 f..

⁸⁷⁸ Vergl. zum Ganzen Zerbe, S. 19 ff., dort auch mit Kritik an der „kleinen Reform“.

des Schiedsspruchs wirkten sich vor allem im Rahmen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit „abschreckend“ aus und waren geeignet, die Effizienz des Schiedsverfahrens in zeitlicher Hinsicht zu unterlaufen.

b) Die verbleibenden Misstände

Wesentliche Unzulänglichkeiten verblieben nach der kleinen Reform. Hervorzuheben ist etwa die, im Ausland mit Skepsis betrachtete, von der Rechtsprechung entwickelte, Verfahrenstheorie⁸⁷⁹. Danach war ein Schiedsverfahren und der es abschließende Schiedsspruch „deutsch“ im Sinne der ZPO, wenn die Schiedsrichter deutsches Verfahrensrecht angewendet hatten, gleich ob der Sitz des Schiedsgerichts im Ausland war oder die Parteien anderes vereinbart hatten. Damit wich das deutsche Recht grundlegend von der weltweit überwiegend vertretenen „territorialen Theorie“ ab, nach der sich die Nationalität eines Schiedsverfahrens und des Schiedsspruchs einzig nach dem Sitz des Schiedsgerichts

⁸⁷⁹ BGHZ 21, S. 365, 367 ff.; BGHZ 96, S. 40, 41.

bestimmt⁸⁸⁰. Ebenfalls ungeeignet, da unnötig formalistisch erscheinend, war das Zweierschiedsgericht als Regelbesetzung (§ 1028 ZPO a.F.), das Erlöschen des Schiedsvertrages durch Kündigung eines Schiedsrichters (§1033 Nr. 1 ZPO a.F.) oder wegen Stimmgleichheit eines Zweierschiedsgerichts (§ 1033 Nr. 2 ZPO a.F.)⁸⁸¹. Ebenso war ein Schiedsvergleich nach § 1044 a ZPO a.F. nicht vollstreckbar, die Schiedsrichter mussten innerhalb einer Woche bestimmt werden (§§ 1029 und 1031 ZPO a.F.) und der Ablauf des Schiedsverfahrens selbst war im 10. Buch der ZPO a.F. kaum geregelt, nach § 1034 Abs. 2 ZPO a.F. oblag dies dem Verfahrensermessen des Schiedsrichters⁸⁸². § 1039 ZPO a.F. wurde durch die kleine Reform ebenfalls nur „halbherzig“ verändert und ließ aus internationaler Perspektive noch abänderungswürdige Formalismen erkennen.⁸⁸³

⁸⁸⁰ Berger in DZWir 1998, S. 45; Kreindler/Mahlich, NJW 1998, S. 563, 565; Kronke, RIW 1998, S. 257, 260.

⁸⁸¹ Kreindler in FS Sandrock, S. 515, 518.

⁸⁸² Berger in DZWir 1998, S. 45. Bemerkenswerterweise wird diese Tatsache als Unwägbarkeit aufgefasst, während im Rahmen des französischen Schiedsrechts dieses Verfahrensermessen gemäß Art. 1494 Abs. 2 NCPC ebenfalls besteht, dort jedoch mehr als liberale Errungenschaft wahrgenommen wird.

⁸⁸³ So etwa die in 1039 Abs. 3 ZPO a.F. geregelte Niederlegung des Schiedsspruchs bei einer öffentlichen Stelle. Zwar wurde

Im folgenden soll ein kurzer Überblick über signifikante Änderungen des neuen Schiedsrechts gegeben werden, welche auch einige der soeben genannten „Probleme“ des alten Rechts betreffen.

2. Überblick zu den getroffenen Regelungen

Zunächst weist das neue Recht ein erweitertes, gesetzgeberisches Verständnis der Schiedsfähigkeit auf, nunmehr sind gemäß § 1030 Abs. 1 ZPO alle vermögensrechtlichen Ansprüche einer Regelung durch Schiedsgerichte zugänglich. Gesetzlich festgelegte Ausnahmen hierzu bleiben gemäß § 1030 Abs. 3 ZPO vorbehalten⁸⁸⁴. Das vorher geltende Kriterium der Vergleichsfähigkeit ist nur noch auf nichtvermögensrechtliche Ansprüche anzuwenden (§

diese in der kleinen Reform von 1986 zur Disposition der Parteien gestellt, hiervon ausgenommen war jedoch die Vollstreckbarerklärung. Ein Schiedsspruch ohne Niederlegung konnte danach zwar wirksam, jedoch nicht vollstreckbar sein. Vergl. ausführlich Zerbe, S. 24 f.; Schwab/Walter, 5. Auflage, S. 181, Rdn. 1-2 sowie ebenfalls S. 187 ff..

⁸⁸⁴ Eine Zuständigkeitsregelung zu Gunsten eines nationalen Gerichts muss als bewusste Einrichtung eines Sondergerichts durch den Gesetzgeber bezweckt sein um eine Schiedsfähigkeit auszuschließen, z.B. § 65 PatG; vergl. Berger a.a.O., S. 48. Weitere Beispiele bei Thomas/Putzo zu § 1030 ZPO, Rdn. 5 und 6.

1030 Abs. 1, S. 2 ZPO). Voit⁸⁸⁵ erkennt hierin eine konzeptionelle Umorientierung in der Legitimationsgrundlage der Schiedsgerichtsbarkeit. Da nunmehr auch die nicht vergleichsfähigen Ansprüche schiedsfähig sind, kann die Privatautonomie nicht mehr als legitimierende Grundlage der Schiedsgerichtsbarkeit dienen. Die Schiedsgerichtsbarkeit würde ihrer inneren Rechtfertigung beraubt, der Gesetzgeber habe mit dieser Änderung eine privatisierte, aus sich selbst heraus legitimierte Gerichtsbarkeit geschaffen⁸⁸⁶. Diese gesetzgeberisch festgelegte Loslösung von einer Dispositionsbefugnis der Parteien steht jedoch im

⁸⁸⁵ Voit in JZ 1997, S. 120 ff..

⁸⁸⁶ Voit in JZ 1997, S. 120, 125. In der Praxis können sich hieraus Wertungswidersprüche ergeben, wenn Dritte, nicht am Verfahren Beteiligte, von der Rechtskraft des Schiedsspruchs betroffen werden (s. Schütze, S. 57 f., Rdn. 95 und 96), was einen Vergleich nach altem Recht grundsätzlich ausschliesse (bspw. ein der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer zustehender Schadensersatzanspruch, dessen Erfüllung zur Befriedigung der außerhalb dieses Rechtsverhältnisses stehenden Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist). Bedenken hiergegen melden auch Thomas in Thomas/Putzo zu § 1030 ZPO, Rdn. 2 an. Dem eindeutigen Wortlaut des § 1030 Abs. 1 ZPO ist jedoch kaum zu widerstehen, er wird daher auch weitestgehend akzeptiert, vergl. Kröll in NJW 2001, S. 1173, 1177; Labes/Lörcher, MDR 1997, S. 420, 421; Berger, DZWir 1998, S. 45, bereits vor der Reform Schwab/Walter, S. 33, Rdn. 4-6 unter Berufung auf die „objektive Verfügbarkeit“ des Rechtsverhältnisses die nur dann nicht besteht, wenn der Staat sich ein Rechtsprechungsmonopol für bestimmte Fragen vorbehalten hat.

Einklang mit dem Verständnis der Schiedsgerichtsbarkeit als echter Gerichtsbarkeit in den Grenzen öffentlicher Belange⁸⁸⁷ und erscheint somit sicher erwähnenswert, jedoch nicht kritikabel⁸⁸⁸.

Weitere wichtige Neuregelungen betreffen die Übernahme des strikten Territorialitätsprinzips⁸⁸⁹, präzisere Bestimmungen des eigentlichen Verfahrensablaufs, die neu eingeführte Befugnis des Schiedsgerichts zur Anordnung von Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, Regelungen zur Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit sowie eine Vereinheitlichung der Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche⁸⁹⁰. Insbesondere mit der Schaffung

⁸⁸⁷ Geimer in Zöller, ZPO, Vorbemerkung zu § 1025, Rdn. 1; Schwab/Walter, S. 1, Rdn.1 sowie S. 4 f. ; Rdn. 7; Schütze, S. 1, Rdn. 1.

⁸⁸⁸ Die in diesem Zusammenhang möglichen Wertungswidersprüche (soeben Fn. 122) vermögen an dieser Beurteilung nichts zu ändern. Sie sind, wie schon vor der Reform (s. beispielhaft bei Schütze, S. 58, Rdn. 96), der Klärung durch die Rechtsprechung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles zu überlassen. Der Gesetzgeber hielt diese Frage für zu vielschichtig um sie einer gesetzlichen Regelung zuzuführen. Die getroffene Regelung hinsichtlich der Schiedsfähigkeit dient in erster Linie einer klaren Zuordnung, insbesondere für ausländische Parteien, damit sollte das Problem der Drittwirkung des Schiedsspruchs nicht in positivem Sinne präjudiziert werden (so eindeutig in BT-Drucks. 13/5274, S. 35).

⁸⁸⁹ Dazu sogleich unter 3.).

⁸⁹⁰ Vergl. Überblick bei Kreindler in FS Sandrock, S. 515.

verfahrensrechtlicher Regelungen (§§ 1042-1050 ZPO) wurde ein Grundanliegen der Reform erfüllt, wenngleich das Fehlen einer verfahrensrechtlichen Struktur in internationalen Schiedsverfahren weniger relevant war⁸⁹¹. Auch die im 9. Abschnitt des 10. Buchs vorgesehene Straffung der mit dem Schiedsverfahren zusammenhängenden Gerichtsverfahren⁸⁹² durch Konzentration der gerichtlichen Eingangszuständigkeit bei den Oberlandesgerichten, verknüpft mit einem weitgehenden Ausschluss von hiergegen einzulegenden Rechtsmitteln (§ 1065 ZPO), erleichtert sicher die Übersichtlichkeit und Zugänglichkeit des neuen Rechts für Ausländer⁸⁹³ und erreicht zudem eine beschleunigte „Endgültigkeit“ des Schiedsspruchs.⁸⁹⁴

Der Grundfall des Zweierschiedsgerichts wurde nunmehr ebenfalls abgeschafft und mit drei festgelegt (§ 1034 Abs. 1, S. 2 ZPO).

⁸⁹¹ Winkler/Weinand in BB 1998, S. 597, 599. Dies hängt mit der dort üblichen, institutionellen Schiedsvereinbarung zusammen.

⁸⁹² Etwa bei der Berufung oder Ablehnung eines Schiedsrichters, vergl. § 1062 ZPO – nicht dagegen für Unterstützungsmaßnahmen bei der Beweisaufnahme, diese erfolgt gemäß § 1062 Abs. 4 i.V.m. § 1050 ZPO durch die Amtsgerichte.

⁸⁹³ So Winkler/Weinand in BB 1998, S. 597, 600.

⁸⁹⁴ Berger in DZWIR 1998, S. 45, 53.

Alle ausländischen Schiedssprüche unterliegen zukünftig den Regeln des New Yorker Abkommens vom 10. Juni 1958, vergl. § 1061 ZPO. Damit wurde das vormalige System, bestehend aus zwei unterschiedlichen Vollstreckungsregimen für ausländische Schiedssprüche (§ 1044 ZPO a.F. und das New Yorker Abkommen) abgeschafft. Einige Ungereimtheiten des alten Rechts fielen damit weg. Insbesondere der schwer verständliche Art. 2 des Zustimmungsgesetzes vom 15.3. 1961⁸⁹⁵ zu vorgenanntem Abkommen wurde dank der Reform hinfällig. Nach Art. 2, Abs. 2 des Zustimmungsgesetzes war einem Schiedsspruch, der in einem anderen Vertragsstaat nach deutschem Verfahrensrecht ergangen war (somit nach der Verfahrenstheorie eigentlich als deutscher Schiedsspruch zu qualifizieren war) die Vollstreckbarerklärung nach Art. V des New Yorker Abkommens zu versagen, sowie dieser gleichzeitig aufzuheben, wenn ein Aufhebungsgrund nach § 1041 ZPO a.F. vorlag.⁸⁹⁶ Diese befremdliche Zweideutigkeit eines Schiedsspruchs (bzw. dessen

⁸⁹⁵ BGBl. 1961, Teil II, S. 121 ff..

⁸⁹⁶ Kreindler/Mahlich in NJW 1998, S. 563, 567; dort auch mit weiterem Beispiel. Berger, DZWir 1998, S. 45, 53 verweist in diesem Zusammenhang auch auf die Meistbegünstigungsklausel des Art. VII, Abs. 1 des New Yorker Abkommens vom 10. Juni 1958.

vollstreckungsrechtlichen Schicksals) hing essentiell mit der, nunmehr ebenfalls überkommenen, Verfahrenstheorie zusammen. Deren vornehmliche Relevanz lag in der Bestimmung des Anwendungsbereichs des deutschen Schiedsverfahrensrechts.

3. Anwendungsbereich und Begriff der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

Die §§ 1025-1066 ZPO finden gemäß § 1025 Abs. 1 i.V.m. 1043 Abs. 1 ZPO „zwingende“ Anwendung, wenn der Ort des Schiedsverfahrens innerhalb Deutschlands liegt. Der deutsche Gesetzgeber hat damit die Wende von der Verfahrenstheorie zum strikten Territorialitätsprinzip vollzogen⁸⁹⁷. Maßgebend für die Nationalität des Schiedsspruchs ist damit nicht mehr das vom Schiedsgericht angewandte Verfahrensrecht. Die Parteien bestimmen nach § 1043 Abs. 1 ZPO völlig frei den Sitz des Schiedsgerichts und damit dessen formale Verankerung in einer konkreten Rechtsordnung⁸⁹⁸. Der Ortsbegriff ist dabei normativ im Sinne eines bloßen

⁸⁹⁷ Kreindler/Mahlich, NJW 1998, S. 563, 567; Thomas in Thomas/Putzo zu § 1025, Rdn. 1; Winkler/Weinand in BB 1998, S. 597, 600.

⁸⁹⁸ Geimer in Zöller, ZPO zu § 1025, Rdn. 2.

Legaldomizils zu verstehen, der Schwerpunkt des Schiedsverfahrens selbst, der Tagungsort also, muss hiermit nicht notwendig zusammenfallen⁸⁹⁹. Wesentliche Funktion dieser Bestimmung des Ortes des schiedsrichterlichen Verfahrens ist die Implementierung des Verfahrens und des es abschließenden Schiedsspruchs⁹⁰⁰ in eine nationale Rechtsordnung, bzw. deren lex fori. Nach dieser bestimmen sich grundsätzliche Fragen des Schiedsverfahrens, sowie der gerichtlichen Kompetenz für verfahrensbegleitende und unterstützende Maßnahmen oder etwaiger Anfechtungsklagen gegen den Schiedsspruch⁹⁰¹.

Das 10. Buch der ZPO nimmt hinsichtlich seines Anwendungsbereichs keine Differenzierung zwischen nationalen und internationalen Schiedsverfahren vor, es ist auf beide anzuwenden⁹⁰². Eine einheitliche Definition der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit existiert nicht und ist, angesichts der einheitlichen Behandlung, auch nicht notwendig. Anerkannt ist jedoch, dass man von

⁸⁹⁹ Winkler/Weinand in BB 1998, S. 597, 600; allgemein bei Lionnet, S. 195; ausführlich Berger in RIW 1993, S. 8, 10.

⁹⁰⁰ Vergl. hierzu die Fiktion in § 1054 Abs. 3, Satz 2 ZPO; i.e. Schumacher in BB 1998, Beilage 2, S. 6, 13.

⁹⁰¹ Berger in RIW 1993, S. 8, 9.

⁹⁰² Berger in DZWIR 1998, S. 45, 46; Geimer in Zöller, ZPO, Vorbemerkung zu § 1025 ZPO, Rdn. 10.

internationaler Schiedsgerichtsbarkeit bereits sprechen kann, wenn das Schiedsverfahren einen Auslandsbezug hat⁹⁰³. Maßgebend für das einheitliche Konzept war die Schlussfolgerung, dass sich die für internationale Schiedsverfahren gebotenen Regelungen in gleicher Weise auch für das (traditionell liberale) nationale Verfahren eignen⁹⁰⁴. Einer ergänzenden Einbeziehung eines Sonderregimes für interne Schiedsverfahren mit internationalen Bezügen⁹⁰⁵ meinte man somit nicht zu bedürfen.

Dies entspricht dem Ansatz des englischen Arbitration Act 1996⁹⁰⁶ und hat, ebenso wie in England, die Konsequenz, dass die lex fori Regel auch auf

⁹⁰³ Bork in Gottwald, S. 283. Dieser Auslandsbezug kann etwa hinsichtlich des materiellen Verfahrensgegenstandes, der Parteien, des Schiedsortes oder der Schiedsrichter bestehen.

⁹⁰⁴ BT-Drucks. 13/5274, S. 25. Der alternativ debattierte Ansatz einer fortbestehenden Geltung des alten 10. Buchs und einer möglichst unveränderten Übernahme des Modelgesetzes als Sondergesetz für internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeitsverfahren wurde mit Verweis auf eine damit verbundene dualistische Geltung zweier, in Struktur, Umfang und Terminologie stark voneinander abweichender Normgefüge nicht übernommen.

⁹⁰⁵ Ein internationaler Schiedsspruch ist, solange die Schaffung eines internationalen Weltschiedsgerichtshofes aussteht, notwendigerweise einer nationalen Rechtsordnung zuzuordnen, nach deren Bestimmungen sich auch der Begriff des internationalen Schiedsspruches zu orientieren hat. Vergl. hierzu Haas, S. 44 ff.

⁹⁰⁶ Vergl. oben 1. Teil, 2. Kapitel, dort unter B.), I.), 3.).

internationale (nicht dagegen auf ausländische⁹⁰⁷) Schiedsverfahren anzuwenden ist⁹⁰⁸. Damit ist auch in der deutschen Rechtsordnung das Verständnis einer „wahrhaft“ internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, in der das Schiedsverfahren als losgelöst von einer nationalen Rechtsordnung wahrgenommen wird, von dem Gesetzgeber nicht akzeptiert worden⁹⁰⁹. Ein internationaler Schiedsspruch im Sinne obiger Beschreibung kann damit sowohl ein inländischer, als auch ein ausländischer Schiedsspruch sein, je nachdem wo sich der Sitz des Schiedsgerichts befindet, welches diesen erlässt.

⁹⁰⁷ Als Folge der Abkehr von der Verfahrenstheorie, ist ein im Ausland stattfindendes Schiedsverfahren in dem deutsches Verfahrensrecht angewendet wird, soweit das maßgebliche ausländische Recht dies ermöglicht, nicht mehr als „deutsches Schiedsverfahren“ zu qualifizieren. Vergl. ausführlich zu Vor- und Nachteilen aus deutscher und ausländischer Sicht: Kreindler in FS für Sandrock, S. 515, 530 f..

⁹⁰⁸ Habscheid in JZ 1998, S. 445, 446.

⁹⁰⁹ Mit deutlicher Kritik hierzu Berger in FS Böckstiegel, S. 31, 41.

II) Das anwendbare Recht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nach den Regelungen des 10. Buchs der ZPO

Eine Art. 1495 NCPC vergleichbare Norm für den Fall der Anwendung des nationalen Verfahrensrechts in einem internationalen Schiedsverfahren existiert im deutschen, ebenso wie im englischen Schiedsverfahrensrecht nicht. Anders als in Frankreich gelten für internationale Schiedsverfahren (wie eben gesehen) keine gesonderten Regeln, womit für eine solche „Binde- oder Scharniernorm“ zwischen beiden Regelungskomplexen weder Bedürfnis noch Notwendigkeit besteht⁹¹⁰.

§ 1025 Abs. 2 ZPO enthält lediglich einige Verweise auf Normen, welche, als Durchbrechung des Territorialitätsprinzips, auf Schiedsverfahren

⁹¹⁰ Der deutsche Gesetzgeber sah eine solche Regelung mit der Verursachung zahlreicher Zweifelsfragen hinsichtlich der gegenseitigen Beeinflussung beider Regelungswerke verbunden, BT-Drucks. 13/5274, S. 25. Angesichts der Unklarheiten die Art. 1495 NCPC hervorrief (vergl. oben 2. Teil, 2. Kapitel, B.), II.) scheinen diese Bedenken berechtigt. Auf derart vermiedene Abgrenzungsschwierigkeiten (etwa zur Vereinbarkeit des Begriffs der Handelsschiedsgerichtsbarkeit im Modelgesetz und dem Handelsbegriff im HGB) weisen auch Winkler/Weinand, BB 1998, S. 597, 598 hin.

Anwendung finden, die im Ausland stattfinden oder deren Schiedsort noch nicht bestimmt wurde. Es handelt sich hierbei um Regelungen der Zuständigkeit der deutschen Gerichte für gewisse Funktionen⁹¹¹, welche im Interesse der Beteiligten auch entgegen etwaiger Parteivereinbarungen gelten sollen⁹¹². Abs. 2 verweist auf §§ 1032, 1033, 1050 ZPO. Das angerufene deutsche Gericht soll sich also auch bei ausländischen Schiedsverfahren für unzuständig erklären, soweit die Angelegenheit Gegenstand einer Schiedsvereinbarung ist (§ 1032). Gleichfalls kann es das ausländische Schiedsgericht durch vorläufige oder sichernde Maßnahmen auf Antrag einer Partei (§ 1033) bzw. gerichtliche Unterstützung bei der Beweisaufnahme (§ 1050) unterstützen. Abs. 3 betrifft die Unterstützung staatlicher Gerichte bei der Bildung des Schiedsgerichts, soweit der Ort des Schiedsverfahrens noch nicht bestimmt wurde, Abs. 4 erklärt die Regeln über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche für anwendbar. Diese Regelungen liegen ersichtlich im Interesse der Parteien und stehen meist unter dem Vorbehalt eines diesbezüglichen Antrags

⁹¹¹ Winkler/Weinand in BB 1998, S. 597, 600.

⁹¹² Albers in Baumbach/Lauterbach, ZPO zu § 1025, Rdn. 5.

seitens dieser oder dem Schiedsgericht (v.a. die in Abs. 2 genannten Normen). Ein Eingriff in die autonome Gestaltung des Schiedsverfahrens kann in diesen nicht gesehen werden. In Ihrer Ausdehnung auf ausländische Schiedsverfahren lässt sich vielmehr ein Ausdruck der Assistenzfunktion staatlicher Gerichte im Verhältnis zu den privaten Schiedsgerichten erblicken.

1. Die Regelung von § 1051 ZPO

Einleitend ist auf ein Grundsatzproblem hinzuweisen, welches die Erwägungen des deutschen Gesetzgebers bei der Reform des Schiedsverfahrensrechts maßgeblich beeinflusste. Der Gesetzgeber intendierte eine Übernahme der Formulierung aus Art. 28 Abs. 2 Modellgesetz, fühlte sich gleichzeitig aber an die Kollisionsnormen des Europäischen Übereinkommens vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht gebunden, welche in Art. 27 ff. EGBGB umgesetzt wurden⁹¹³. Das

⁹¹³ Solomon in RIW 1997, S. 981, 986; BT-Drucks. 13/5274, S. 52. Das maßgebliche Problem war hier die Reichweite des Übereinkommens zu bestimmen, wobei zwar über die Unanwendbarkeit auf Schiedsvereinbarungen Einigkeit bestand, die Frage der Ausdehnung seiner Kollisionsnormen zur Bestimmung des anwendbaren Sachrechts im Schiedsverfahren jedoch kontrovers gesehen wurde (anders als der

Problem konkretisierte sich anhand der Schwierigkeit, die frei formulierten Regelungen des Modellgesetzes inhaltlich mit soeben genannten Kollisionsnormen konvergieren zu lassen. Dieses Problem stellte sich wiederum nur unter der Voraussetzung, dass man die Art. 27 ff. EGBGB für internationale Schiedsgerichte mit Sitz in Deutschland als bindend ansieht. Dieser Ansicht unterlag die Bundesregierung⁹¹⁴, weswegen sie bei der Neufassung des 10. Buchs der ZPO (§ 1051 Abs. 2 um genau zu sein) den soeben beschriebenen „Spagat“ versuchen musste. Generiert wurde dementsprechend eine Norm, welche - wie formuliert wird - eine merkwürdige Mixtur aus Art. 27 ff. EGBGB und Art. 28 Modelgesetz darstelle⁹¹⁵.

Verschiedene Gründe sprechen jedoch gegen eine Bindung des Schiedsgerichts an das Kollisionsrecht des

Regierungsentwurf etwa Martiny in FS Schütze, S. 529, 533; einen Überblick gibt Junker in FS Sandrock, S. 443, 450-456.

⁹¹⁴ BT-Drucks. 13/5274, S. 52; Junker bezeichnet diese Thematik als eines der ungeklärten Probleme der Schiedsverfahrensrechts-Reform von 1997, vergl. in FS Sandrock, S. 443, 450.

⁹¹⁵ So Junker in FS Sandrock, S. 443, 444. Neben den hier interessierenden und im folgenden zu erörternden Fragen soll noch kurz erwähnt sein, dass eine Konvergenz mit Art. 28 Abs. 2 Modelgesetz nicht erreicht wurde. Dieser enthält eine Regel zur Bestimmung des anwendbaren Kollisionsrechts, Art. 28 EGBGB dagegen eine Sachnormverweisung. Nach Solomon (RIW 1997, S. 981, 985) sind hier unterschiedliche Ausgänge denkbar.

Schiedsortes. Trotz dessen Bedeutung für Fragen der Nationalität des zu erlassenden Schiedsspruchs oder der Beachtung zwingender Vorschriften des Prozessrechts der *lex fori*, entspricht die Bestimmung des Schiedsortes häufig Opportunitätsgesichtspunkten und kann folglich nicht „wie selbstverständlich“ als Ausdruck des Parteiwillens hinsichtlich des anzuwendenden materiellen Rechts interpretiert werden⁹¹⁶. Der Bedeutung des Parteiwillens als Legitimationsgrundlage der Schiedsgerichtsbarkeit Rechnung tragend, wird daher überwiegend vertreten, dass Schiedsgerichte keine *lex fori* haben und folglich nicht an die Kollisionsnormen dieser gebunden sind⁹¹⁷. Dies äußere sich auch in der Tatsache, dass alle modernen

⁹¹⁶ Sandrock, RIW 1992, S. 785-795, dort v.a. S. 786-790 mit ausführlicher Darstellung des Diskussionsstandes; ebenso Derains unter Hervorhebung der ICC-Schiedsgerichte in RDAI 1996, S. 514, 515; s.a. Wichard in RabelsZ 1996, S. 269, 276, dort m. w. N. in Fn. 21.

⁹¹⁷ Sandrock, RIW 1992, S. 785, 795; Raeschke-Kessler/Berger/Lehner, S. 117, Rdn. 405; Solomon, RIW 1997, S. 981, 988; Schlosser in RIW 1994, S. 723, 727; Berger in FS Böckstiegel, S. 31, 41; anders wohl Schütze, S. 100, Rdn. 175, der jedoch aufgrund der Reformierung des Schiedsverfahrensrechts die Diskussion mit Verweis auf die Schaffung von § 1051 ZPO für obsolet hält. Die dominierende Meinung entspricht im Allgemeinen auch den in der internationalen Literatur vertretenen Ansichten, vergl. statt vieler den diesbezüglichen Überblick bei Poudret/ Besson, S. 606-608, Rdn. 677.

Schiedsgerichtsgesetze „eigene“ kollisionsrechtliche Bestimmungen für die Schiedsgerichte enthalten⁹¹⁸. Ließe sich in § 1051 ZPO eine „Nachbildung“ der auf das EVÜ zurückgehenden §§ 27 ff. EGBGB erblicken, könnte der Gesetzgeber hiermit die These eines Sonderkollisionsrecht für Schiedsverfahren verworfen und die Geltung des staatlichen Kollisionsrecht am Sitz des Schiedsgerichts in der neuen Regelung verankert haben⁹¹⁹.

Diese Grundsatzfrage und ihre Auswirkung auf die Fassung des deutschen Schiedsverfahrensgesetzes erlangt im Zusammenhang mit der Interpretation von § 1051 Abs. 2 ZPO Bedeutung und ist dort daher erneut aufzugreifen.

a) § 1051 Abs. 1 ZPO

Gemäß § 1051 Abs. 1, S.1 ZPO hat das Schiedsgericht die Streitigkeit in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften zu entscheiden, die von den Parteien als auf den Inhalt des Rechtsstreits anwendbar bezeichnet worden sind. Dies entspricht dem Wortlaut

⁹¹⁸ Schlosser, a.a.O..

⁹¹⁹ So zumindest Geimer in Zöller, ZPO zu § 1051, Rdn. 2. Ausführlich hierzu im folgenden unter 1.) b).

von Art. 28 I Modelgesetz. Als Wahlobjekt kommen danach „Rechtsvorschriften“ in Betracht. Gemäß der verwendeten Terminologie⁹²⁰ im Modellgesetz soll dieser Begriff grundsätzlich über den des Rechts einer staatlichen Rechtsordnung hinausgehen. Mithin können die Parteien eine Wahl nichtstaatlichen Rechts als anwendbares, materielles Recht bestimmen⁹²¹. Jedoch wird teilweise differenziert und zumindest Ausschnitte einer *lex mercatoria*, wie etwa Klauselwerke und Handelsbräuche, nicht als Rechtsvorschriften im Sinne der Norm anerkannt⁹²². Die Begründung zum Gesetzesentwurf ist in diesem Punkt nicht zwingend, erklärt sie doch „auch solche (Rechtsvorschriften), die auf internationaler Ebene erarbeitet worden sind“ für wählbar⁹²³. Diesbezüglich ist auf die Ausführungen im 2. Teil, 2. Kapitel unter B.), III.), 1.) c) zur Unterscheidung von Handelsbräuchen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu verweisen. Auch im deutschen Recht werden die Handelsbräuche über § 1051 Abs. 4

⁹²⁰ Siehe hierzu im 1. Teil, 2. Kapitel, B.), II.), 1.).

⁹²¹ So wohl auch Sandrock in RIW 2000, S. 321, 322.; Kronke in RIW 1998, S. 257, 262.

⁹²² Sandrock a.a.O.; allgemein zu dieser Differenzierung Gaillard in *Mélanges Bellet*, S. 203 ff..

⁹²³ BT-Drucks. 13/5274, S. 52.

ZPO gesondert berücksichtigt⁹²⁴. Eine qualitative Trennung zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen wird in Deutschland, soweit ersichtlich, zwar nicht diskutiert, dass diesen aber ebenfalls nicht der Charakter allgemeiner Rechtsgrundsätze beigemessen wird, ist anerkannt und unter Zugrundelegung der selben Argumentation wie in der französischen Rechtsordnung anzunehmen⁹²⁵. Eine weitere Differenzierung zur inhaltlichen Deutung des Begriffes der Rechtsvorschriften im Rahmen des Abs. 1 ist nicht erforderlich.

Auch im Rahmen der deutschen Rechtsordnung sind unter dem Begriff Rechtsvorschriften die Grundsätze und Regeln einer *lex mercatoria* zu verstehen⁹²⁶. Das deutsche Recht stimmt im Ergebnis hier mit dem englischen (dort jedoch unter „such other considerations“ gemäß section 46 (1.)(b)) und dem französischen Recht (Art. 1496 NCPC) überein.

⁹²⁴ Hierzu im folgenden unter c.).

⁹²⁵ So im Ergebnis wohl auch Sandrock, RIW 2000, S. 321, 324, vergl. i.e. unter c.).

⁹²⁶ Berger in DZWir 1998, S. 45, 52; Schlosser in Stein/Jonas/Schlosser, ZPO zu § 1051, Rdn.1; so eindeutig auch Martiny in FS Schütze, S. 529, 536 f. (der zutreffend darauf hinweist, dass die Parteien „sogar“ einen Entscheid nach Billigkeit vereinbaren können). Nach Berger soll es sich hierbei um die international ganz herrschende Meinung handeln.

Weniger eindeutig ist die Interpretation von § 1051 Abs. 2 ZPO.

b) § 1051 Abs. 2 ZPO

Haben die Parteien die anzuwendenden Rechtsvorschriften nicht bestimmt, so kommt es zu einer objektiven Anknüpfung. Gemäß § 1051 Abs. 2 ZPO hat das Schiedsgericht das Recht des Staates anzuwenden, mit dem der Gegenstand des Verfahrens die engsten Verbindungen aufweist. Die Formulierung ist weitgehend an Art. 28 Abs. 2 Modellgesetz angelehnt, wenngleich dieser dem Schiedsgericht ein Ermessen hinsichtlich des anzuwendenden Kollisionsrechts aufgibt, § 1051 Abs. 2 ZPO hingegen selbst eine Kollisionsregel enthält, welche, insofern „direkt“, eine Entscheidung des Schiedsrichters zur Feststellung des anzuwendenden Sachrechts vorsieht.

Die Bedeutung der Formulierung des § 1051 Abs. 2 ZPO und damit die Leitlinie des schiedsrichterlichen Entscheidungsspielraums, ist zudem geprägt durch die zuvor unter 1.) angedeutete Kontroverse über die Anwendbarkeit des EVÜ (bzw. der dessen Regelungen umsetzenden Art. 27 ff. EGBGB) auf Schiedsverfahren.

Die Auslegung des Absatz 2 hängt maßgeblich von der Bewertung dieser Frage ab.

Gleichzeitig ist festzuhalten, dass auch im Falle einer Ablehnung der Geltung der Art. 27 ff. EGBGB, ein Schiedsgericht nicht völlig frei in der Bestimmung des anzuwendenden Rechts ist. Dies ergibt sich sowohl aus der Formulierung von § 1051 Abs. 2 ZPO, wie auch den im Schiedsverfahren maßgeblichen Interessen und Erwartungen der Parteien⁹²⁷. Letztlich stellt das Merkmal der engsten Verbindung nur eine Konkretisierung des schiedsrichterlichen Ermessens dahingehend dar, dass dessen Ergebnis nicht willkürlich sein darf⁹²⁸.

Es stellt sich somit die Frage, inwieweit tatsächlich Unterschiede für das Vorgehen des Schiedsrichters bei der Bestimmung des anwendbaren, materiellen Rechts bestehen, wenn er sich hierbei nach den Vorgaben der Art. 27 ff. (insbesondere Art. 28) EGBGB richtet oder allein nach seinem „freien“ Ermessen bewertet, mit

⁹²⁷ Vergl. hierzu das Beispiel bei Sandrock in RIW 1992, S. 785, 788. Zwar führt er diese zur Frage der Anwendbarkeit von Kollisionsnormen der staatlichen lex fori auf Schiedsgerichte an, in hier verwendetem Zusammenhang eignen sie sich jedoch gleichfalls zur Veranschaulichung.

⁹²⁸ BT-Drucks. 13/5274, S. 53. Die Ablehnung einer völligen Freiheit des Schiedsrichters stellt insofern den kleinsten gemeinsamen Nenner dar.

welchem Recht der Verfahrensgegenstand die engsten Verbindungen aufweist. Im Nachgang zu dieser Frage bleibt zu klären, inwiefern ein eventueller Unterschied in der schiedsrichterlichen Vorgehensweise die hier zu klärende Frage des zulässigen Spektrums anwendbarer Regeln überhaupt betrifft bzw. beeinflussen kann.

aa) Die Methode des
Schiedsrichters bei der
Ermittlung des anzuwendenden
Rechts

Die Prämisse der Bundesregierung zugrunde gelegt, soll die Formulierung des § 1051 Abs. 2 ZPO eine Ausformung von Art. 28 EGBGB darstellen, mithin dessen Regeln der Anknüpfung die für das Schiedsgericht Maßgeblichen sein, wenn es um die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „engsten Verbindung“ geht⁹²⁹. Gleichzeitig wird jedoch eingeräumt, dass in einer entsprechenden Konstellation auch ein anderes Sachrecht angewendet werden könne, soweit im konkreten Fall andere Anknüpfungspunkte

⁹²⁹ BT-Drucks. 13/5274, S. 53.

ein deutlich stärkeres Gewicht haben. Damit soll wohl Art. 28 Abs. 5 EGBGB in Bezug genommen werden⁹³⁰. Nun lässt sich aber in der Vorschrift des § 1051 Abs. 2 ZPO an keiner Stelle ein Indiz erkennen, aus welchem heraus sich die zwingende Heranziehung des Art. 28 EGBGB rechtfertigt: Die notwendige Anwendung des staatlichen Kollisionsrechts auf internationale Schiedsgerichte ist als überholt anzusehen⁹³¹. Eine Nachbildung des Art. 28 EGBGB in § 1051 Abs. 2 ZPO⁹³² ist (zumindest in der Formulierung der Norm) nicht zwingend erkennbar, denn das Kriterium der „engsten Verbindung“ reflektiert lediglich die Aufgabe jeder Kollisionsnorm und ist insofern eine konkretisierungsbedürftige Leerformel⁹³³. Den einschlägigen Gesetzesbegründungen kommt keine Verbindlichkeit für die Auslegung des Gesetzes zu⁹³⁴ und die Systematik der Vorschrift lässt eher eine

⁹³⁰ Dies ändert jedoch nichts an der prinzipiellen Maßgeblichkeit der Vermutungen der ersten Absätze, die Ausnahmeregel des Abs. 5 führt nicht zu einer, „letztlich doch freien“ Wahl des Schiedsgerichts. Vergleiche eingehend Solomon in RIW 1997, S. 981, 984.

⁹³¹ S.o. unter 1.) sowie Nachweise bei Fn. 153.

⁹³² Geimer in Zöller, ZPO zu § 1051, Rdn. 2; ebenso Albers in Baumbach/Lauterbach, ZPO zu § 1051, Rdn. 3.

⁹³³ Von Bar, IPR, S. 605 f., Rdn. 92.

⁹³⁴ Larenz, Methodenlehre, 2. Auflage, S. 217.

gegenteilige Annahme erahnen, da - ginge man von einer Nachbildung des Art. 28 EGBGB aus - nur der Grundsatz der engsten Verbindung übernommen worden wäre, gerade nicht aber die weiteren Konkretisierungen der Vorschrift⁹³⁵. § 1051 Abs. 2 ZPO bindet das Schiedsgericht demzufolge nicht zwingend an die Vermutungsregeln des Art. 28 EGBGB, wenngleich es sich an diesen orientieren kann. Häufig⁹³⁶, aber nicht notwendig, wird es dabei jeweils zu gleichen Ergebnissen gelangen.

Von entscheidender Bedeutung ist, dass das Schiedsgericht nachvollziehbare Anknüpfungen heranzuziehen hat, im Einzelfall jedoch auch inhaltlich von Art. 28 EGBGB abweichende Regeln zugrundelegen darf⁹³⁷. Ein derartiges, vor allem an den

⁹³⁵Voit, JZ 1997, S. 120, 123 f.; Heigl, S. 142. Solomon (RIW 1997, S. 981, 985) ergänzt dies, indem er auf die Auslegung von Art. 187 Abs. 1 des schweizerischen IPRG verweist, an dem sich § 1051 ZPO gerade orientieren soll (BT-Drucks. 13/5274, S. 52 f.).

⁹³⁶So Berger in DZWir 1998, S. 45, 52 f., der im Ergebnis keine Abweichungen zu der bisherigen Praxis der Anknüpfungsentscheidungen erwartet. Ähnlich Heigl, S. 144.

⁹³⁷Im Ergebnis wohl ebenso: Solomon, RIW 1997, S. 981, 989 f.; Kronke, RIW 1998, S. 257, 263 unter d); Berger in FS Böckstiegel, S. 31, 41; Junker in FS Sandrock, S. 443, 457; Martiny in FS Schütze, S. 529, 541.

Interessen der Parteien⁹³⁸ und international anerkannter Grundsätze orientiertes Ermessen ist notwendig, um der Internationalität der Transaktion und der Parteien gerecht werden zu können. Da das deutsche Schiedsverfahrensrecht gleichermaßen für nationale wie internationale Schiedsverfahren gelten soll, erscheint eine Ermessenbindung an die jeweils zugrundeliegende „Interessenkonstellation“ sinnvoll. In einem „rein“ deutschen Schiedsverfahren müsste dementsprechend das Ermessen des Schiedsgerichts auf das deutsche Recht reduziert sein (lex fori inländischer Schiedsgerichte), sind Parteien aus EVÜ Staaten involviert, ließe sich an die Zugrundelegung der Art. 27 ff. EGBGB als die Regeln des EVÜ konkretisierende Vorschriften denken⁹³⁹.

Eine Reduzierung des schiedsgerichtlichen Ermessens auf die Kollisionsnormen des Schiedsortes oder des anwendbaren Verfahrensrechts⁹⁴⁰ erscheint im Ansatz

⁹³⁸ Die Berücksichtigung der Parteiinteressen wird allgemein im Rahmen einer objektiven Anknüpfung gefordert. Anzuwenden sei die Rechtsordnung, die dem Gegenstand der Vereinbarung interessengemäß am nächsten steht. Vergl. Martiny in MK, Band 10 zu Art. 28 EGBGB, Rdn. 11.

⁹³⁹ So auch Solomon in RIW 1997, S. 981, 985 oben.

⁹⁴⁰ Wie Schütze proklamiert, vergl. in FS Böckstiegel, S. 715, 718 f.. Er geht dabei davon aus, dass nur eines der beiden in Frage kommt, um die vom Schiedsgericht zu bestimmende,

dagegen zu eng, da diese Kriterien nicht notwendig dem zu ermittelnden Interesse der Parteien gerecht werden können.

Eine zwingende Bindung an die Anknüpfungskriterien des Art. 28 EGBGB ist in der Vorschrift des § 1051 Abs. 2 ZPO mithin nicht zu sehen. Die Vorschrift stellt die vorzunehmende Anknüpfung im Einzelfall in das Ermessen des Schiedsgerichts, welches hierbei jedoch nicht völlig frei ist. Im Ergebnis werden sicher häufig Anknüpfungen im Sinne des Art. 28 EGBGB vorgenommen werden. Weiterhin lässt sich auch eine relative Annäherung an das französische Recht feststellen, dort hat das Schiedsgericht die von ihm als „geeignet“ angesehenen Vorschriften anzuwenden.

bb) Das Objekt der Rechtswahl

In der für diesen Abschnitt gewählten Überschrift taucht der Begriff der Rechtswahl auf. Diese orientiert sich an der Formulierung des § 1051 Abs. 2 ZPO, welcher von „Recht des Staates“ spricht, welches es zu bestimmen gilt, wenn die Parteien die anzuwendenden

„eigene“ lex fori zu ermitteln. Die Prämisse, nach der internationale Schiedsgerichte keine lex fori besitzen, liegt Schützes Ausführungen dabei nicht zugrunde.

„Rechtsvorschriften“ nicht festgelegt haben. Die Formulierung Recht des Staates ist bereits eindeutig. Durch die Gegenüberstellung mit dem Begriff der Rechtsvorschriften im Sinne des Abs. 1 unterstreicht Abs. 2 die klare begriffliche Grenzziehung und legt fest, dass das Objekt der schiedsrichterlichen Bestimmung nur ein staatliches Recht sein kann.

Junker und mit ihm Berger⁹⁴¹ halten dennoch eine Anwendung nichtstaatlicher Regeln für möglich und verweisen auf die Übernahme des Begriffes „Recht des Staates“ aufgrund der „fälschlichen“ Orientierung an den Formulierungen des EVÜ bzw. der Art. 27 ff. EGBGB. Ein solcher Zusammenhang zwischen den Regelungen des EVÜ und § 1051 Abs. 2 ZPO wurde hier ebenfalls für nicht gegeben angesehen (zuvor unter aa)). Dort ließ sich ein Bezug nach herkömmlichen Auslegungsgrundsätzen jedoch auch nicht ermitteln. Hinsichtlich des „Wahlobjekts“ des Schiedsrichters in Abs. 2 der Vorschrift existiert dagegen ein eindeutiger Wortlaut.

Ähnlich wie durch section 46 (3.) Arbitration Act 1996, wird das Schiedsgericht durch diesen (Wortlaut)

⁹⁴¹ Junker in FS Sandrock, S. 443, 462; Berger in FS Böckstiegel, S. 31, 42.

vorzeitig festgelegt, wobei die Formulierung des deutschen Rechts noch stärker ist (Recht des Staates), das englische Rechts spricht allein von „the law“. Im Ergebnis widerspricht diese Festlegung dem zuvor unter aa) festgestellten, grundsätzlich bestehenden Ermessen des Schiedsgerichts, wenn es im Einzelfall eine Anwendung von lex mercatoria Regeln als dem Parteiwillen am nächsten kommende Option betrachtet⁹⁴². Anders als das englische Recht, sieht das deutsche Recht zwar ein direktes Bestimmen von Sachnormen über die Kollisionsregel des § 1051 Abs. 2 ZPO vor, ohne den Weg über eine staatliche Kollisionsnorm einschlagen zu müssen⁹⁴³. Somit bestünde zumindest eine theoretische Möglichkeit der Anwendung nichtstaatlicher Normen im Rahmen des § 1051 Abs. 2 ZPO. Das schiedsrichterliche Ermessen entgegen dem eigentlichen Wortsinn auf eine

⁹⁴² In diesem Sinne auch die Ausführungen zum englischen Recht, vergl. 1. Teil, 2. Kapitel, unter D.).

⁹⁴³ An dieser Stelle erhebt sich die Frage, inwiefern es tatsächlich Wesenszug des IPR ist, staatliches Recht anzuwenden und ob nicht auch nichtstaatliches Recht taugliches Vertragsstatut sein könnte. Zu dieser Frage Wichard in RabelsZ 1996, S. 269, 282 ff.. Da es dort um die Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts als Vertragsstatut geht, ist eine Berührung mit der hier geführten Argumentation nicht denkbar, geht es hier doch gerade um die Frage des anzuwendenden Rechts im Falle einer fehlenden Parteienwahl.

Anwendung nichtstaatlicher Rechtsvorschriften zu erweitern erscheint indes nur unter besonderen Umständen denkbar.

Eine teleologische Reduktion des eindeutigen Wortlauts erschiene nur gerechtfertigt, wenn das Festhalten am Wortlaut zu praktisch nicht vertretbaren oder am Regelungsziel vorbeigehenden Lösungen führen würde. Anders gesagt, die Normsituation oder das Gefüge der gesamten Rechtsordnung müssten sich derart gewandelt haben, dass ein Festhalten an dem bisherigen Gesetzesverständnis zu dessen Unzulänglichkeit führen müsste⁹⁴⁴. Denkbar wäre dies, wenn die Erfassung und Strukturierung von *lex mercatoria* Regeln einen derartigen Grad an Akzeptanz und inhaltlicher Kohärenz erlangt hat, dass eine Vermutung für deren grundsätzliche Anwendbarkeit spräche und dies auch weitgehend anerkannt wäre⁹⁴⁵. An diesem Punkt ist die

⁹⁴⁴ Dabei müsste die „neue“ Auslegung grundsätzlich noch dem Zweck des Gesetzes entsprechen, es sei denn dieser ist gegenstandslos geworden oder ein anderer vernünftiger Zweck wird unter den neuen Verhältnissen erfüllt. Vergl. allgemein zu diesen Überlegungen Larenz, Methodenlehre, S. 238-241.

⁹⁴⁵ S. bereits oben, 2. Kapitel, A.), IV.) die Bemerkung am Schluss von Bergers Ausführungen.

Entwicklung jedoch (noch)⁹⁴⁶ nicht. Solange bleibt eine solche Interpretation *contra legem*⁹⁴⁷.

c) § 1051 Abs. 4 ZPO

Gemäß § 1051 Abs. 4 ZPO hat das Schiedsgericht in allen Fällen bestehende Handelsbräuche zu berücksichtigen, dies jedoch in den Grenzen zwingender, gesetzlicher Regelungen der *lex causae*⁹⁴⁸. Das Schiedsgericht hat also auch ohne diesbezügliche Vereinbarung der Parteien auf entsprechende Bräuche zurückgreifen und diese zu berücksichtigen. Ein anerkannter Bestandteil der *lex mercatoria* wird somit in allen hier verglichenen Rechtsordnungen als notwendiges Element zur sachgerechten Beurteilung internationaler Wirtschaftsstreitigkeiten angesehen und herangezogen.

⁹⁴⁶ Die Ausarbeitung der UNIDROIT-Prinzipien stellt jedoch einen beachtlichen Schritt in diese Richtung dar.

⁹⁴⁷ Zu diesem Ergebnis kommt auch Sandrock (RIW 2000, S. 321, 326 und 328), begründet dies aber vor allem mit der Unvollständigkeit dieser Regeln (in Form der UNIDROIT und PECL) und Anwendungsschwierigkeiten durch Interferenzen mit der *lex contractus*.

⁹⁴⁸ Geimer in Zöller, ZPO zu § 1051, Rdn. 10; Sandrock in RIW 2000, S. 321, 324.

2. Abgrenzung zur Entscheidung nach Billigkeit

Die Existenz des § 1051 Abs. 3 ZPO, nach welchem ein Entscheid nach Billigkeit durch das Schiedsgericht aufgrund ausdrücklicher Parteivereinbarung möglich ist, belegt auch die in der deutschen Rechtsordnung anerkannte Differenzierung von Rechtsentscheidung (im Sinne des Abs. 1) und einer Entscheidung nach freiem Ermessen. Nach oben unter a) Gesagtem, wird eine Entscheidung aufgrund von nichtstaatlichen Regeln unter den Begriff der Rechtsvorschriften subsumiert und folglich als Entscheidung nach Recht, im Gegensatz zum in Abs. 3 geregelten Entscheid nach Billigkeit angesehen.

Gleichzeitig wird in der Fassung des § 1051 ZPO aber auch ein innerer Widerspruch erkennbar: Eine Entscheidung nach Rechtsvorschriften, (was *lex mercatoria* Regeln, wie bei Abs. 1 gesehen, mit einschließt), und eine Entscheidung nach Billigkeit, erfordern nämlich jeweils eine ausdrückliche Ermächtigung durch die Parteien, obwohl sie gesetzestechisch gesondert behandelt und dadurch qualitativ eindeutig als Rechts- und Billigkeitsentscheidung unterschieden werden. Liegt

keine Willensäußerung der Parteien vor, werden beide dagegen im Ergebnis gleichgestellt, denn ohne explizite Parteienwahl darf der Schiedsrichter gemäß § 1051 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO weder nach nichtstaatlichen Rechtsvorschriften noch nach Billigkeit entscheiden, sondern nur das Recht eines Staates bestimmen. Dies ergibt die paradox anmutende Situation, dass im Rahmen einer expliziten Wahl eine andere qualitative Bewertung des „Wahlobjektes nichtsstaatliche Vorschriften“ erfolgt, als im Rahmen einer fehlenden Rechtswahl der Parteien. Im ersteren Fall handelt es sich um eine Rechtsentscheidung, im zweiten Fall werden Rechtsvorschriften im Sinne des Abs. 1 mit dem Entscheid nach Billigkeit assimiliert. Kann aber allein der Verweis auf die Parteiautonomie⁹⁴⁹ eine unterschiedliche Behandlung desselben Objektes rechtfertigen⁹⁵⁰, je nach dem ob die Parteien sich in punkto der anwendbaren, materiellen Regeln einigen konnten oder nicht? Nach den dieser Arbeit zugrunde

⁹⁴⁹ Auch in vorliegendem Zusammenhang ist an die Berücksichtigung einer „passiven Parteiautonomie“ zu denken, vergl. allgemein die diesbezüglichen Ausführungen im 1. Teil, 2. Kapitel, unter D.).

⁹⁵⁰ Vergl. hierzu auch die Ausführungen zum Begriff der Rechtsvorschriften in Art. 1496 NCPC im 2. Teil, 2. Kapitel, B., III.), 1.), b).

gelegten Maßstäben sowie den erklärten Zielen des Gesetzgebers bei der Neufassung des 10. Buchs der ZPO muss dies wohl verneint werden.

Es fragt sich, wie ein solcher Widerspruch aufzulösen ist. Der Wortlaut der Vorschriften führt hier nicht weiter, vielmehr wirft dieser die gerade angesprochene Problematik auf. Nach der Systematik der Vorschrift müsste § 1051 Abs. 2 ZPO entgegen seinem Wortlaut ausgelegt werden, d.h. er müsste auch für nichtstaatliches Recht gelten, um so die aus den Absätzen 1 und 3 hervorgehende Wertung (Trennung von Entscheidung nach Recht und nach Billigkeit) aufrechtzuerhalten. Anderenfalls wäre Abs. 3 in seinem Bedeutungsgehalt stark beschnitten, denn dürfte im Falle eines Schweigens der Parteien allein staatliches Recht zur Anwendung gelangen, ergäbe sich umgekehrt, dass für jede andere Entscheidungsgrundlage (Billigkeit oder nichtstaatliche Normen) eine ausdrückliche Wahl erforderlich ist. Die in Abs. 3 gemachte Anordnung wäre insoweit nur deklaratorischer Natur. Eine solche Auslegung von Abs. 2 wäre im Übrigen aber *contra legem*, wie oben unter 1.), b), bb) gesehen.

Hieraus ergibt sich, dass eine sachliche Übereinstimmung⁹⁵¹ bei der inhaltlichen Bewertung der Begriffe Billigkeit, Recht eines Staates und Rechtsvorschriften im Rahmen des § 1051 ZPO schwerlich auszumachen ist.

Im Gegensatz zur deutschen Regelung ist das englische Recht hier klar und konsequent. Durch die begriffliche Trennung von Recht (als staatlichem Recht) und allem Übrigen als „such other considerations“ werden Billigkeit und nichtstaatliche Regeln gleichgesetzt und gelangen allein aufgrund einer entsprechenden Parteienwahl zur Anwendung⁹⁵². Ähnlich klar, allerdings mit anderer Bewertung, zeigt sich das französische Recht, indem es gemäß Art. 1496 NCPC die nichtstaatlichen mit den staatlichen Rechtsvorschriften als „Recht“ gleichsetzt und in Gegensatz zum Entscheid nach Billigkeit gemäß Art. 1497 NCPC positioniert.

Da nun aber der Begriff der Billigkeit (und damit auch der Begriff der Rechtsvorschriften) nach dem Wortlaut der deutschen Regelung des § 1051 ZPO nicht so

⁹⁵¹ Eine solche, zugrundeliegende, sachliche Übereinstimmung muss im Rahmen der Untersuchung des Bedeutungszusammenhangs zwischen einzelnen Bestimmungen einer Vorschrift angenommen werden, vergl. Larenz, Methodenlehre, 2. Auflage, S. 212 f..

⁹⁵² Vergl. 1. Teil, 2. Kapitel, B.) II.).

eindeutig einzugrenzen ist, wie es der Wortsinn, der allgemeine Gebrauch im Rahmen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit⁹⁵³ oder die Gesetzesbegründung⁹⁵⁴ vermuten lassen, müsste anhand von objektiv-teleologischen Kriterien nach dem vom Gesetzgeber beabsichtigten Sinn und Zweck der Regelung gefragt werden. Ein solches Vorgehen ist hier allerdings entbehrlich, da beide, theoretisch in Frage kommenden Auslegungsergebnisse (lex mercatoria Vorschriften werden mit Billigkeit assimiliert oder lex mercatoria Vorschriften fallen unter „Recht des Staates“ gemäß Abs. 2) sich letztlich an den Grenzen des jeweiligen Wortlauts stoßen. Aufgrund der Aufnahme dreier, international „geprägter“ Begriffe in die Vorschrift des § 1051 ZPO (Rechtvorschriften, Recht des Staates, Billigkeit) und ihrer im jeweiligen Zusammenhang erfolgten Verwendung entsteht nicht nur eine merkwürdige, sondern auch eine verwirrende Mixtur⁹⁵⁵, die sich gegen die allgemeine, auch in der

⁹⁵³ Siehe diesbezüglich die im 1. Teil, 2. Kapitel, B.), II.), 3.) gemachten Ausführungen.

⁹⁵⁴ BT-Drucks. 13/5274, S. 52 f., wo der allgemeinen Bedeutung gefolgt wird, die eine Billigkeitsentscheidung einer Entscheidung nach Recht entgegenstellt.

⁹⁵⁵ Vergl. die ursprüngliche Formulierung Junkers oben unter II.), 1.), Fn. 151.

deutschen Rechtsordnung weitgehend anerkannte, Trennung von lex mercatoria und Entscheid nach Billigkeit richtet.

Ist eine eindeutige Sinnermittlung aufgrund der Wortlautgrenzen nicht durchführbar, ließe sich an eine Nichtberücksichtigung von diesbezüglich aufkommenden Fragen im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung denken. Inwiefern die einschlägigen Vorschriften dies zulassen, soll an dortiger Stelle (unter III.),2.),b), aa),β)) erörtert werden.

III) Die Rechtsanwendungskontrolle von Schiedsentscheiden im 10. Buch der ZPO

Im neuen deutschen Schiedsverfahrensrecht finden sich eine Reihe von Eingriffbefugnissen der staatlichen deutschen Gerichte für das Schiedsverfahren. Von Interesse bezüglich des anwendbaren Rechts im Schiedsverfahren werden dabei vor allem die Regelungen zur Aufhebung, Anerkennung und Vollstreckung sein. Nur kurz soll daher auf Eingriffsmöglichkeiten staatlicher Gerichte während des Schiedsverfahrens eingegangen werden.

1. Der richterliche Eingriff in das Schiedsverfahren

Das 10. Buch der ZPO sieht an verschiedenen Stellen Möglichkeiten einer Intervention staatlicher Gerichte vor. Zu nennen sind im Wesentlichen § 1032 Abs.2 ZPO bezüglich der Zulässigkeit eines Schiedsverfahrens vor Bildung des Schiedsgerichts, § 1034 Abs. 2 und § 1035 Abs. 4 ZPO zur Ernennung von Schiedsrichtern bzw. einem diesbezüglich festgelegten Bestellungsverfahren sowie § 1037 Abs. 3 ZPO hinsichtlich der Ablehnung eines Schiedsrichters. Des Weiteren ist auf die bereits einleitend unter B.) erwähnten Möglichkeiten der gerichtlichen Unterstützung des Schiedsgerichts bei der Beweisaufnahme (§ 1050 ZPO) oder bezüglich vorläufiger oder sichernder Maßnahmen vor und im Schiedsverfahren (§ 1033 ZPO) hinzuweisen.

Insgesamt wird bei der Betrachtung dieser Vorschriften klar, dass es sich im Kern nur um Assistenz- nicht um Interventionsfunktionen handelt, welche dem staatlichen Richter (häufig auf Antrag einer Partei) zugestanden werden. So kann in diesem Zusammenhang festgehalten werden, dass es sich dem Wesen nach um eine

Assistenzfunktion des staatlichen Gerichts handelt, nicht um eine Interventionsbefugnis. Eine section 45 Arbitration Act 1996 vergleichbare Norm existiert im deutschen Schiedsverfahrensrecht nicht, allerdings wurde darauf hingewiesen (1.Teil, 2. Kapitel, B.), III.), 1.), a)), dass deren Wirkungen nur auf Antrag einer Partei geltend gemacht werden können.

2. Die Aufhebung von Schiedsentscheiden
gemäß § 1059 ZPO

a) Begriff des „internationalen“
Schiedsspruchs

Vergleichbar zur englischen Schiedsordnung gilt das deutsche Schiedsverfahrensrecht für nationale und internationale Schiedsverfahren. Als internationaler Schiedsspruch soll hier entsprechend dem oben unter B.), I.), 3.) Gesagtem ein Schiedsspruch verstanden werden, der im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit erlassen wurde.

b) Die Regelung von § 1059 ZPO

Im Rahmen der Anerkennung, Aufhebung und Vollstreckung von Schiedssprüchen wird nur zwischen inländischen und ausländischen Schiedssprüchen differenziert. Die Misslichkeit dieser Situation wird vor allem dann offenbar, wenn etwa in Deutschland ein Schiedsverfahren mit Auslandsbezug, also ein internationales Schiedsverfahren, stattfindet und dessen Anerkennung und Vollstreckung in Deutschland begehrt wird. Dieser internationale Schiedsspruch unterliegt den Regeln über die Anerkennung und Vollstreckung inländischer Schiedssprüche.

Konzeptionell besteht hier folglich eine bedeutende Abweichung zur französischen Regelung, welche ausländische und internationale Schiedssprüche im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung assimiliert⁹⁵⁶. Im Ergebnis ist dies jedoch weniger erheblich, insbesondere bezüglich etwaiger Auswirkungen auf eine Anwendung von lex mercatoria Regeln im Schiedsverfahren scheinen die erschöpfend aufgezählten Aufhebungsgründe des § 1059 Abs. 2, Nr. 1 und 2 ZPO keine Regelungen zu enthalten.

aa) Aufhebungsgründe des §
1059 Abs.2 ZPO

Im Folgenden werden drei Aufhebungsgründe analysiert, bei denen eine lex mercatoria Anwendung theoretisch von Relevanz sein kann.

α § 1059 Abs. 2 Nr. 1c)
ZPO

§ 1059 Abs. 2 Nr. 1 c) ZPO betrifft die Grenze der Schiedsvereinbarung. Eine Vereinbarung über das anzuwendende materielle Recht kann die Grenzen der

⁹⁵⁶ Vergl. Überschrift zu Titre VI des 4. Buchs des NCPC sowie im 2. Teil, 2. Kapitel, IV.), 1.), a), aa).

Schiedsvereinbarung überschreiten (Nr. 1 c), 1. Halbsatz, 3. Alt.), wenn das Schiedsgericht ein anderes als das in der Schiedsvereinbarung bestimmte Recht zur Anwendung bringt. Insoweit würde das Schiedsgericht auch ohne gültige Schiedsvereinbarung agieren, was sich gleichermaßen unter Abs. 2 Nr. 1 a) ZPO subsumieren ließe⁹⁵⁷. Handelt es dagegen im Rahmen seiner durch die Schiedsvereinbarung eingeräumten Kompetenz, käme eine Entscheidung *ultra petita* in Betracht, d.h. außerhalb der durch die Parteianträge gesetzten Grenzen⁹⁵⁸. Hier kann jedoch eine Anwendung von *lex mercatoria* Regeln grundsätzlich keine Erheblichkeit erlangen⁹⁵⁹, da diese nur im Rahmen einer Kompetenzüberschreitung seitens des Schiedsgerichts in Betracht kommen kann. Daneben wäre aber ein Verstoß gegen das anzuwendende Verfahrensrecht (d.h. ein Verstoß gegen Regeln des 10. Buches oder einer zulässigen Parteivereinbarung gemäß Abs. 2 Nr. 1 d) ZPO) denkbar.

⁹⁵⁷ Schütze hält aus diesem Grund den Aufhebungstatbestand der Nr. 1 c) für überflüssig, vergl. auf S. 141, Rdn. 266.

⁹⁵⁸ Vergl. Schwab / Walter, S. 253, Rdn. 15.

⁹⁵⁹ Vergl. hierzu das französische Recht, welches eine ähnliche Differenzierung im Rahmen der allgemein gehaltenen Vorschrift des Art. 1502 Abs. 3 NCPC vornimmt (oben 2. Teil, 2. Kapitel, IV.), 1.), b), cc).

Letzterer, soll nun unter β) näher erörtert werden.

β § 1059 Abs. 2 Nr. 1d) ZPO

Die Vorschrift betrifft etwaige Mängel im schiedsgerichtlichen Verfahren. Inhaltlich soll jeder Verstoß gegen verbindliche Anweisungen der Parteien oder gegen eine gesetzliche Bestimmung erfasst werden. Unter Verfahren ist das gesamte Schiedsverfahren, von der Konstituierung des Schiedsgerichts bis zum Erlass des Schiedsspruchs zu verstehen⁹⁶⁰. Eine Anwendung von *lex mercatoria* Regeln entgegen einer getroffenen Vereinbarung der Parteien fällt bereits unter den Wortlaut der Vorschrift, das Gericht setzt sich in einem solchen Fall über die Rechtswahl der Parteien hinweg⁹⁶¹.

Auch bei fehlendem, geäußerten Parteiwillen müsste nach oben vorgenommener Interpretation des § 1051 Abs. 2 ZPO ein Verstoß gegen die Vorschrift angenommen werden, wenn das Schiedsgericht Normen auf den Sachverhalt anwendet, die nicht dem Recht eines Staates zuzuordnen sind. Etwas anderes könnte jedoch gelten, wenn man die Bestimmung des anwendbaren Rechts als Teil der Rechtsanwendung

⁹⁶⁰ Borges in ZZP 1998, S. 487, 493.

⁹⁶¹ Voit in Musielak, ZPO zu § 1059, Rdn. 18; Geimer in Zöller, ZPO zu § 1059, Rdn. 43.

betrachtet, folglich keinen Mangel des Verfahrens hierin erblickte und (eventuelle) Unrichtigkeiten hierbei nicht zur Aufhebung des Schiedsspruchs führen ließe⁹⁶². In diesem Zusammenhang wird auch von einem Grundsatz der Unüberprüfbarkeit der Rechtswahl durch das staatliche Gericht gesprochen⁹⁶³.

Konkret handelt es sich um die Frage, ob ein Schiedsrichter, der nach deutschem Verfahrensrecht (§ 1051 Abs. 2 ZPO) und mangels Willensäußerung der Parteien, eine Anwendung von *lex mercatoria* Regeln bestimmt, hierdurch einen Mangel des Verfahrens selbst (*in procedendo*) oder einen Mangel des Entscheidens (*in iudicando*)⁹⁶⁴ hervorruft. Beide Punkte können im Einzelfall schwer abzugrenzen sein. So soll ein Verkennen der von den Parteien gesetzten Entscheidungsmaßstäbe einen Verfahrensfehler begründen können⁹⁶⁵. Ohne solche festgesetzten

⁹⁶² Berger, *Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit* 1992, S. 480; Voit in Musielak, ZPO zu § 1059, Rdn. 18 und auch BGHZ 96, S. 40, 45.

⁹⁶³ Berger a.a.O. auf S. 482. Ausnahmen hiervon sind allerdings bei einer (praktisch kaum nachweisbaren) Willkürentscheidung des Schiedsrichters zu machen.

⁹⁶⁴ So die Gegenüberstellung bei Schwab/Walter, S. 256, Rdn. 22 f.; s.a. Lionnet, S. 249, unter c).

⁹⁶⁵ Raeschke-Hessler/Berger/Lehne, S. 153, Rdn. 532; Geimer in Zöller, ZPO zu § 1059, Rdn. 43.

Entscheidungsmaßstäbe muss das Schiedsgericht das anzuwendende Recht selbst ermitteln, dieses Vorgehen soll dann Teil der Rechtsanwendung (in iudicando) sein und folglich keinen Verfahrensmangel begründen können. Hierzu sei zunächst angemerkt, dass sicherlich die Rechtswahl des Schiedsgerichts in gewisser Weise den anschließenden Rechtsanwendungsprozess mitbeeinflusst oder vorzeichnen kann. Inhaltlich ist dies aber nicht gleichzusetzen. Dies vor allem vor dem Hintergrund, dass die Parteien bei Ihrer Rechtswahl selbst nur im Rahmen des Verfahrensstatus agieren können. Warum das Schiedsgericht hier mangels Parteienwahl einen größeren Spielraum haben soll als die Parteien selbst und außerhalb des Verfahrensstatuts handeln können soll (indem seine Rechtswahl als in iudicando angesehen wird), ist nicht ersichtlich und lässt sich auch aus der Fassung des § 1051 ZPO nicht herleiten.

Dementsprechend wird auch im Falle einer Billigkeitsentscheidung seitens des Gerichts, ohne diesbezügliche Ermächtigung der Parteien, eine Missachtung der vorgegebenen Entscheidungsgrundlage

(des Verfahrensstatuts) gesehen⁹⁶⁶. Daraus ergibt sich, dass die gesetzlich vorgegebene Grundlage berücksichtigt werden soll⁹⁶⁷. Insofern ist also die Wertung des § 1051 ZPO heranzuziehen.

Nach dieser wäre aber eine Entscheidung nach *lex mercatoria* Regeln ohne ausdrückliche Wahl seitens der Parteien nicht statthaft (s.o. zu § 1051 Abs. 2 ZPO). Wieder wäre eine Bestimmung von *lex mercatoria* einer Entscheidung nach Billigkeit gleichgesetzt.

Angesichts der Zwiespältigkeit der gesetzlichen Regelung des § 1051 Abs. 1-3 ZPO in diesem Punkt, sollte im Rahmen der Aufhebungsgründe eine Anknüpfung an *lex mercatoria* Regeln im Falle einer fehlenden Rechtswahl, trotz voriger Ausführungen,

⁹⁶⁶ Ausdrücklich BGHZ 96, S. 40, 45 bzw. BGH in RIW 1985, S. 970, 972 oben, dort mit umfangreichen Nachweisen aus der Literatur. Im Ergebnis ebenso Berger, Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit 1992, S. 482, wenngleich dieser hierin einen materiellen Verstoß erblickt der anhand der *ordre public* geahndet werden müsste.

⁹⁶⁷ So ist mit Thomas in Thomas/Putzo, ZPO zu § 1059, Rdn. 13 auch die zuvor zitierte Entscheidung des BGH (BGHZ 96, S. 40, 45) zu interpretieren. Das dort kein Verfahrensfehler angenommen wurde, wurde nicht damit begründet, dass es sich bei der Bestimmung des anzuwendenden materiellen Rechts um eine Frage der materiell-rechtlichen Entscheidungsfindung handelt. Vielmehr sollen die Bestimmungen des jeweiligen Verfahrensstatuts gerade berücksichtigt werden (s.a.a.O. auf S. 44 unten), im konkreten Falle ging es um die Verfahrensregeln der ICC.

nicht als Verfahrensfehler berücksichtigt werden. Damit würde zumindest auf Ebene der Anerkennung und Vollstreckung eine klare Trennung von lex mercatoria Regeln und Billigkeitsentscheidung erzielt werden. Hierdurch ließe sich auch im Rahmen internationaler Schiedsverfahren, angesichts der weitgehend anerkannten Differenzierung beider Entscheidungsgrundlagen, eine negative Auswirkung auf den Schiedsort Deutschland verhindern.

Für ein solches Vorgehen spräche auch, dass die beschriebene Situation der lex mercatoria Anwendung, im Falle mangelnder Rechtswahl der Parteien, auch unabhängig von dem hier zugrundegelegten Verständnis des § 1051 ZPO, kaum zu einem Verfahrensverstoß führen dürfte. Dies hängt mit der von der Vorschrift geforderten Auswirkung des Verfahrensverstößes auf den Schiedsspruch zusammen, so der Wortlaut von § 1059 Abs. 1, Nr. 1 d): *„...und anzunehmen ist, dass sich dies auf den Schiedsspruch ausgewirkt hat“*.

Die Anforderungen an eine solche „Auswirkung“ werden nicht vollkommen einheitlich beurteilt. Zum Teil wird für ausreichend erachtet, dass die Möglichkeit besteht, dass ohne den Verstoß anders entschieden

worden wäre⁹⁶⁸, andere verlangen eine konkrete Darlegung, wobei sich der Wahrscheinlichkeitsmaßstab an der Schwere des Verstoßes bemessen soll. Für letztere Ansicht spräche der Wortlaut im Zusammenhang mit der bei Abs. 2, Nr. 1 einleitend verwendeten Formel „...*begründet geltend macht.*“ gelesen. Im Ergebnis soll an dieser Stelle die Feststellung genügen, dass eine Anwendung von *lex mercatoria* unter genannten Voraussetzungen auch ohne die oben vorgenommene Interpretation des § 1051 ZPO nur in äußerst seltenen Konstellationen zu einer Aufhebung des Schiedsspruchs aufgrund eines Verfahrensmangels führen würde⁹⁶⁹. Sollte dies dennoch der Fall sein, ist dies, wie beschrieben, nicht zu berücksichtigen.

γ § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b) ZPO

Ist ein Hervorrufen von Verfahrensmängeln durch *lex mercatoria* Anwendung nach hier vertretener Ansicht nicht in Betracht zu ziehen, bliebe ein eventueller Verstoß gegen die *ordre public* zu untersuchen. § 1059

⁹⁶⁸ BT-Drucks. 13/ 5274, S. 59; wohl auch Schütze, S. 142, Rdn. 267; Voit in Musielak, ZPO zu § 1059, Rdn. 22, wo jedoch eingeräumt wird, dass der Wortlaut an sich ein höheres Maß an Wahrscheinlichkeit zu verlangen scheint.

⁹⁶⁹ In diesem Sinne wohl auch Schroeder/ Oppermann in ZVglRWiss 2000, S. 410, 436.

ZPO gilt hierbei nur für inländische Entscheide⁹⁷⁰, mangels gesonderter Regelung damit auch für in Deutschland erlassene, internationale Schiedssprüche. Der Begriff der *ordre public* in § 1059 Abs. 2, Nr. 2b) ZPO meint die deutsche öffentliche Ordnung, die den internationalen *ordre public* umfasst⁹⁷¹. Nach diesem werden geringere Anforderungen an den Schiedsspruch gestellt⁹⁷². Es kann sich um einen materiellrechtlichen oder einen verfahrensrechtlichen Verstoß handeln, jedenfalls müsste das Ergebnis der Rechtsanwendung den Kernbereich der deutschen Rechtsordnung, dessen Verletzung unerträglich wäre, betreffen⁹⁷³. Nur in diesem Bereich hat der Staat ein legitimes Überwachungsinteresse an der Einhaltung der Grundlagen des staatlichen und wirtschaftlichen Lebens in Bezug auf eine vertragliche Unterwerfung Privater unter die Entscheidung eines privaten Schiedsgerichts. Ein diesbezüglicher Verstoß müsste zudem

⁹⁷⁰ Geimer in Zöllner, ZPO zu § 1059, Rdn. 1; Voit in Musielak, ZPO zu § 1059, Rdn. 3.

⁹⁷¹ Borges in ZZP 1998, S. 487, 495.

⁹⁷² Thomas in Thomas/Putzo zu § 1059, Rdn. 16; BT-Drucks. 13/5274, S. 59; s.a. BGHZ 48, 327, 331; BGH NJW 1990, S. 2199.

⁹⁷³ Schütze, S. 142 f., Rdn. 269.

offensichtlich sein, also für jeden Sachkundigen bei voller Kenntnis der Umstände klar zutage treten.⁹⁷⁴

Nach von Bar soll eine *lex mercatoria* Anwendung im Schiedsverfahren einen Verstoß gegen die *ordre public* konstituieren, da die deutsche, öffentliche Ordnung es nicht hinnehmen könne, dass auf ihrem Territorium Privatleute objektives Recht setzen.⁹⁷⁵ Ähnlich auch Spickhoff, der im Falle einer *lex mercatoria* Anwendung ohne entsprechende Parteivereinbarung eine willkürliche Loslösung vom Recht zugunsten eines vom privaten internationalen Handel zum Teil autonom gesetzten Klauselwerkes bzw. einer entsprechend konkretisierten Billigkeitsordnung sieht, welche allemal mit dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit aus Art. 20 GG im Widerspruch stehe⁹⁷⁶. Die internationale Kaufmannschaft sei kein anerkanntes oder anerkennungsfähiges Rechtssetzungsorgan, eine selbstmächtige Anwendung des Schiedsrichters von Billigkeitserwägungen, angereichert mit autonom gesetztem Klauselrecht, führe zur Entscheidung nach nicht kalkulierbaren und nachvollziehbaren Bewertungsmaßstäben, womit die

⁹⁷⁴ BGHZ 98, 70, 73 f.; BGH NJW 1990, 3210, 3211; allgemein Raeschke-Kessler/Berger/Lehne, S. 172 f., Rdn. 602-605.

⁹⁷⁵ Von Bar, IPR, S. 87, Rdn. 85.

⁹⁷⁶ Spickhoff, RabelsZ 1992, S. 116, 138 f..

Schiedsrichter sich eines Entscheidungsspielraums bemächtigten, der ihnen nicht zustehe.

Beide Autoren lassen erkennen, dass sie eine Entscheidung nach *lex mercatoria* einer Entscheidung nach Billigkeit gleichstellen⁹⁷⁷. Zunächst stellt sich daher die Frage, woraus Bedenken resultieren sollen, dass durch einen auf *lex mercatoria* Regeln basierenden Schiedsspruch in Deutschland objektives Recht gesetzt werden könne, wenn es sich nach dortiger Auffassung dabei gerade nicht um eine Entscheidung nach Recht sondern um reine Billigkeit handeln soll. Unabhängig davon löst die vertragliche Grundlage der schiedsrichterlichen Entscheidung, trotz ihrer einem staatlichen Urteil gleichgestellten Wirkung (§ 1055 ZPO), keine bindende oder unter Umständen beachtenswürdige Präcedenzwirkung innerhalb der deutschen Rechtsordnung aus. Der Schiedsspruch ist im Vergleich zum staatlichen Urteil kein Hoheitsakt - die Parteien können etwa die materielle Rechtskraft durch Vereinbarung aufheben⁹⁷⁸. Die Gleichsetzung mit einer Entscheidung nach Billigkeit kann auch unter der hier

⁹⁷⁷ Beide Autoren jeweils a.a.O..

⁹⁷⁸ Thomas in Thomas/Putzo zu § 1055, Rdn. 2 m.w.N.; Geimer in Zöller, ZPO zu § 1055, Rdn. 9.

verstandenen Fassung des § 1051 ZPO keinen Bestand haben. Aus diesem Grund greift die angeführte Unkalkulierbarkeit der Bewertungsmaßstäbe nicht, beruht diese doch auf einer solchen Gleichsetzung. Für Spickhoff soll gerade in der bezeichneten Unkalkulierbarkeit und der damit verbundenen Entscheidungsanmaßung durch den Schiedsrichter der Unterschied zu einer „nur“ materiell-rechtlich unrichtigen Anwendung staatlichen Rechts liegen, welche selbst keinen Verstoß gegen die *ordre public* begründe⁹⁷⁹. Im Ergebnis stellt sich aus Sicht der Parteien jedoch beides gleich dar: Die Entscheidung des Schiedsgerichts ist unvorsehbar, ebenso wie wenn sie auf Grund anderer Entscheidungsmaßstäbe erginge. Ergänzend sei noch hinzugefügt, dass die Problematik der anzuwendenden Entscheidungsmaßstäbe auf den hierfür zugeschnittenen Tatbestand des § 1059 Abs. 2 Nr. 1 d) ZPO beschränkt werden sollte, womit sich eine Diskussion im Rahmen der *ordre public* erübrigt. Diese Differenzierung ist insofern von Relevanz, als eine Antragsfrist von 3 Monaten nicht für § 1059 Abs. 2, Nr. 2 ZPO gilt.

⁹⁷⁹ BGH NJW 1990, S. 3210, 3211 wo es sich um ein inländisches Schiedsverfahren handelte.

Einer *lex mercatoria* Anwendung durch Schiedsgerichte lässt sich nach voranstehenden Ausführungen keine Relevanz im Rahmen der Aufhebung eines Schiedsspruchs gemäß § 1059 ZPO beimessen.

bb) Anwendbarkeit von § 1059 ZPO auf
ausländische Entscheide

Obwohl die Anwendbarkeit der Vorschrift zuvor nur für inländische Entscheide festgestellt wurde, gibt § 1062 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1, Nr. 4 ZPO zumindest Anlass zur Klärung, denn Abs. 2 regelt den Fall in dem der Schiedsort nicht in Deutschland liegt und bezieht sich dabei u.a. auf Abs. 1 Nr. 4, welcher die Zuständigkeit für die Aufhebung von Schiedssprüchen nach § 1059 ZPO betrifft. Der Formulierung nach scheint also eine Aufhebungskompetenz zu Gunsten deutscher Gerichte auch für im Ausland erlassene Schiedsentscheide vorgesehen zu sein. Dies steht in Gegensatz zu dem international anerkannten Grundsatz, nach dem die Aufhebungsbefugnis bei den Gerichten des Ursprungslandes des Schiedsspruches konzentriert werden soll, um widersprechende Entscheidungen über

die Existenz des Schiedsspruches möglichst zu vermeiden⁹⁸⁰.

Aufgrund der intendierten Orientierung an dem UNCITRAL-Modelgesetz und dem damit verbundenen Harmonisierungsanliegen im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit⁹⁸¹ erschiene es verwunderlich, hier eine Durchbrechung o.g. Grundsatzes vornehmen zu wollen. Möglicherweise resultiert diese Fassung des § 1062 Abs. 2 ZPO aus der Übernahme des alten Rechts (§§ 1046 i.V.m. 1045 Abs. 1 ZPO a.F.) in dessen Rahmen ein deutscher Schiedsspruch nach der Verfahrenstheorie auch vorliegen konnte, wenn der Schiedsort nicht in Deutschland lag. Das alte Recht war jedoch weiter formuliert, eine detaillierte Aufzählung wie sie § 1062 Abs. 2 ZPO vornimmt erfolgte nicht, insofern kann eine schlichte Übernahme der alten Vorschrift ohne Berücksichtigung des nunmehr

⁹⁸⁰ Borges in ZZP 1998, S. 487, 498 f.; Berger, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, S. 69 u. a. 463; Rensmann, S. 184; Geimer in Zöller, ZPO zu § 1059, Rdn. 1 a); s.a. Nienaber, S. 5 ff., der die Kompetenz der Gerichte des Schiedsortes zutreffend auf das noch vorherrschende, territorialistische Grundverständnis von der Schiedsgerichtsbarkeit zurückführt, nach welchem das Schiedsgericht an das nationale Schiedsrecht eines bestimmten Staates angebunden ist, was im Gegensatz zum Verständnis einer wahrhaft internationalen Schiedsgerichtsbarkeit steht.

⁹⁸¹ S.o. 3. Teil, 2. Kapitel, B.), I).

festgeschriebenen Territorialitätsprinzips schwerlich angenommen werden. Dennoch erscheint eine Zuständigkeitsbegründung für die Aufhebung ausländischer Schiedssprüche nach § 1059 ZPO wenig sinnvoll, denn § 1062 Abs. 1 Nr. 4 ZPO verweist ebenfalls auf § 1061 ZPO. Dieser inkorporiert das UN-Übereinkommen von 1958 als allein maßgebenden Prüfungsmaßstab für ausländische Schiedssprüche in das deutsche Schiedsrecht⁹⁸² und behandelt (in Art. V) die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche. Somit regelt § 1062 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 4 ZPO (auch) die gerichtliche Zuständigkeit für die Verweigerung der Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruches in Deutschland. Der dortige Katalog der Aufhebungsgründe ist nahezu identisch mit dem des § 1059 ZPO⁹⁸³. Die rechtliche Wirksamkeit des ausländischen Schiedsspruchs in der deutschen Rechtsordnung richtet sich im Ergebnis also nach demselben Maßstab wie die eines inländischen

⁹⁸² Dazu sogleich unter 3.).

⁹⁸³ Vergl. BT-Drucks. 13/5274, S. 60 f.; § 1061 beinhaltet einen zusätzlichen Tatbestand betreffend der Verbindlichkeit des Schiedsspruchs. Im Übrigen sind nur die Formulierungen entsprechend angepasst soweit dies hinsichtlich des Regelungsgegenstandes (inländischer oder ausländischer Schiedsspruch) notwendig war.

Schiedsspruchs. Es fragt sich daher, aus welchem Grund dasselbe Gericht über die Anerkennung und Vollstreckung hinaus, auch die Aufhebung eines ausländischen Schiedsspruchs nach § 1059 ZPO für notwendig erachten sollte. Zudem macht die Formulierung des § 1061 Abs. 3 ZPO deutlich, dass sich die Anerkennung ausländischer Entscheide in Deutschland an einer etwaigen Aufhebung dieser im Ausland zu orientieren hat und ist insofern Ausdruck des o.g. internationalen Grundsatzes. Eine faktische Auswirkung des Verweises auf § 1059 ZPO im Rahmen des § 1062 Abs. 2 ZPO ist daher nicht erkennbar. Darüber hinaus spricht auch § 1025 Abs. 1, 2 und 4 ZPO für eine Nichtberücksichtigung des Verweises auf § 1059, indem dort die grundsätzliche Anwendung der Vorschriften des 10. Buches auf deutsche Schiedsverfahren beschränkt wird (Abs.1) und bei dem Verweis auf Vorschriften, welche auch für ausländische Schiedsverfahren anwendbar sein sollen (Abs. 3 und 4) eine Erwähnung des § 1059 ZPO nicht erfolgt⁹⁸⁴.

⁹⁸⁴ So die Argumentation von Borges, ZJP 1998, S. 487, 499; zustimmend Thomas in Thomas/Putzo, ZPO zu § 1059, Rdn. 5; Geimer in Zöller, ZPO zu § 1059, Rdn. 14.

Nach alledem ist, trotz der durch den Wortlaut des § 1062 Abs. 2 ZPO theoretisch eingeräumten Möglichkeit, davon auszugehen, dass eine Aufhebung von ausländischen Schiedssprüchen durch deutsche Gerichte nicht erfolgen kann. Gemäß vorstehender Ausführungen entspricht dies wohl der Intention des Gesetzgebers⁹⁸⁵.

3. Die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedsentscheiden

a) Inländische Schiedssprüche

Einem inländischen, internationalen Schiedsspruch ist die Vollstreckbarerklärung gemäß § 1060 Abs. 2, Satz 1 ZPO zu erteilen, wenn keiner der Aufhebungsgründe des § 1059 ZPO vorliegt. Diese sind von Amts wegen zu prüfen, denn § 1063 Abs. 2 ZPO verpflichtet das Gericht zur Anordnung der mündlichen Verhandlung wenn bei einem Antrag auf Anerkennung oder Vollstreckbarerklärung Aufhebungsgründe nach § 1059 Abs. 2 ZPO in Betracht kommen⁹⁸⁶. Da eine *lex mercatoria* Anwendung im Schiedsverfahren *per se*

⁹⁸⁵ Borges a.a.O. auf S. 500.

⁹⁸⁶ Thomas in Thomas/Putzo, ZPO zu § 1060, Rdn. 2; Albers in Baumbach/Lauterbach, ZPO zu § 1060, Rdn. 12.

nicht unter den Tatbestand des § 1059 Abs. 2 ZPO fällt, steht eine solche, nach hier vertretener Ansicht, der Erteilung der Vollstreckbarerklärung auch nicht entgegen.

b) Ausländische Schiedssprüche

Im neuen deutschen Schiedsverfahrensrecht richtet sich die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche laut § 1061 Abs. 1 ZPO nunmehr alleinig nach dem New Yorker Abkommen vom 10. Juni 1958 (und anderer diesbezüglicher Staatsverträge⁹⁸⁷). Eine eigenständige Regelung für die Anerkennung ausländischer Schiedssprüche (§ 1044 ZPO a.F.) existiert folglich nicht mehr. Hierin liegt eine wesentliche Änderung zur bisherigen Regelung⁹⁸⁸. Für Schiedssprüche aus Staaten, welche nicht bereits durch die gegenseitige staatsvertragliche Regelung unter das UN-Übereinkommen fallen gelten dessen Normen als nationales, deutsches Recht.

Es wurde bereits festgestellt, dass das New Yorker Abkommen inhaltlich einer lex mercatoria Anwendung

⁹⁸⁷ Andere Staatverträge haben in diesem Zusammenhang kaum noch nennenswerte Bedeutung, vergl. hierzu Borges in ZZZP 1998, S. 487, 506, dort Fn. 80.

⁹⁸⁸ Vergl. BT-Drucks. 13/5274, S. 61 f..

„neutral“ gegenüber steht⁹⁸⁹, weitere Ausführungen diesbezüglich sind an dieser Stelle daher entbehrlich. Im Ergebnis hat der deutsche Gesetzgeber mit der Reform des Schiedsverfahrensrechts ein nahezu einheitliches Regime für die Anerkennung und Vollstreckung inländischer und ausländischer Schiedsentscheide geschaffen. Obwohl im Rahmen der ZPO keine gesonderte Regelung für internationale Schiedssprüche vorgenommen wurde, ist durch diese Angleichung auf Ebene der Anerkennung und Vollstreckung ein, dem internationalen Konsens des New Yorker Abkommens entsprechendes, einheitliches Prüfungsprofil für alle in der deutschen Rechtsordnung zu vollstreckenden, internationalen Schiedssprüche gewährleistet. Dies kann sich als förderlich für die Akzeptanz Deutschlands als Schiedsort auswirken, denn die internationalen Praktiker sind mit der Anwendung des New Yorker Abkommens vertraut und die vollzogene Angleichung der Regelungen für inländische Schiedssprüche erleichtert in diesem Punkt die Zugänglichkeit des neuen Schiedsverfahrensrechts für Ausländer.

⁹⁸⁹ Vergl. insbesondere 1. Teil, 2. Kapitel, B.), I.), 1.) c).

Es verbleibt noch, den Umgang der deutschen Rechtsprechung mit auf Grundlage von lex mercatoria Regeln erlassenen Schiedssprüchen zu untersuchen.

C) Die Rechtsanwendungskontrolle von Schiedssprüchen durch die deutsche Rechtsprechung

Wie im Rahmen der Darstellung der französischen Rechtsordnung ist auch hier zwischen Gerichtsentscheidungen über die Anwendung von lex mercatoria im Schiedsverfahren und solchen über am Schiedsort annullierte Schiedssprüche zu differenzieren.

I) Gerichtsentscheidungen über die Anwendung von lex mercatoria im Schiedsverfahren

1. OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 26.10.1983⁹⁹⁰

Das OLG Frankfurt am Main hatte am 26.10.1983 in der Berufung über ein stattgebendes Urteil des LG Frankfurt zu entscheiden, welches auf Antrag der Kläger einen Schiedsspruch der ICC aufgehoben hatte. Neben Fragen der Klassifizierung des Schiedsspruches als

⁹⁹⁰ OLG Frankfurt a.M. vom 26.10.1983 in RIW 1984, S. 400-402.

inländisch oder ausländisch, wurde von den Antragstellern des Aufhebungsantrages vor allem ausgeführt, dass der Schiedsspruch auf einem unzulässigen Verfahren (§ 1041 Abs. 1, Nr. 1 ZPO a.F.) beruhe, da das Schiedsgericht seine Entscheidung, entgegen dem übereinstimmend erklärten Willen der Parteien, nicht nach englischem Recht, sondern nach Billigkeit getroffen habe. Das LG Frankfurt schloss sich dieser Auffassung an und hob den Schiedsspruch auf. Auf die Berufung der Beklagten hin, hat das OLG Frankfurt a.M. das Urteil des LG abgeändert und die Klage in vollem Umfange abgewiesen. Der Schiedsspruch beruhe nicht auf einem unzulässigen Verfahren. Ein unzulässiges Verfahren sei nur bei Verstoß gegen eine wesentliche Verfahrensvorschrift anzunehmen, was etwa vorliege, wenn das Schiedsgericht von den Parteien zur Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung verpflichtet wurde und seine Entscheidung sodann nach Billigkeit oder einer anderen Rechtsordnung getroffen hätte. Eine Entscheidung nach Billigkeit läge vor, wenn das Schiedsgericht seinen Spruch losgelöst von jeder nationalen Rechtsordnung begründet und nur nach allgemeinen Billigkeits- und

Gerechtigkeitsgesichtspunkten entschieden hätte. Dem Schiedsspruch sei jedoch zu entnehmen, dass das Schiedsgericht eine Entscheidung nach Recht und Gesetz getroffen hat und sich dabei auch auf das (von den Parteien bestimmte) englische Recht gestützt hat. Hieran ändere auch die Tatsache nichts, dass das Schiedsgericht in seinen Erörterungen über das anwendbare Recht, neben dem englischen auch das französische und niederländische Recht in Betracht zog⁹⁹¹ und sodann die Vertragsbeziehungen der Parteien nach einem „common sense“ entschied. Damit habe das Schiedsgericht auch nicht auf Basis einer sogenannten *lex mercatoria* entschieden.

Ob dieser Argumentation des OLG eine Wertung entnommen werden kann ist fraglich. Die Formulierung „damit“, also durch die Entscheidung nach einer nationalen Rechtsordnung im Gegensatz zum Entscheid nach Billigkeit, habe das Schiedsgericht auch nicht auf

⁹⁹¹ Nach Auffassung Adens, RIW 1984, S. 934, 938 hat das Schiedsgericht mit dieser Heranziehung, ohne dabei deutlich zu machen, dass es allein auf Basis des anzuwendenden englischen Rechts entscheidet und dies nicht bloß neben dem niederländischen und französischen Recht zur Entscheidungsgrundlage macht, seine Kompetenzen überschritten. Der Schiedsspruch hätte nach Meinung Adens vom OLG Frankfurt a.M. wegen Verfahrensverstößes daher aufgehoben werden müssen.

Basis einer lex mercatoria entschieden, lässt zweierlei Verständnis zu. Zum einen könnte die hieraus erkennbare, begriffliche Trennung dreier Entscheidungsoptionen bedeuten, dass eine lex mercatoria als eine Art Zwischenzustand, zwischen staatlichem Recht und Billigkeit angesehen wird, jedenfalls also nicht mit einer Billigkeitsentscheidung gleichgesetzt wird. Ebenso ließe sich hinter der Formulierung aber auch eine stillschweigende Gleichsetzung vermuten, denn „damit“, also durch die Entscheidung nach einer nationalen Rechtsordnung und nicht nach Billigkeit, wurde der Schiedsspruch „auch nicht“ auf eine lex mercatoria gestützt. Billigkeit und lex mercatoria scheinen hiernach etwas gleichartiges zu sein. Da es in dem Urteil auch nicht primär um eine lex mercatoria Anwendung ging, ist dieser am Rande erbrachten Bemerkung diesbezüglich keine klare Aussage zu entnehmen.

Die Entscheidung des OLG war Gegenstand einer Revision vor dem BGH, dessen Urteil es im Folgenden zu untersuchen gilt.

2. BGH, Urteil vom 26.09. 1985

Auch nach der Ansicht des Bundesgerichtshofes liegt dem Schiedsspruch kein unzulässiges Verfahren im Sinne des § 1041 Abs. 1, Nr. 1 ZPO a.F. zugrunde⁹⁹². Das Schiedsgericht habe die rechtlichen Fragen ausdrücklich nach englischem Recht beantwortet. Der Hinweis des Schiedsgerichts, es lege die Beziehungen der Parteien „gewissermaßen nach gesundem Menschenverstand“ (in a common sense manner) aus, trage nicht die Schlussfolgerung, es habe sich damit vom englischen Rechts lösen wollen. Der BGH stellt in seinem Urteil klar, dass im Falle einer Abweichung von der ausdrücklichen Parteienwahl oder eine im Falle fehlender Parteienwahl durch das Schiedsgericht vorgenommene Anwendung von Grundsätzen, für welche nach dem anzuwendenden Verfahrensrecht (respektive institutionellen Verfahrensordnung) eine ausdrückliche Parteienwahl notwendig gewesen wäre, ein Verfahrensfehler seitens des Schiedsgerichts vorliegt, aufgrund dessen die Anerkennung und Vollstreckung (nach §§ 1042 Abs. 2 i.V.m. 1041 Abs. 1, Nr. 1 ZPO

⁹⁹² BGHZ 96, S. 40, 44; ZIP 1985, S. 1529 ff.; NJW 1986, S. 1436 ff..

a.F.) zu verweigern ist⁹⁹³. Ebenso macht die Entscheidung deutlich, dass eine klare Grenzziehung zwischen Entscheidung nach Billigkeit und Rechtsentscheidung mitunter schwierig sein kann, die Auslegung der Parteivereinbarung nach einer „common sense manner“ jedoch keine Billigkeitsentscheidung begründe, sondern lediglich einem anerkannten Auslegungsgrundsatz entspreche.

3. LG Hamburg, Urteil vom 18.09.1997

Im Urteil vom 18.09.1997⁹⁹⁴ hatte das LG Hamburg über die beantragte Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruches, erlassen durch ein Schiedsgericht der ICC in Paris am 7. Juni 1996, zu entscheiden. Bei den Parteien handelte es sich um Banken, die ihre jeweiligen Kunden bei der Abwicklung eines Kaufvertrages über ein Fahrzeug unterstützten. Diesbezüglich stellte die Antragsgegnerin auf Antrag der Käuferin eine Bankbürgschaft zugunsten der Antragstellerin aus. Die Bürgschaftserklärung wurde am 31.07.1992 per Telex in englischer Sprache übermittelt und bestimmte u.a., dass

⁹⁹³ BGHZ 96, S. 40, 46; ZIP 1985, S. 1529, 1531; Raeschke-Kessler/Berger/Lehne, S. 153 ff., Rdn. 532-541.

⁹⁹⁴ LG Hamburg, 18.09. 1997 in BB 1999, Beilage 4, S. 19 ff..

„this guarantee shall be governed by international law“.

Weiterhin wurde vereinbart, dass jede, aus der Bürgschaft entstehende Rechtsstreitigkeit bei der ICC in Paris zur Regelung vorgelegt werden solle. Die im Verlauf der Vertragsabwicklung von der Antragstellerin geforderte Zahlung erfolgte nicht, darauf hin wurde das vereinbarte Schiedsgericht angerufen, welches die Antragstellerin positiv beschied. Das LG Hamburg hatte sich nunmehr mit dem Antrag zur Erteilung der Vollstreckbarkeitserklärung auseinander zu setzen.

Zwischen den Parteien des Schiedsverfahrens waren bereits während des Verfahrens verschiedene Streitpunkte diskutiert worden, welche nunmehr von der Antragsgegnerin zur Beantragung der Ablehnung der Vollstreckbarerklärung geltend gemacht wurden. Hier von Interesse ist der Verweis in der Bürgschaftserklärung, dass diese „international law“ unterliegen solle. Das Schiedsgericht entschied den Streit nach Regeln der *lex mercatoria*, welche es im Einzelnen aufführte und den impliziten Bestimmungen der Parteien entnahm. Die Antragsgegnerin führte hierzu aus, dass Schiedsgericht habe damit die Grenzen der Schiedsabrede überschritten und außerhalb seiner Befugnisse (*ultra petita*) gehandelt. Aufgrund der vagen

und wenig klar umrissenen Inhalte der *lex mercatoria* hätten die Schiedsrichter letztlich nach billigem Ermessen entschieden.

Das LG Hamburg erteilte dem Schiedsspruch die Vollstreckbarerklärung. Allerdings ging es dabei nicht direkt auf die Anwendung der *lex mercatoria* ein, sondern folgte den Ausführungen der Antragstellerin, nach welchen die Antragsgegnerin mit ihren Einwendungen, dass Schiedsgericht habe *ultra petita* gehandelt, präkludiert sei. Da die Frage des anzuwendenden, materiellen Rechts im Schiedsverfahren zwischen den Parteien „ausdrücklich in kontroverser Erörterung“ stand, war die Antragsgegnerin nach Auffassung des LG gehalten, im Schiedsverfahren die Einrede der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts gemäß Art. V, Abs. 1, Satz 1, 2. Hs. des Europäischen Übereinkommens über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961 vorzubringen⁹⁹⁵. Da dies nicht erfolgt war, sah das Gericht diesen Einwand als präkludiert an. Im Ergebnis hinderte die, an sich durchaus diskussionsträchtige Frage, inwiefern der Verweis auf „international law“

⁹⁹⁵ LG Hamburg, 18.09.1997 in BB 1999, Beilage 4, S. 21.

eine Anwendung von *lex mercatoria* zulässt, das LG Hamburg nicht daran, dem Schiedsspruch die Vollstreckbarkeit zu erteilen. Der Verweis auf die Präklusion lässt aber keine Schlüsse auf eine Bewertung der rechtlichen Qualität einer *lex mercatoria* zu. Insofern ist das Urteil des LG Hamburg für die hier bedeutsame Frage der rechtlichen Qualität einer *lex mercatoria* zwar in seinem Ergebnis zu begrüßen, auf Grund der geschilderten Umstände, sowie der diesbezüglich nicht wahrgenommenen Gelegenheit eines *obiter dictums* seitens des LG aber wenig aussagekräftig.

4. Würdigung

Die hier entschiedenen Fälle der deutschen Rechtsprechung waren aus verschiedenen Gründen nicht geeignet eine konkrete Aussage zur rechtlichen Qualität von *lex mercatoria* Regeln zu treffen. Lediglich die allgemein anerkannte Trennung von Billigkeits- und Rechtsentscheidung wurde durch die deutsche Rechtsprechung bestätigt. Das Verhältnis von *lex mercatoria* und Billigkeitsentscheidung wurde, insbesondere in der Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. vom 26. 10. 1983 (oben unter 1.)), nicht präzisiert. Angesichts der, nach hier vertretener Auffassung diffus

anmutenden gesetzlichen Regelung in § 1051 ZPO, lässt sich eine Prognose über eine potentiell ergehende Rechtsprechung zu dieser Frage nicht durchführen.

II) Gerichtsentscheidungen über annullierte Schiedssprüche

1. Urteil des OLG Rostock vom 28.10.1999

Soweit ersichtlich ist der Beschluss des OLG Rostock vom 28.10.1999⁹⁹⁶ die erste und bisweilen einzige deutsche Gerichtsentscheidung über die Frage nach der Vollstreckbarkeit von im Land des Erlasses aufgehobener Schiedssprüche. Sie lässt sich somit (auch) als Beitrag zu einem in Bewegung befindlichen Prozess in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit betrachten⁹⁹⁷.

Vereinfacht dargestellt handelte es sich um folgenden Sachverhalt⁹⁹⁸: Zwischen zwei Aktiengesellschaften mit Sitz in der Russischen Föderation wurden Instandsetzungsarbeiten an einem Schiff vereinbart. Innerhalb von zehn Tagen nach Vertragsschluss sollte

⁹⁹⁶ Abgedruckt in BB 2000, Beilage 8, S. 20-23.

⁹⁹⁷ Vergl. die Darstellung der französischen Rechtsprechung zu diesem Punkt im 2. Kapitel, 2. Teil, C.), II.) sowie die umfassende Auseinandersetzung mit dieser Entwicklung von Nienaber, dort v.a. S. 45 ff. und 106 ff..

⁹⁹⁸ Ausführlich in BB 2000, Beilage 8, S. 20 f..

die Auftraggeberin 50 % der Vertragssumme zahlen. Für Streitigkeiten aus dem Vertrag wurde die Zuständigkeit der Schiedskommission der Stadt Moskau vereinbart. Nach Verrichtung der Hälfte der Arbeiten und verschiedener Mahnungen war noch kein Zahlungseingang erfolgt und die mit den Arbeiten betraute Firma stellte die Arbeiten ein. Die Auftragnehmerin/Schiedsklägerin rief sodann die Schiedskommission für Schifffahrtsfragen an und erwirkte am 20.08. 1998 einen stattgebenden Schiedsspruch, welcher die Beklagte zur Zahlung der geltend gemachten Beträge verurteilte.

Die Schiedsbeklagte erreichte darauf hin am 12.04.1999 die Aufhebung dieses Schiedsspruches vor dem Moskauer Städtischen Gericht mit der Begründung, dass der Beschluss des Schiedsgerichts in einem Streitfall gefasst wurde, der vom Schiedsabkommen nicht vorgesehen sei. Aus dem Inhalt der Schiedsklausel ergebe sich nicht die Möglichkeit einer eindeutigen Feststellung, in welcher Arbitragekommission die Streitfälle zwischen den Parteien in dieser Sache untersucht werden sollen, womit nicht erkennbar sei, dass ausgerechnet die angerufene Schiedskommission für Schifffahrtsfragen die zutreffende gewesen war.

Diese Aufhebung wurde von dem durch die Schiedsklägerin angerufenen Gerichtskollegium für Zivilsachen des Obersten Gerichts Russlands mit Bescheid vom 25.06.1999 bestätigt. Gegen beide Entscheidungen legte der stellvertretende Vorsitzende des Obersten Gerichts der Russischen Föderation beim Präsidium des Obersten Gerichts am 16.09.1999 Protest ein und beantragte beide Beschlüsse aufzuheben und die Sache zur Neubehandlung einzureichen. Wie diesbezüglich entschieden wurde ist nicht bekannt.

Die Schiedsklägerin beantragte am 21.04.1999 beim OLG Rostock die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs, um die Zwangsvollstreckung in ein Schiff der unterlegenen Partei betreiben zu können, das in Stralsund lag.

Der geschilderte Sachverhalt wirft zwei Fragen auf: Handelt es sich bei dem in Rede stehenden Schiedsspruch um einen für die Parteien „verbindlich“ gewordenen Schiedsspruch und wenn nicht, kann diesem dennoch die Annerkennung und Vollstreckung in einem anderen Land als dem seines Erlasses erteilt werden.

Zur Frage der Verbindlichkeit bestanden gegenläufige Auffassungen der Parteien. Die Schiedsklägerin hielt die

beiden genannten Bescheide der russischen Gerichte für nicht rechtskräftig⁹⁹⁹, die Schiedsbeklagte dagegen schon und ergänzte, dass ein endgültig aufgehobener Schiedsspruch nicht existiere und daher nicht für vollstreckbar erklärt werden könne¹⁰⁰⁰.

Nachdem die formellen Voraussetzungen der Anerkennung und Vollstreckbarkeit gemäß § 1061 ZPO i.V.m. dem UNÜ und § 1064 ZPO durch das OLG Rostock festgestellt wurden, nahm letzteres eine Prüfung der materiellen Voraussetzungen anhand Art. V des UNÜ vor. Es stellte dabei das Vorliegen des Versagungsgrundes nach Art. V Abs. 1 e) UNÜ fest. Zunächst warf es die Frage der Verbindlichkeit des Schiedsspruches auf (Art. V Abs. 1e), Alt. 1), unterließ jedoch eine konkrete Subsumption, mit der Begründung, dass eine Verbindlichkeit jedenfalls dann nicht gegeben sei, wenn der Schiedsspruch gemäß der zweiten Alternative des Art. V Abs. 1 e) UNÜ von einer zuständigen Behörde im Land des Erlasses des Schiedsspruches aufgehoben oder in seinen Wirkungen einstweilen gehemmt wurde. Dies sah das OLG Rostock durch die o.g. Entscheidungen der russischen Gerichte

⁹⁹⁹ Vergl. BB 2000, Beilage 8, S. 20, 21.

¹⁰⁰⁰ A.a.O., S. 22.

als erwiesen an und fügte hinzu, dass der Vortrag der Schiedsklägerin, der den Entscheidungen die Rechtskraft absprach, hier unerheblich sei, da es auf eine eventuell fortbestehende Anfechtbarkeit nach russischem Recht für Art. V Abs. 1 e), 2. Alt. UNÜ nicht ankäme¹⁰⁰¹. Präzisierend kann hierbei Art VI UNÜ herangezogen werden, der dem Vollstreckungsgericht bei Vorliegen eines Antrages zur Aufhebung oder einstweiligen Wirkungshemmung bei der Behörde im Land des Erlasses des Schiedsspruchs ein Ermessen einräumt, seine Entscheidung über den Vollstreckungsantrag auszusetzen. Das OLG Rostock hat von dieser Möglichkeit ausdrücklich keinen Gebrauch gemacht, was für sich betrachtet inhaltlich nicht zu beanstanden ist. Zu beanstanden ist dagegen der unzutreffende Ausgangspunkt des OLG. Es hielt sich nämlich von Amts wegen für verpflichtet, die Verbindlichkeit des Schiedsspruches zu überprüfen und orientierte sich dabei an der zu § 1044 Abs. 1 ZPO a.F. ergangenen Rechtsprechung, nach welcher die Verbindlichkeit notwendige Anerkennungs voraussetzung war. Nach der Konzipierung des Art V UNÜ darf eine Anerkennung

¹⁰⁰¹ A.a.O., S. 23.

und Vollstreckung gemäß Abs. 1 aber nur auf Antrag der Partei, die gegen die Vollstreckung vorgehen möchte versagt werden. Die von Amts wegen zu berücksichtigenden Versagungsgründe sind in Abs. 2 der Vorschrift geregelt. Zutreffend führt Nienaber¹⁰⁰² hierzu aus, dass durch die Klassifizierung der Verbindlichkeit als positive Anerkennungsvoraussetzung zwar kein Einfluss auf die Entscheidung als solche ausgeübt wurde, da die Schiedsbeklagte eine entsprechende Einrede geltend gemacht hatte, jedoch die Diskussion über eine Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen trotz Aufhebung im Land ihres Erlasses schlicht ignoriert wurde. Die zu dieser Problematik teilweise für zulässig erachtete Loslösung von der Entscheidung eines Gerichtes des Heimatstaates¹⁰⁰³ konnte oder sollte somit nicht einmal theoretisch zum Tragen kommen.

¹⁰⁰² Nienaber, S. 79.

¹⁰⁰³ Vergl. etwa Nienaber, S. 21 f. und 155-159, dort mit ausführlicher Analyse der Gesetzgebungsmaterialien zum UNÜ; Weinacht in ZVglRWiss 1999, S. 139, 162 ff., der wohl im Ergebnis die Möglichkeit einer Vollstreckbarkeit von im Sitzstaat aufgehobenen Schiedssprüchen anerkennt (S. 167), gleichzeitig jedoch auch Bedenken hiergegen äußert und verschiedene Lösungsansätze zu diesem Dilemma untersucht (S. 168 ff.). Anders noch van den Berg in YBCA 1987, S. 409, 463 der jedoch ebenfalls den Einredecharakter der Vorschrift bei seiner Betrachtung zugrunde legt; Burgstaller in ZfRV 2000, S. 83, 86 mit der Begründung, dass die Aufhebungsgründe des Art. V

2. Würdigung

Die Entscheidung des OLG Rostock beruht zum einen auf dem Verständnis einer starren Verknüpfung zwischen gerichtlicher Aufhebungsentscheidung im Sitzstaat und Vollstreckbarerklärung im Ausland.¹⁰⁰⁴ Das grundsätzliche Festhalten an dieser Verknüpfung erscheint jedoch nicht zwingend. Generell ist von einem Interesse der Parteien an der Gültigkeit des Schiedsspruches auszugehen, insbesondere wird dies für die obsiegende Partei gelten. Das Interesse eines Staates an der Gültigkeit kann sich nur insoweit erstrecken, als er auf seinem Territorium die für ihn wesentlichen Anforderungen an die Wirksamkeit einer vertraglich vereinbarten, privaten Entscheidung mit rechtsgestaltender Wirkung als erfüllt ansieht. Diese Anforderungen des jeweiligen Staates decken sich nicht

UNÜ Grundrechte manifestieren und somit den Gerichten kein Ermessen eingeräumt ist. In diesem Sinne ist wohl auch Haas, S. 111 f. zu verstehen. Dennoch erkennt dieser eine allmähliche Unterwanderung des Grundsatzes, dass Schiedssprüche im Ausland nur insoweit Geltung entfalten können, als sie in Ihrem Herkunftsland noch wirksam sind. Siehe ebenfalls in Fn. 231.

¹⁰⁰⁴ Haas, S. 111 f. und S. 79, wo der Zusammenhang zwischen Aufhebung im Sitzstaat und der damit verbundenen Anerkennungsverweigerung nach Art. V, Abs. 1, e) UNÜ deutlich gemacht wird.

notwendig mit den Anforderungen des Sitzstaates an die auf seinem Territorium ergehenden Entscheidungen. Ebenso wenig kann eine etwaige Annullierung des betreffenden Schiedsspruchs in anderen Ländern (aus ggf. „lokalen“ Gründen) hierbei von Relevanz sein¹⁰⁰⁵. In all diesen Fällen, (Kontrolle des Sitzstaates und Kontrolle des/der Vollstreckungsstaates/en) handelt es sich jedoch um die selbe Interessenlage: Die Verleihung der rechtlichen Wirksamkeit an eine private Entscheidung im vorgenannten Sinne, innerhalb der jeweiligen Rechtsordnung. Eine Sonderrolle des Gerichts des Sitzstaates ist in diesem Punkt¹⁰⁰⁶ jedenfalls nicht zu erblicken. Jedem Staat sollte es daher überlassen sein, nach seinen Vorstellungen über die Wirksamkeit genannter Entscheidungen auf seinem Territorium zu befinden, unabhängig von der Entscheidung im Sitzstaat. Der Wortlaut des Art V Abs. 1e) UNÜ lässt ein solches Verständnis durchaus zu. Dies ist sicherlich auch im Sinne des UNÜ, wo gemäß dessen Art. III ein grundsätzliches Bestreben nach einer Erleichterung der

¹⁰⁰⁵ Hass in Weigand, S. 516, Rdn. 88 f..

¹⁰⁰⁶ Die gesonderte Rolle der Gerichte des Sitzstaates bezieht sich vornehmlich auf die begleitende Unterstützung vor und während des Verfahrens. Dies sehen die drei hier untersuchten Rechtsordnungen übereinstimmend vor.

internationalen Zirkulation von Schiedssprüchen beabsichtigt ist¹⁰⁰⁷.

Für den vom OLG Rostock zu entscheidenden Fall bleibt mithin festzuhalten, dass bei dessen Behandlung ein falsches Verständnis des Art. V Abs. 1, e) UNÜ zugrunde gelegt wurde¹⁰⁰⁸ und die Problematik über die Vollstreckbarkeit von im Sitzstaat aufgehobenen Schiedssprüchen nicht einmal angedacht wurde. In gegebenen Zusammenhang und im Sinne vorstehender Ausführungen hätte das OLG Rostock eine Versagung der Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruches auch gemäß Art. V Abs. 1, c) UNÜ mit derselben Argumentation wie die staatlichen, russischen Gerichte vornehmen können. Häufig, wenngleich nicht immer, finden sich vergleichbare Prüfungspunkte in den nationalen Schiedsordnungen, was ebenfalls für eine Loslösung von der starren, automatisierten Bindung an das Aufhebungsurteil im Sitzstaat spricht¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁷ In diesem Sinne auch Weinacht in ZVglRWiss 1999, S. 139, 142-144.

¹⁰⁰⁸ Vergl. Nienaber, S. 80.

¹⁰⁰⁹ Dies lässt sich in doppeltem Sinn verstehen: Liegen vergleichbare Prüfungsraster in den jeweils berührten Rechtsordnungen vor, kommt einer pauschalen Vorrangstellung der Aufhebungsentscheidung im Sitzstaat bei der Vollstreckbarkeitsprüfung keine eigenständige Funktion zu. Sind die Prüfungsraster unterschiedlich, würde eine strengere

Im Gegensatz zu diesen Erwägungen und folglich im Sinne der Entscheidung des OLG Rostock steht § 1061 Abs. 3 ZPO, der zumindest gedanklich¹⁰¹⁰ an einer strikten Bindung des Vollstreckungsgerichts an die Aufhebungsentscheidung eines Gerichts am Sitz des Schiedsgerichts festhält. Ebenfalls muss festgehalten werden, dass es sich bei der hier zugrunde liegenden Entscheidung um einen aus Sicht der deutschen Rechtsordnung zwar ausländischen, aber dennoch nationalen, russischen Schiedsspruch handelte. Insofern konnte das OLG Rostock, hätte es denn gewollt, auch nicht an die (viel diskutierte) Argumentation der französischen Rechtsprechung in der Hilmarton und Chromalloy Affäre anknüpfen, nach welcher ein internationaler Schiedsspruch nicht in die Rechtsordnung des Landes des Sitz des Schiedsgerichts integriert ist.

Regelung im Sitzstaat (etwa section 68 des Arbitration Act 1996 in England) zu einer ungerechtfertigten Einschränkung der Zirkulationsfähigkeit von Schiedssprüchen führen, ein laxeres Prüfungsraster (etwa Art. 1502 NCPC in Frankreich) würde über Art. VII Abs. 1 UNÜ ohnehin den Vorrang erfahren.

¹⁰¹⁰ Die Vorschrift findet nur auf Parteiantrag Anwendung, vergl. Thomas in Thomas/Putzo, ZPO zu § 1061, Rdn. 14.

D) Zusammenfassung und Würdigung

I) Regelungscharakter der Schiedsgesetzgebung

Die deutsche Schiedsgesetzgebung tendiert in Umfang und Struktur zu einer weitgehend abgeschlossenen Regelung aller Aspekte des Schiedsverfahrens. Das UNCITRAL Modelgesetz wurde hierbei in vielen Teilen übernommen¹⁰¹¹. Hervorzuheben ist die nunmehr in § 1025 Abs. 1 ZPO festgeschriebene lex loci arbitri Regel und die damit einhergehende Abkehr von der vormals geltenden Verfahrenstheorie. Dies entspricht der Regelung im Arbitration Act 1996 und der diesbezüglich überwiegenden internationalen Ansicht. Durch die Annahme der lex loci arbitri Regel, sowie angesichts des Fehlens einer gesonderten Regelung im 10. Buch der ZPO, wird auch in Deutschland eine internationale Schiedsgerichtsbarkeit nicht als ein von nationalen Rechtsordnungen losgelöstes Phänomen wahrgenommen, welchem durch Schaffung eigener Regeln Rechnung getragen werden müsste. Man hielt das nunmehr reformierte Schiedsverfahrensrecht für

¹⁰¹¹ Schütze, S. 4, Rdn. 5; Schumacher in BB 1998, Beilage 2, S. 6 ff..

ebenso geeignet internationale wie auch nationale Schiedsverfahren zu regeln. In Deutschland ist das Verhältnis von staatlicher Gerichtsbarkeit und den privaten Schiedsgerichten jedoch nicht eng verwoben, letztere verstehen sich vielmehr als private, in der Parteiautonomie gründende Streitschlichtungsalternative zu den staatlichen Gerichten¹⁰¹².

II) Der rechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts

§ 1051 Abs. 1, S. 1 ZPO entspricht wörtlich Art. 28 Abs. I des UNCITRAL Modelgesetzes und kommt inhaltlich ebenfalls der Regelung des Art. 1496 NCPC, Satz 1, 1. Halbsatz nach. Kraft expliziter Parteivereinbarung sind nach allen drei Normen Rechtsvorschriften auf den Sachverhalt anwendbar, also sowohl staatliche als auch nichtstaatliche (*lex mercatoria*) Regeln. Insoweit entspricht die Vorschrift den Regelungen in den anderen hier untersuchten Rechtsordnungen und ist als weitest mögliche Würdigung der Parteiautonomie zu verstehen. Weniger klar ist dagegen die Festlegung des

¹⁰¹² Vergl. Die Einleitung bei Schütze, S. 1, Rdn. 1.

Schiedsgerichts nach § 1051 Abs. 2 ZPO auf die Anwendung eines staatlichen Rechts für den Fall, dass die Parteien keine ausdrückliche Rechtswahl getroffen haben.

Schon die Tatsache, dass der deutsche Gesetzgeber eine Anwendung der Kollisionsnormen des Schiedsortes für möglich hielt und diese in die Kollisionsnorm für Schiedsgerichte einfließen lassen wollte entspricht nicht der überwiegenden internationalen Auffassung, die von einem Sonderkollisionsrecht für Schiedsgerichte ausgeht. Diese Bindung des Schiedsgerichts konnte nach hier vorgenommener Auslegung jedoch nicht aus der Vorschrift des § 1051 Abs. 2 ZPO entnommen werden. Zudem wurde festgestellt, dass die Vorschrift des § 1051 ZPO eine unkohärente Wertung enthält: Diese besteht nach hier vertretener Auffassung darin, Vorschriften einer *lex mercatoria* im Falle expliziter Bestimmung, mit einer Entscheidung nach Recht gleichzusetzen, bei fehlender Parteivereinbarung diese Wertung aber zu revidieren, indem das Schiedsgericht jedenfalls auf die Ermittlung eines staatlichen Rechts festgelegt wird. Hierdurch werden genannte Vorschriften letztlich mit einer Billigkeitsentscheidung assimiliert, da eine solche ebenfalls nur durch explizite Parteienwahl zulässig ist

und dies obwohl beide Entscheidungssysteme durch § 1051 ZPO getrennt behandelt werden (Abs. 1 und Abs. 3 der Vorschrift). Dem Regelkorpus der *lex mercatoria* Vorschriften werden innerhalb des § 1051 ZPO also unterschiedliche Qualitäten eingeräumt, je nachdem ob sie von den Parteien oder dem Schiedsgericht zur Anwendung gebracht werden.

Diese etwas diffus anmutende Gesetzeslage lässt eine eindeutige Aussage über den rechtlichen Status einer *lex mercatoria* nach deutschem Schiedsrecht nicht zu. Wenig erhellend ist in diesem Zusammenhang auch die in diesem Bereich ergangene Rechtsprechung, welche bisher keine konkrete Gelegenheit hatte Position zu der rechtlichen Qualität von *lex mercatoria* Regeln zu beziehen. Angesichts vorgenannter Gesetzeslage ist auch eine Prognose schwerlich durchzuführen. Nach überwiegend vertretener Ansicht in der deutschen Rechtswissenschaft, sollen Vorschriften einer *lex mercatoria* jedenfalls nicht als Recht anerkannt werden. Die Argumentation fußt dabei essentiell auf einer Negierung einer *lex mercatoria*, verstanden als autonome Rechtsordnung, neben staatlichen Rechtsordnungen. Die vorgenommene Analyse hat jedoch ergeben, dass eine solche Prämisse in dieser

Absolutheit nicht aufgestellt wurde. Da die, an sich zutreffende, Kritik aber vor allem anhand solcher Bewertungsmaßstäbe erfolgte, geht sie zwangsläufig über den eigentlichen Kern der Sache hinaus.

III) Das Verhältnis von nationalem Richter, Schiedsgericht und Schiedsspruch

Die Aufhebungsgründe des § 1059 ZPO sind, entgegen einer theoretisch eingeräumten Möglichkeit in § 1062 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1, Nr. 4 ZPO nur auf inländische Schiedssprüche anwendbar. Eine extraterritoriale Aufhebungskompetenz existiert im deutschen Schiedsrecht damit nicht. Dies entspricht dem international verbreitet anerkanntem Grundsatz, das Aufhebungsmonopol für Schiedssprüche bei den Gerichten des Schiedsortes zu belassen und steht im Einklang mit der in Deutschland nunmehr anerkannten (§ 1025 Abs. 1 ZPO) *lex loci arbitri* Regel. Die Untersuchung einiger in Betracht kommender Aufhebungspunkte ergab keine spezifische Aufhebungsrelevanz einer *lex mercatoria* Anwendung. Lediglich die allgemeine Kontrolle über die Überschreitung der durch das Verfahrensrecht oder die Parteivereinbarung gesetzten Grenzen kann in

bestimmten Konstellationen „auch“ zu einer Ahndung einer *lex mercatoria* Anwendung führen. Interessanterweise scheinen sowohl deutsches als auch französisches Recht an dieser Stelle eine Differenzierung bei der Überprüfung des schiedsrichterlichen Tätigwerdens vorzunehmen, indem eine inhaltliche Kontrolle grundsätzlich abgelehnt wird und vornehmlich auf die Konformität mit dem durch Schiedsvereinbarung oder Gesetz vorgegebenen Maßstab abgestellt wird¹⁰¹³. Diese Differenzierung nimmt das englische Recht im Rahmen der Aufhebung von Schiedssprüchen nicht vor. Bei der Anerkennung und Vollstreckung verzichten alle drei Rechtsordnungen jedoch auf eine inhaltliche Überprüfung des Schiedsspruchs.

Ein teilweise angeführter Verstoß gegen die *ordre public* ist nach diesseits vertretener Ansicht nicht haltbar, da die in diesem Zusammenhang erfolgte Argumentation letztlich nicht darlegen konnte, worin der offensichtliche Verstoß gegen den Kernbereich der deutschen Rechtsordnung, dessen Verletzung unerträglich wäre,

¹⁰¹³ Vergl. hierzu den Leitsatz der Entscheidung *Compania Valencia de Cementos Portland c. Primary Coal*, sowie die Ausführungen zu Art. 1502 no. 3 NCPC und § 1059 Abs. 2 Nr. 1. c) und 1 d) ZPO.

liegen solle. Die Aufhebungsgründe sind ansonsten nicht auf eine konkrete Ahndung von *lex mercatoria* zugeschnitten. Im Übrigen erfüllt das nationale Gericht am Ort des Schiedsverfahrens vornehmlich eine Assistenzfunktion bei der Konstituierung des Schiedsgerichts oder der Beweisaufnahme (vergl. §§ 1025 Abs. 3 und 1050 ZPO).

Eine aus ausländischer Sicht begrüßenswerte Regelung erfuhr die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen. Die Aufhebungsgründe des § 1059 ZPO wurden an die des Art. V des UNÜ angepasst, welches als nunmehr alleinige Regelung für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche über die Vorschrift des § 1061 ZPO in das 10. Buch der ZPO inkorporiert wurde. Damit stellt das deutsche Schiedsverfahrensrecht eine einheitliche Regelung für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer und inländischer, internationaler Schiedssprüche zur Verfügung, was aufgrund der langjährigen Erfahrungen mit den Vorschriften des UNÜ der Praxis den Zugang zum deutschen Schiedsrecht erleichtern wird.

Die deutsche Rechtsprechung wurde, soweit ersichtlich, bisher zu keiner Stellungnahme hinsichtlich der

rechtlichen Qualität einer *lex mercatoria* veranlasst. Die untersuchten Entscheidungen betreffen letztlich nur die höchstrichterliche Bestätigung einiger, allgemein anerkannter Grundsätze, wie die Trennung von Rechts- und Billigkeitsentscheid. Die international kontrovers diskutierte Frage nach der Möglichkeit einer Anerkennung und Vollstreckung von im Land des Sitz des Schiedsgerichts aufgehobener Schiedssprüche wurde in einem hierzu ergangenen Urteil des OLG Rostock vom 28.10.1999 bedauerlicherweise ignoriert. Mangels Stellungnahme des Gerichts ist diese Entscheidung daher kaum aussagekräftig. Orientiert man sich jedoch allein an deren Ergebnis, würde man wohl von einer Ablehnung der deutschen Rechtsprechung gegenüber der Anerkennung solcher Entscheide ausgehen müssen. Dies stände zumindest auch in Einklang mit der konzeptionellen Ablehnung einer internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nach den Regelungen des deutschen Schiedsrechts.

4. Teil: Ergebnis und Ausblick

1. Kapitel: Der rechtliche Status eines „universellen“ Handelsrechts in den Rechtsordnungen Englands, Frankreichs und Deutschlands

A) Die lex mercatoria Debatte in der Rechtswissenschaft

Die dargestellten Literaturlauffassungen zeigen zunächst deutlich, dass die französische Rechtswissenschaft eine Vorreiterfunktion im Hinblick auf die Herausarbeitung und Konsolidierung eines rechtstheoretischen Rahmens für lex mercatoria Vorschriften einnimmt. Ohne frei von Kritikern (vergl. die Ausführungen von Paul Lagarde) zu sein, dominiert dort eine positive Strömung hin zu einer Anerkennung eines solchen Rechtskorpus und schreibt diesem die Funktionalität als Rechtsordnungssystem einer nicht näher eingrenzbaeren Gruppe international Handelstreibender zu. In Deutschland zeigt sich ein umgekehrtes Bild. Von den hier dargestellten Literaten lösen sich nur Berger und Mertens von einer streng positivistisch geprägten

Strömung und erkennen Normen einer *lex mercatoria* faktisch als (ein) taugliches Steuerungsinstrument der internationalen Wirtschaftsbeziehungen an. Gemeinsam ist den Befürwortern das Bedürfnis nach solchen Regelungen, was essentiell mit einer Regression des Staates in diesem Bereich zusammenhängt¹⁰¹⁴. Die Qualifizierung solcher Regelungen erfolgt nach dem Kriterium der Geeignetheit, was insoweit der o.g. Funktionalität entspricht. Wird diese zwar nicht von jedem Autor explizit benannt, so ergibt sich bereits aus dem allgemein anerkannten¹⁰¹⁵ Pluralismus der Quellen solcher Vorschriften (Vertragspraktiken, Standardklauseln, allgemeine Rechtsgrundsätze, staatliches Einheitsrecht) die Tatsache, dass diese sich nicht mit der althergebrachten, positivistischen Terminologie klassifizieren lassen und ihre Gemeinsamkeit daher nicht in ihrer Herkunft zu suchen ist, sondern den Bedingungen ihrer Anwendung im

¹⁰¹⁴ Vergl. nur Kahn in McGillJ 1992, S. 413 ff.. Bergers Ansatz einer „schleichenden Kodifizierung“ ist dabei als Fortführung dieses Ansatzes zu verstehen, da die Verfassung der UNIDROIT-Prinzipien letztlich der Steigerung der Funktionalität und Operativität von *lex mercatoria* Normen dienen und zugleich den vielfach vorgetragenen Einwänden einer fehlenden Vorhersehbarkeit und Kohärenz entgegenwirken.

¹⁰¹⁵ Hier stimmen die Autoren prinzipiell überein, vergl. i.e. die Darstellungen zu Goldman, Kahn, Loquin und Berger.

Rahmen von internationalen Geschäftsbeziehungen oder der rechtlichen Beurteilung vor internationalen Schiedsgerichten. Daher sind es auch die Bedingungen ihrer Anwendung, welche als „universal“ zu verstehen sind, nicht ihre inhaltlichen Lösungen. Hierin spiegelt sich auch der Unterschied zu Praktiken und Grundsätzen im nationalen Wirtschaftsverkehr wieder. Das grenzüberschreitende Element verleiht der Geschäftsbeziehung einen anderen Status, der Zugriff einer konkreten staatlichen Rechtsordnung zur Beurteilung bestimmter Vertragsklauseln ist nicht automatisch gegeben und daher zunächst durch nichts legitimiert¹⁰¹⁶. Vier Begriffe stehen dementsprechend im Kern der Debatte: Autonomie, Exklusivität, Rechtsordnung und Internationalität, wobei die ersten drei letztlich die selbe Frage nach dem Geltungsanspruch von *lex mercatoria* Normen betreffen

¹⁰¹⁶ So die Tendenzen Sandrocks und Schlossers, nach denen keine Besonderheit von *lex mercatoria* Normen und z.B. Allgemeinen Geschäftsbedingungen im nationalen Rechtsraum bestehen soll. Beide ordnen diese Regeln einem nationalen Recht zu und umgehen dabei die Frage, welchem dieses im Einzelfall (nach IPR) gebühren solle und woher die Legitimität einer bestimmten Rechtsordnung herrührt, wenn es z.B. um die Beurteilung international einheitlich anzuwendender Vorschriften gehe. Können etwa die INCOTERMS allein nach französischem Recht beurteilt werden, nur weil der Normsetzer, die ICC, in Paris sitzt?

und letzterer Begriff vielfach ideologisch überlagert wird.

Lex mercatoria als vollkommen autonome, exklusiv intervenierende Rechtsordnung des internationalen Handels existiert nicht und keiner der in dieser Arbeit dargestellten Literaten ist dieser Auffassung¹⁰¹⁷. Sie übernimmt lediglich teilweise die Funktion einer solchen, indem zahlreiche internationale Rechtsbeziehungen soweit als möglich vertraglich gestaltet werden und die Streitentscheidung der privaten Schiedsgerichtsbarkeit aufgegeben wird, da der Staat der Komplexität und Vielschichtigkeit der Interessenlagen im internationalen Wirtschaftsverkehr nicht nachkommen kann oder möchte. Das Interesse besteht also darin, dieser, letztlich soziologischen, Entwicklung der Autoregulierung einen rechtstheoretischen Rahmen zu verleihen, was sich mit einer positivistischen Terminologie nicht erreichen lässt. Die aktuelle Situation zeichnet sich vor allem durch Koexistenz und Interferenz von staatlichen und privaten Rechtsvereinheitlichungstendenzen aus, welche es zu

¹⁰¹⁷ Vergl. Goldman, Kahn, a.a.O. der i.Ü. in „La vente commerciale internationale“ den gesamten zweiten Teil (S. 229 ff.) der Bestimmung der Grenzen dieser „Autonomie“ widmet.

koordinieren und zu ordnen gilt um ihre Anwendung zu steigern. Es wäre verfehlt diese Entwicklung dadurch ignorieren zu wollen, dass sie nicht in die vorgefasste und etablierte Form der positivistischen Rechtsquellenlehre hineinpasst (so wohl der Kern der Kritik). Der Begriff der Autonomie wird seitens der Kritiker daher viel zu weitgehend interpretiert und es versteht sich aus Sicht der Befürworter von selbst, dass hiermit nicht eine staatliche Regelungs- und Eingriffshoheit als solche in Frage gestellt werden sollte. Vergleichbares ließe sich auch über die mangelnde inhaltliche Regelungsdichte¹⁰¹⁸ zur Bewältigung aller aufkommenden Rechtsfragen, welche eine Rechtsordnung der *lex mercatoria* nicht leisten könne, sagen. Die bestehende Beschränktheit wird von den Befürwortern anerkannt, nur partiell können diese Regeln entsprechend einer Rechtsordnung fungieren und bilden insoweit autonome Lösungsansätze, wobei sie sich in stetiger Fortentwicklung befinden. Die Internationalität der Sachverhalte wird seitens der Kritiker häufig nicht zum Anlass genommen, eine Spezifität ihres Regulierungsbedürfnisses zu erblicken.

¹⁰¹⁸ Hierzu vor allem Mustill im 1. Teil, 2. Kapitel, C., II.).

Vielmehr wird versucht, Vorschriften die der Regulierung internationaler Sachverhalte dienen, um jeden Preis auf eine nationale Rechtsordnung zurückzuführen¹⁰¹⁹. Der Internationalität einer Rechtsbeziehung kann in Zeiten des globalen „Aneinanderrückens“ jedoch nicht mehr allein durch die kategorische Einordnung in ein nationales Rechtssystem genüge getan werden, vielmehr gebietet ein effizienter Interessenausgleich den Parteien häufig einen Rückgriff auf vertragliche Regelungen¹⁰²⁰, angereichert durch allgemeine Rechtsgrundsätze und (branchenspezifische) Gebräuche. „Ideologisch umkämpft“ scheint somit vor allem das Eingeständnis einer gewissen Eigenständigkeit und Eigendynamik des internationalen Wirtschaftsraums im Gegensatz zur notwendigen Klassifizierung grenzüberschreitender Verhältnisse in ein nationales Rechtssystem zu sein. Diese „Ideologisierung“ wird zur

¹⁰¹⁹ Vergl. Sandrock und Schlosser im 3. Teil, 2. Kapitel unter A.) I.) und II.) Kritisch zu dieser Beobachtung de Ly in FS Sandrock, S. 179, 180 f., der eine formale Rückführung auf nationale Rechte am Beispiel von internationalen Abkommen und Modellgesetzen zum Teil als „artifizuell“ bezeichnet.

¹⁰²⁰ Vergl. beispielhaft die optionale Anwendbarkeit von nationalem Recht oder *lex mercatoria* Regeln in einigen Standardverträgen der ICC, bei de Ly in FS Sandrock, S. 179, 187.

jeweiligen Argumentation beider Seiten¹⁰²¹ herangezogen, die praktische Entstehung und Anwendung solcher Regeln erfolgt jedoch grundsätzlich unabhängig hiervon. Die Internationalisierung der Geschäftsbeziehungen und ihre Ausdrucksformen (alternative Streitentscheidungs-mechanismen, verstärkter Subjektivismus) verlangt jedoch nach einer gesonderten Berücksichtigung, eben weil ein Regelungsdefizit staatlicherseits hier stärker ausgeprägt ist, das Regelungsbedürfnis hier aber zugleich dringender erscheint und eine ordnende Struktur (vergleichbar der staatlichen Rechtsordnung) nicht in dem Maße existiert um hier für einen Ausgleich sorgen zu können.

Die im ersten Teil vorgenommene Einteilung der Meinungsströmungen sollte aufgrund vorgehender Ausführungen daher nicht weiter verfolgt werden, über die zugrundeliegenden, unterschiedlichen rechtstheoretischen Prämissen ist letztlich keine theoretische Instanz zur verbindlichen Entscheidung

¹⁰²¹ In Frankreich wird als einziger der hier untersuchten Rechtsordnungen die Internationalität auch von der Rechtsprechung und der Gesetzgebung zugrunde gelegt.

berufen¹⁰²². Die Debatte ist vielmehr weg von der Frage nach dem Rechtsordnungscharakter einer *lex mercatoria*¹⁰²³, hin zu der Frage der Abgrenzung und Vereinbarkeit konkreter, aus privater Selbstregulierung hervorgegangener Vorschriften, mit staatlichen Regelungsansprüchen zu lenken. Auf diesem Wege ist es unerlässlich, den internationalen Wirtschaftsraum weiteren Strukturierungsansätzen zu unterziehen¹⁰²⁴, wie es z.B. durch die UNIDROIT - Prinzipien oder PECL erfolgte. Dies steht im Einklang mit der allgemeinen Tendenz zu Rechtsvereinheitlichung und Effektivitätssteigerung im internationalen Wirtschaftsverkehr mit dem Ziel, einen transparenten rechtlichen Rahmen des internationalen Wirtschaftsrechts zu erreichen.

¹⁰²² So treffend Stein, S. 9. Ebendiese (auf S. 6, Fn. 24) gibt einen Überblick über die „Emotionsgeladenheit“ mit der diese Debatte vor allem in den 80er Jahren geführt wurde.

¹⁰²³ Welche für sich gesehen keine praktische Relevanz besitzt.

¹⁰²⁴ Zu denken wäre etwa an eine Festlegung der Staatengemeinschaft hinsichtlich bestimmter, gebotener Beschränkungen der Parteiautonomie im Bereich des Verfahrens und des anwendbaren Rechts (wie etwa eine katalogartige Festlegung des *ordre public international*) um so klare Abgrenzungen und damit Leitlinien für die Parteien erzielen zu können. Siehe hierzu auch die folgenden Ausführungen im 2. Kapitel.

Von der polarisierenden Prämisse eines rein staatlichen Regulierungsmonopols ist Abstand zu nehmen und an den Möglichkeiten einer produktiven Vereinbarkeit beider Komplexe miteinander zu arbeiten, um eine Art „proper mix between various types of regulation“¹⁰²⁵ zu erreichen.

B) Die Konzeption der Schiedsordnungen

Umfang und inhaltliche Ansätze der drei Regelungen weichen zum Teil stark von einander ab. Der Arbitration Act 1996 enthält die umfangreichste Regelung mit 110 Vorschriften. Das 10. Buch der ZPO umfasst 42 Paragraphen und der NCPC 16 Artikel und enthält somit die „rudimentärste“, gesetzliche Regelung. Der Rückgriff auf materielle, von der Rechtsprechung erarbeiteter und für den ausländischen Anwender zunächst schwieriger zugängliche Regeln ist in Frankreich daher „dringender geboten“ als in den anderen Rechtsordnungen. Klarheit in Sprache und Aufbau des Arbitration Act 1996, sowie die nahezu alle Aspekte des Schiedsverfahrens betreffende Regelung gewährleisten eine reibungslose Verfahrensabwicklung

¹⁰²⁵ Vergl. de Ly in FS Sandrock, S. 179, 199 und 203.

auch im Falle fehlender Parteivereinbarungen. Abgesehen von den in schedule I des Gesetzes als zwingend ausgewiesenen Regelungen unterliegen grundsätzlich alle anderen Vorschriften der Parteidisposition. Das 10. Buch der ZPO enthält dagegen weniger, dabei aber grundsätzlich zwingend anzuwendende Vorschriften¹⁰²⁶.

Alle drei untersuchten Rechtsordnungen räumen der Parteiautonomie eine zentrale Rolle bei der Gestaltung des Schiedsverfahrens ein und entsprechen damit grundsätzlich dem allgemeinen, internationalem Trend¹⁰²⁷. Auffallend ist, dass weder das deutsche noch das englische Recht begrifflich zwischen nationaler und internationaler Schiedsgerichtsbarkeit trennen. In Frankreich wurde der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit –als gesondertem Phänomen – ein eigenes Kapitel im NCPC gewidmet. Der deutsche und englische Ansatz vermeiden an dieser Stelle Abgrenzungsprobleme, gleichzeitig ist hierdurch aber auch einer Berücksichtigung der Besonderheiten des

¹⁰²⁶ Vergl. Geimer in Zöller, ZPO zu § 1025, Rdn. 3. Nur im Einzelfall, soweit es sich ausdrücklich oder aus dem Sinnzusammenhang der Norm ergibt, kann eine abweichende Parteivereinbarung zugelassen werden, vergl. BT-Drucks. 13/5274, S. 28.

¹⁰²⁷ Vergl. nur Berger in RIW 1994, S. 12, 14 ff..

internationalen Handels eine systembedingte Negierung zuteil geworden, denn trotz einer grundsätzlich liberalen Regelung des Schiedsverfahrens erscheint es oft nicht sachgerecht, ein nationales Verfahren denselben Regeln wie einem internationalen Verfahren zu unterwerfen. Gerade bei der hier interessierenden Frage des anwendbaren Rechts besteht kein vergleichbares Bedürfnis bei den Parteien nationaler und internationaler Verfahren, nichtstaatliche Normen anzuwenden. Die Anwendung der selben Verfahrensregeln auf nationale und internationale Verfahren (also auch desselben Spielraums der Schiedsgerichte im Falle einer nicht erfolgten Parteienwahl) ignoriert diesen wesentlichen Unterschied und erscheint insoweit nicht sachgerecht.

Während im Übrigen die Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland und Frankreich als eigenständige, private Alternativgerichtsbarkeit angesehen und mithin ein Eingreifen staatlicher Gerichte vor allem unterstützend verstanden wird, (soweit dies für die Funktion des Schiedsverfahrens notwendig oder sinnvoll erscheint), herrscht in England die Auffassung vor, Schiedsgerichte dienen der sachnäheren Entscheidung für bestimmte Fragen, sollen dabei jedoch in die rechtsprechende

Autorität der common law Gerichte eingebettet sein. Diese Konzeption wurde durch den Arbitration Act 1996 verschoben, nunmehr dominiert auch hier grundsätzlich¹⁰²⁸ die Zurückhaltung staatlicher Gerichte, was sich insbesondere in der Abdingbarkeit zahlreicher Vorschriften (unter den formellen Voraussetzungen der section 5) ausdrückt, die größtenteils eine individuelle Gestaltung des Schiedsprozesses erlauben.

Letztlich drückt sich die implizite Nichtanerkennung einer rechtlichen Besonderheit internationaler Schiedsverfahren auch in der Festschreibung der *lex loci arbitri* Regel in England und Deutschland aus. Dieses Konzept der notwendigen, nationalen Verankerung von Schiedsverfahren und folglich auch Schiedssprüchen wirkt, sich auf alle diesbezüglich relevanten Fragestellungen aus (vor allem auch im Bereich des anwendbaren Rechts oder einem fehlenden, gesonderten Vollstreckungsregime für internationale Schiedssprüche) und ist trotz weitläufiger Aufnahme der Parteiautonomie in das jeweilige Schiedsgerichts-konzept, ein Charakteristikum beider Rechtsordnungen. Die französische Rechtsordnung folgt hier dem

¹⁰²⁸ Zu den Abweichungen hierzu sogleich unter D.), I.), 2.).

entgegengesetzten Weg und widmet in einem gesonderten Abschnitt verschiedene Regelungen einer unabhängigen, eigenen Maßgaben folgenden, internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, wenngleich auch hier eine geringfügige Einschränkung dieses Konzeptes erfolgte¹⁰²⁹.

¹⁰²⁹ Dies betrifft die Kontrollbefugnis der Gerichte am Sitz des Schiedsgerichts, s. hierzu sogleich unter D., I.).

C) Der rechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit bei der Bestimmung des materiellen Rechts

I) Objekt

Geht es um das Objekt der den Schiedsrichtern eingeräumten Rechtswahlmöglichkeiten, könnten die Lösungsansätze der drei untersuchten Rechtsordnungen auf den ersten Blick kaum unterschiedlicher sein. Zunächst stimmen zwar alle drei Rechtsordnungen darin überein, dass kraft Parteivereinbarung zunächst jedes anerkannte Streitentscheidungssystem zur Anwendung gelangen kann, d.h. eine Anwendung staatlichen Rechts, Rechtsvorschriften oder Billigkeitsgrundsätze. Fehlt eine solche und ist folglich das Schiedsgericht zur Anwendung berufen, werden die Streitentscheidungssysteme aber konkret festgelegt: Section 46 (3.) Arbitration Act 1996 legt das Schiedsgericht hier auf „the law“ fest, was in herkömmlichem wie auch im Zusammenhang der Vorschrift verwendeten Gebrauch ein materielles Recht eines bestimmten Staates ist. Begrifflich differenziert der Arbitration Act nur zwischen zwei Regelungskomplexen, „the law“ und „such other

considerations”, womit eine Differenzierung von Rechtsvorschriften und Billigkeitsentscheidung ausbleibt, was dem internationalen Trend grundsätzlich zuwiderläuft.

§ 1051 ZPO übernimmt die international anerkannte Begriffstrias von Entscheidung nach Recht, Rechtsvorschriften und Billigkeit. Bei fehlender Parteienwahl wird das Schiedsgericht auch hier auf das materielle Recht eines Staates festgelegt, § 1051 Abs. 2 ZPO. Nach hier vertretener Ansicht ist diese Zuordnung im Zusammenhang der Vorschrift nicht gerechtfertigt, da hierdurch eine Assimilierung mit einem Entscheid nach Billigkeit vorgenommen wird, obwohl nach Abs. 1 der Vorschrift eine Wahl von *lex mercatoria* Vorschriften mit einer Rechtswahl gleichgesetzt wird¹⁰³⁰. Der Wortlaut der Vorschrift ist aber eindeutig, sodass die Vorab - Festlegung des Schiedsgerichts auf Anwendung eines staatlichen Rechts mit der Situation in England übereinstimmt, ohne dass hier auch eine klare begriffliche Trennung der unterschiedlichen Normkomplexe vorgenommen wurde, wie es in England der Fall ist.

¹⁰³⁰ Vergl. obige Ausführungen unter B., II.), 1.), a) und b).

Im Gegensatz hierzu steht die französische Regelung des Art. 1496 NCPC, in der als einziger keine Disparität zwischen der Rechtsanwendungsbefugnis des Schiedsgerichts und der Parteien zu erblicken ist oder anders formuliert, kein offensichtlicher Bruch zwischen der Freiheit der Parteien und der partiellen Bindung des Schiedsgerichts existiert¹⁰³¹. Ebenso wie die Parteien kann das Schiedsgericht, über einen „*approche directe*“ diejenigen Rechtsvorschriften anwenden, die es für geeignet hält. Rechtsvorschriften und staatliches Recht sind hier also vollständig gleichgestellt und stehen konsequenterweise einer Entscheidung nach Billigkeit gegenüber, für die immer eine ausdrückliche Beauftragung durch die Parteien notwendig ist. Die Zugrundelegung der o.g. Begriffstrias führte hier also nicht, wie im deutschen Recht, zu einer Vermengung dieser inhaltlich verschiedenen Streitentscheidungssysteme, Recht und Billigkeit werden klar gegen einander abgegrenzt. Die französische Rechtsordnung ist damit die einzige der hier untersuchten, die das Schiedsgericht nicht von vorne herein auf eine konkrete (staatliche) Rechtswahl festlegt.

¹⁰³¹ So die Formulierung bei Gottwald, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 77.

Dies ist nicht als Unterwanderung von Voraussehbarkeit und Rechtssicherheit zu deuten, denn auch die Festlegung auf ein staatliches Recht sichert keinen gewissen Ausgang in der Rechtswahlbestimmung. Vielmehr trägt die französische Regelung einem expandierenden Subjektivismus¹⁰³² im Bereich der internationalen Wirtschaftsbeziehungen Rechnung. Sie verleiht dem Grundsatz der Parteiautonomie, den auch die anderen beiden Rechtsordnungen als oberste Maxime preisen, als Einzige seinen vollen Ausdruck, indem dem Schiedsrichter die Möglichkeit eingeräumt wird, dem Interesse der Parteien in jedem Einzelfall so weit wie möglich entgegenzukommen.

Englische und deutsche Rechtsordnung kommen dem internationalem Maßstab o.g. Begriffstrias nicht vollständig nach, wengleich der englische Arbitration Act 1996 zumindest eine klare Zuordnung vornimmt während die deutsche Vorschrift hier als wenig eindeutig qualifiziert wurde. Einheitliche, inhaltliche Begriffsdeutungen sind aber unerlässlich um eine internationale Rechtsvereinheitlichung und Strukturierung des internationalen Wirtschaftsraumes

¹⁰³² Vergl. in der Einleitung die Ausführungen zum Phänomen der „Vertraglichung“.

voranzutreiben, insofern bleiben diese beiden Rechtsordnungen hinter dem internationalen Anspruch zurück¹⁰³³.

II) Methode

Auch bei der dem Schiedsgericht vorgegebenen Art und Weise der Ermittlung der anzuwendenden Vorschriften divergieren die Rechtsordnungen Englands, Deutschlands und Frankreichs auf den ersten Blick erheblich. Während section 46 (3.) Arbitration Act 1996 dem Schiedsgericht vorgibt, die Kollisionsnorm anzuwenden, die es für anwendbar erachtet, wobei es sich dabei stets um eine staatliche Kollisionsnorm handelt, die zu einem staatlichen Sachrecht („the law“) führt, enthält das deutsche Recht eine eigene Kollisionsnorm, wenngleich die denkbar allgemeinste. Gemäß § 1051 Abs. 2 ZPO hat das Schiedsgericht das Sachrecht des Staates anzuwenden, mit dem der Gegenstand des Verfahrens die engsten Verbindungen aufweist. Damit lässt das deutsche Recht dem Schiedsrichter größeren Freiraum als das englische. Theoretisch könnte ein nach deutschem

¹⁰³³ Wobei die diesbezügliche Vorschrift des Arbitration Act 1996 abdingbar ist, weswegen dieser Vorwurf für die englische Rechtsordnung nicht so schwer wiegt.

Verfahrensrecht entscheidendes Schiedsgericht auch Regeln einer *lex mercatoria* zur Anwendung bringen, soweit dies nach seiner Einschätzung im Einzelfall die engsten Verbindungen mit dem Verfahrensgegenstand aufweist. Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass dieser Ansatz faktisch dem „*approche directe*“ der französischen Rechtsordnung sehr nahe kommt, da auch dort der Schiedsrichter nicht völlig frei eine beliebige Anknüpfung vornehmen kann, die aus Sicht der Parteien völlig unvorhersehbar ist.¹⁰³⁴ So nahe deutsche und französische Rechtsordnung an dieser Stelle aber auch sein mögen, die vermeintliche (methodische) Freiheit des nach deutschem Schiedsverfahrensrecht befindenden Schiedsrichters wird durch die vorgeschaltete Festlegung des Rechtswahlobjektes praktisch negiert, während die französische Regelung ihren liberalen Ansatz konsequent zu Ende gedacht hat. Auch an dieser Stelle erweckt das deutsche Recht den Eindruck einer nicht ganz geglückten Mixtur verschiedener Modelle. Englisches und französisches Recht bieten eine

¹⁰³⁴ Vergl. Schütze in FS Böckstiegel, S. 715, 720 f.; ähnlich Fouchard/ Gaillard/ Goldman, S. 889 f., Rdn. 1552.

stringente Regelung, gleich ob man sie als „zu konservativ“ oder „zu liberal“ bewerten möchte.

III) Grenzen

Die Regelungen in England und Deutschland sehen bereits durch die Festlegung des Rechtswahlobjektes des Schiedsgerichtes implizite Einschränkungen der Wahlfreiheit vor. Da das Schiedsgericht ein staatliches Recht anwenden muss, hat es dessen *ordre public* sowie etwaige zwingende Vorschriften zu berücksichtigen. Da es alle drei Rechtsordnungen den Parteien erlauben, grundsätzlich alle anerkannten Streitentscheidungssysteme zu bestimmen und diese auch mit einander zu kombinieren (*dépécage*) stellt sich auch hier die berechtigte Frage nach etwaigen Einschränkungen. Hierüber besteht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit keine Einigkeit. Die Beantwortung dieser Frage unterliegt in essentieller Weise der Bewertung die man der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zugrundelegt, ob man sie also in die Rechtsordnung des Sitzes des Schiedsgerichts integriert sehen möchte und dessen Vorschriften einen entsprechenden Anwendungsvorrang einräumt oder einer wahrhaft internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

mit nur geringen, notwendigen Bindungen an das Recht des Schiedsortes zugeneigt ist. Im Einzelnen wird die Bestimmung der Grenzen der Rechtswahl von den konkreten Formulierungen der Rechtswahlklauseln der Parteien abhängen, sowie den konkreten Umständen des jeweiligen Falles. Zwei Aspekte können jedoch als relativ gesichert angesehen werden. Erstens ist jeder Rechtswahl nur in den Grenzen anerkannter Grundsätze der *ordre public international* stattzugeben und zweitens ist jedes Schiedsgericht zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Aufgabe gehalten, einen wirksamen und zumindest in einer in Betracht kommenden Rechtsordnung vollstreckbaren Entscheid zu produzieren. Daher können Eingriffsnormen bestimmter, in den Sachverhalt involvierter Rechtsordnungen eine Rolle spielen, wobei insbesondere an Einfuhrbeschränkungen u.ä. im Erfüllungsland des Vertrages zu denken ist¹⁰³⁵, sowie nationale *ordre public* Grundsätze im Falle der Bestimmung des Rechts eines konkreten Landes durch die Parteien. Jedenfalls ist die großzügig gewährte

¹⁰³⁵ Poudret/ Besson, S.646 ff., Rdn. 706; Kronke in RIW 1998, S. 257, 263; Fouchard in Gottwald, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 365, 390; Engle in TL 2002, S. 323, 341 ff.; Fouchard/ Gaillard/ Goldman, S. 859 ff..

Parteiautonomie nicht gleichbedeutend mit völliger Dispositionsfreiheit der Parteien. Gleiches gilt für das Schiedsgericht, welches etwa bei der Bestimmung der engsten Verbindung zwecks Ermittlung des Vertragsstatuts ebenfalls nicht willkürlich agieren darf, sondern o.g. Aspekte zu berücksichtigen hat¹⁰³⁶, sowie, im Falle großzügig eingeräumter Entscheidungsfreiheit, auch eine entsprechend hohe Begründungslast für seine Entscheidung trägt¹⁰³⁷.

D) Das Verhältnis von nationalem Richter, Schiedsgericht und Schiedsspruch

Das Verhältnis der staatlichen Gerichtsbarkeit in Bezug auf internationale Schiedsverfahren ist in zwei Beziehungen von Relevanz: Vor und während des Schiedsverfahrens kann es zu begleitenden und unterstützenden Maßnahmen der staatlichen Gerichte gegenüber dem Schiedsgericht kommen. Nach Abschluss des Schiedsverfahrens mit Erlass des Schiedsspruchs werden staatliche Gerichte nicht selten mit dessen rechtlicher Kontrolle im Rahmen von

¹⁰³⁶ Für das französische Recht mit seinem sehr liberal erscheinenden Ansatz: Fouchard/ Gaillard/ Goldman, S. 889 ff., Rdn. 1552-1553.

¹⁰³⁷ Dies betont Kronke a.a.O..

Aufhebungs-, Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren konfrontiert.

I) Kompetenz der Gerichte im Land des Schiedsortes

1. Richter und Schiedsgericht

Gegenüber dem Schiedsgericht dient die staatliche Gerichtsbarkeit vor allem dem Zweck, den reibungslosen und zügigen Ablauf des Schiedsverfahrens zu fördern, womit es insbesondere bei der Konstituierung des Schiedsgerichts und der Vornahme einzelner, prozessualer Handlungen, wie der Beweisaufnahme, unterstützend mitwirkt¹⁰³⁸. Anders als in Deutschland oder Frankreich kann in England aber auch eine Intervention der staatlichen Gerichte gemäß section 45 Arbitration Act 1996 während des Verfahrens zwecks Klärung einer rechtlichen Frage betreffend des englischen Rechts (vergl. section 82 (1.)) erfolgen. Diese Vorschrift ist allerdings abdingbar und unterliegt erhöhten Anforderungen auf Tatbestandsseite.

¹⁰³⁸ Vergl. etwa die Vorschriften der sections 42-44 Arbitration Act 1996, Art. 1493 NCPC, §§ 1033-1035 ZPO.

2. Richter und Schiedsspruch

Alle drei Rechtsordnungen sehen die Möglichkeit vor, dass die Gerichte im Land des Schiedsortes den ergangenen Schiedsspruch auf Antrag einer Partei anhand bestimmter Punkte überprüfen und aufheben können. In England wird den staatlichen Gerichten zusätzlich noch eine Appellationsfunktion (section 69) eingeräumt, im Rahmen derer sie über rechtliche Fragen des englischen Rechts befinden und auf diesem Wege in den inhaltlichen Entscheidungsprozess des Schiedsgerichts eingreifen können. Eine solche Regelung ist nur aus dem englischen Verständnis von Schiedsgerichtsbarkeit heraus zu erklären und dem entsprechend in den beiden kontinentalen Rechtsordnungen undenkbar. Darüber hinaus ist der Aufhebungskatalog der section 68 Arbitration Act 1996 im Vergleich zu den korrespondierenden, kontinentalen Regelungen, sehr umfangreich und führt, trotz seiner hohen Anforderungen auf Tatbestandsseite zu einem gesteigerten Aufhebungspotenzial von Schiedssprüchen. In allen drei Rechtsordnungen existieren Aufhebungsgründe für die Gerichte des Schiedsortes, was insbesondere in Frankreich dem Verständnis einer internationalen Schiedsgerichtsbarkeit eine gewisse

Einschränkung zukommen lässt. Da aber eine Konvergenz zwischen den Vollstreckungsversagungsgründen und den Aufhebungsgründen besteht, ist abgesichert, dass faktisch kein Schiedsspruch zu rechtlicher Wirksamkeit in der französischen Rechtsordnung gelangen wird, der den in Art. 1502 NCPC enumerierten Gründen widerspricht, gleich ob dies im Wege einer Aufhebung erfolgt, oder über die Verweigerung der Anerkennung und Vollstreckbarkeit. In Deutschland wurden ebenfalls Aufhebungsgründe und Vollstreckungsversagungsgründe auf einander abgestimmt (vergl. §§ 1059 ff. ZPO). Hierbei wurde die entsprechende Vorschrift des UNÜ (Art. V) in das deutsche Schiedsrecht inkorporiert. Damit ist eine weitgehende Angleichung an das französische Vollstreckungsregime erfolgt, welches selbst nur geringfügig von dem Katalog des Art. V UNÜ abweicht¹⁰³⁹. Nur in England existiert keine derartige Angleichung zu den Vollstreckungs-versagungsgründen. Die Aufhebungskompetenzen der englischen Gerichte sind deutlich umfangreicher gestaltet. Insofern wird hier,

¹⁰³⁹ Diese Tatsache erfuhr im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung von im Land ihres Erlasses aufgehobener Entscheidungen große Bedeutung, s. sogleich unter II.).

von der tendenziell zurückhaltenden Kontrolle der Gerichte des Schiedsortes im Vergleich zu den beiden anderen Nationen abgewichen und die international erwünschte Ausgewogenheit der Kompetenzen zwischen Gerichten am Sitz des Schiedsgerichts und im Vollstreckungsstaat verschoben. Auch die in Deutschland und Frankreich vorgenommene Differenzierung zwischen grundsätzlich zu unterbleibender, inhaltlicher Kontrolle des schiedsrichterlichen Handelns und zulässiger Überprüfung der Einhaltung des dem Schiedsrichter auferlegten Verfahrensmaßstabs ist im englischen Recht nicht vorzufinden.

Keine der drei Rechtsordnungen enthält im Übrigen einen spezifischen Aufhebungsgrund zur Ahndung einer Anwendung nichtstaatlichen Rechts als materielles Recht im Schiedsverfahren. Bei der Aufhebung (ebenso bei der Anerkennung und Vollstreckung) kommen aber die in den Verfahrensstatuten getroffenen Wertentscheidungen zum Tragen. Die, nach diesseitiger Auffassung ungerechtfertigte, Einschränkung bei der Rechtswahl durch das Schiedsgericht in England und Deutschland führt hier zu einer indirekten Einschränkung der Parteiautonomie indem legitimen

Erwartungen der Parteien unter Umständen nicht nachgekommen werden kann. Dies kann in der postarbitralen Phase als möglicher Versagungsgrund für die rechtliche Wirksamkeit eines Schiedsspruchs Bedeutung erlangen. Dementsprechend ist auf die vorangehenden Ausführungen unter C.) zu verweisen, wonach die englische und deutsche Rechtsordnung die Rechtswahl der Schiedsgerichte an dieser Stelle vorab festlegen.

II) Anerkennung und Vollstreckung

In England sieht der Arbitration Act 1996 ein eigenes Vollstreckungsregime für Schiedssprüche nach section 66 vor, welches parallel zu den in den sections 100 ff. inkorporierten New Yorker Abkommen von 1958 gilt (section 66 (4.)). Beide Regime weisen grundsätzlich keine spezifischen Aufhebungsgründe für die Anwendung eines nichtstaatlichen Rechts auf. Keine der drei Rechtsordnungen sieht in der Anwendbarkeit nichtstaatlichen Rechts einen Verstoß gegen die nationale ordre public. An dieser Stelle ist durch die weite Verbreitung des New Yorker Abkommens eine weitgehende Angleichung der Vollstreckbarkeitsbedingungen in allen drei

Rechtsordnungen erreicht worden. Wie erwähnt gilt das New Yorker Abkommen von 1958 in Deutschland auch als inländisches Recht. In Frankreich gilt eine im Verhältnis zu diesem noch zurückhaltendere Kontrolle, welche für ausländische Schiedssprüche über Art. VII UNÜ zur Geltung kommt.

Von dieser Möglichkeit machte die französische Rechtsprechung in einigen berühmten Entscheidungen Gebrauch, indem sie, entgegen Art. V Abs. 1(e) UNÜ eine Aufhebung eines Schiedsspruchs im Land des Sitz des Schiedsgerichts nicht als Vollstreckungsversagungsgrund anerkannte und den, in seinem Ursprungsland aufgehobenen Schiedsspruch in Frankreich für vollstreckbar erklärte. Abgesehen von der Tatsache, dass ein dem Art V Abs.1 (e) vergleichbarer Aufhebungsgrund in nationalem französischem Recht nicht existiert, führten die befindenden Richter ihre Entscheidung auf die Internationalität des Schiedsspruchs zurück, der nicht in die Rechtsordnung des Ursprungsstaates integriert sei. Dieses Bekenntnis zur Sonderstellung internationaler Schiedsverfahren/ Schiedssprüche steht im wesentlichen in Einklang mit dem gesetzlichen Verständnis der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in Frankreich. In Deutschland

wurde eine vergleichbare Situation entsprechend dem traditionellen Verständnis der Verwurzelung eines Schiedsverfahrens in einer nationalen Rechtsordnung gelöst. In England ist zu dieser Problematik keine Entscheidung bekannt. Allerdings existiert eine andere, zentrale Entscheidung über die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs. Die Schiedsrichter erkannten trotz fehlender Beauftragung durch die Parteien eine Wahl von *lex mercatoria* Vorschriften an und der Schiedsspruch wurde in England für vollstreckbar erklärt. Ob und inwiefern hieraus Schlüsse über die implizite Anerkennung von *lex mercatoria* durch die englische Rechtsprechung gezogen werden können ist fraglich. Befürworter und Kritiker einer *lex mercatoria* bedienten sich gleichermaßen der Entscheidung zur Bestärkung ihrer jeweiligen Konzeption.

Feststeht aber, dass es sich hierbei letztlich nur um die Anerkennung eines ausländischen Schiedsspruchs handelte, der nicht englischem Verfahrensrecht unterlag. Die Berührungspunkte mit der englischen Rechtsordnung waren daher gering und die nunmehr geltende gesetzgeberische Wertung in section 46

Arbitration Act 1996 scheint der Rechtsprechung eine insoweit klare Richtschnur aufzugeben.

E) Gesamtergebnis und Folgen für die Entwicklung in diesem Bereich

Aus Perspektive der hier untersuchten Aspekte kann wohl nur von einem bedingten Erfolg des UNCITRAL Modellgesetz gesprochen werden.

Trotz deren beachtlichen Werkes und dessen verbreiteter Annahme, bleiben die Eigenheiten nationaler Gesetzgebung einer einheitlichen Behandlung oft entgegengesetzt. Drei bedeutende Wirtschaftsnationen wie England, Frankreich, und Deutschland divergieren in der Frage der Behandlung der Parteiautonomie bei der Bestimmung des rechtlichen Rahmens der parteilichen Streitentscheidung erheblich. Dabei zeichnet sich ein insgesamt kohärentes Bild von Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsprechung in der jeweiligen Rechtsordnung ab, die dargestellte „Prägung“ jeder Rechtsordnung ist also grundlegender Natur.

Die dabei teilweise konstatierten Wertungswidersprüche (denn alle hier untersuchten Rechtsordnungen basieren auf einer umfassenden Anerkennung der

Parteiautonomie, außer in Frankreich nehmen sie dennoch eine Einschränkung dieser vor, indem festgelegt wird, dass mangels expliziter Artikulation derselben eine staatliche Wertung an die Stelle der Parteiautonomie tritt) stehen auch für eine diesbezügliche Richtungsentscheidung der nationalen Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Neubewertung ihrer Funktion als „Rechtssetzer“ unter dem Eindruck der „Transnationalisierung der Rechtstheorie“¹⁰⁴⁰. Einen alleinigen Rückzug auf die postarbitrale Kontrolle der wesentlichen, rechtsstaatlichen Anforderungen des Schiedsspruch wurde in den Rechtsordnungen Englands und Deutschlands offenbar als zu weitgehendes Zugeständnis an die Autoregulierungstendenzen der privaten Wirtschaft betrachtet. Die Französische Rechtsordnung entspricht grundsätzlich derartigen, in der Einleitung geäußerten Ansprüchen. Zwar sind die Vorbehalte staatlicherseits auch historisch bedingt¹⁰⁴¹, womit sie nicht unumkehrbar erscheinen. Angesichts der relativen Aktualität der englischen und deutschen Reform, sowie der weitgehend unumstößlich

¹⁰⁴⁰ Zumbansen, *RabelsZ* 2003, S. 637, 656.

¹⁰⁴¹ So Kerr für das englische Schiedsrecht in FS Böckstiegel, S. 377 und 388.

erscheinenden Wortlautgrenzen¹⁰⁴² in den einschlägigen Regelungen beider Länder wird eine Umorientierung in dieser Frage schwerlich durchführbar sein, ganz abgesehen vom Vorhandensein eines diesbezüglichen Willens. So ist vor dem Hintergrund der eingangs festgelegten Beurteilungsmaximen den privaten Operateuren nur zu empfehlen, an ihren aktuellen Bestrebungen nach möglichst umfassender Autoregulierung festzuhalten. Passivität führt nämlich zur (ungerechtfertigten) staatlichen Einschränkung ihrer Autonomie, soweit sie sich englischem oder deutschem Schiedsverfahrensrecht unterwerfen (wollen/ müssen).

F) Blick nach Übersee

Kurz soll noch ein Einblick gegeben werden, ob und wenn ja, wie die Behandlung eines „universellen“, unter dem Begriff der *lex mercatoria* „firmierenden“ Handelsrechts, in der US-amerikanischen Rechtsordnung Beachtung und Bewertung findet. Zu diesem Zweck werden die Eckpunkte einer von

¹⁰⁴² Hierzu allerdings der Vorschlag, die deutsche Regelung aufgrund ihrer teilweisen Widersprüchlichkeit im Falle fehlender Parteivereinbarung zumindest bei der Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs unberücksichtigt zu lassen. Vergl. oben im 3. Teil, 2. Kapitel unter B., II.), 1.) b) und 2.).

Professor Juenger¹⁰⁴³ gegebenen Einschätzung zu dieser Thematik auf einem am 4. und 5. Mai 2000 in Münster gehaltenen Vortrag¹⁰⁴⁴ skizziert.

Zunächst nennt Juenger die Ergebnisse seiner Suche nach richterlicher und akademischer Auseinandersetzung mit der lex mercatoria Thematik und verweist auf allein zwei Urteile die diesen Begriff erwähnten, dagegen aber eine nicht geringe Anzahl wissenschaftlicher Befassung¹⁰⁴⁵. Insgesamt sieht er aber nur eine geringe „Popularität“ dieser Debatte in den USA, was mit der generellen Marginalisierung internationaler Themen in den renommierten „law reviews“ sowie in der beruflichen Ausrichtung der meisten „law teachers“ zusammenhänge. Abgesehen davon seien die Voraussetzungen für die Aufnahme eines „new law merchant“ in den USA jedoch weitaus

¹⁰⁴³ Professor of Law, University of California, Davis, USA.

¹⁰⁴⁴ Publiziert in „The practice of transnational law“, (Hsg. Klaus-Peter Berger), The Hague, London, Boston, 2001.

¹⁰⁴⁵ Juenger in „The practice of transnational law“, S. 81, 84 wobei er für die Untersuchung die LEXIS Datenbank zu Rate zog. Die genannte Trefferquote an Urteilen scheint sich nicht besonders von der in dieser Arbeit untersuchten „Ausbeute“ zu unterscheiden, auch hier ist die lex mercatoria mehr Gegenstand doktrinaler Auseinandersetzung als Objekt richterlicher Anwendung. Dies liegt aber in der Natur der Sache, da staatliche Richter nur im Bereich der Vollstreckung mit diesen Regeln konfrontiert werden können.

günstiger als in Europa: Juenger betont dabei den Charakter des common law als „a supranational legal culture“, welche, kombiniert mit amerikanischem Pragmatismus, einer liberalen Rechtsquellenauffassung und einem „geringfügigem Bedürfnis an Reinheit von Recht und Sprache“ in der Lage sei, alles als nützlich angesehene zu absorbieren¹⁰⁴⁶. So würde etwa der UCC durch Anerkennung des law merchant in section 1-103 UCC¹⁰⁴⁷ z.B. die UNIDROIT – Prinzipien als zusätzliche Quelle in Betracht ziehen können. Zusätzlich beziehe auch das American Law Institute vermehrt ausländische oder internationale Quellen (CISG, UNIDROIT, INCOTERMS) bei den „restatements of law“ ein, welche trotz ihrer, an sich nur privaten Natur, einen hohen Stellenwert genießen, vergleichbar einzelstaatlicher Präzedenzfälle oder Gesetzgebung¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁶ Juenger a.a.O., S. 81, 85-87. Der Autor illustriert diese Tatsache anhand der Analyse einer konkreten Entscheidung, auf deren nähere Betrachtung für die hier allein verfolgten Informationszwecke nicht eingegangen werden muss.

¹⁰⁴⁷ Section 1-103 UCC lautet: „Unless displaced by the particular provisions of this Act, the principles of law and equity, including the law merchant and the law relative to capacity to contract, principal and agent, estoppel, fraud, misrepresentation, duress, coercion, mistake, Bankruptcy, or other validating or invalidating cause shall supplement its provisions.“

¹⁰⁴⁸ Juenger a.a.O., S. 81, 87.

In gewisser Weise haben die USA also bereits das „new law merchant“¹⁰⁴⁹, zumindest sind aber die Voraussetzungen für dessen Aufnahme gegeben, so dass eine vergleichbare Debatte wie in Europa wohl nicht in diesem Maße aufkommen kann, bzw. muss. Dem entgegen stehen nach Einschätzung Juengers nur eine neuere Tendenz in der Supreme Court Rechtsprechung, den Respekt vor dem Begriff der staatlichen Souveränität zu untermauern, sowie eine teilweise vorherrschende, schlichte Ignoranz gegenüber der Existenz transnationaler Regeln¹⁰⁵⁰.

2. Kapitel: Schlussbetrachtung und Ausblick

Die Debatte um die Existenz und Qualität eines Rechts des internationalen Wirtschaftsraums scheint kein Ende nehmen zu können. Sind die langjährigen, Auseinandersetzungen über das rechtsquellentheoretische Fehlgehen eines privaten, internationalen Wirtschaftsrechts nunmehr als überholt oder gar selbst an der eigentlichen Signifikanz des Phänomens vorbeigehend zu bewerten, sollte zukünftig

¹⁰⁴⁹ Juenger a.a.O., S. 81, 85.

¹⁰⁵⁰ Juenger a.a.O., S. 81, 89.

die Betonung auf die Funktionalität¹⁰⁵¹ eines, den internationalen Rechts- und Wirtschaftsraum durchdringenden Systems gelegt werden. Will man diese Entwicklung einer Struktur unterziehen, müsste diese derzeit wohl nach dem Bild einer, modularartig geordneten Grundordnung des Vertragsrechts (als *lex mercatoria generalis*), ergänzt um die jeweils einschlägigen Unterbauten der einzelnen Wirtschaftsbranchen (als *lex mercatoria specialis*)¹⁰⁵² gezeichnet werden. Die von UNIDROIT erarbeiteten Grundsätze ließen sich als Verkörperung genannter *lex mercatoria generalis* heranziehen, da sie den bisherigen Grundkonsens über die Leitlinien des internationalen Geschäftsverkehrs (im Bereich des Vertragsrechts) repräsentieren und zumindest der Ergänzung vertraglicher Gestaltung dienen können. Ihre diesbezügliche Legitimation kann durch ihre in Bearbeitung befindliche, inhaltliche Erweiterung auf Bereiche des Verjährungsrechts oder der Vollmacht nur

¹⁰⁵¹ Wie gesehen wurde bereits von Goldman in erster Linie auf die „Funktion“ die eine *lex mercatoria* in den internationalen Wirtschaftsbeziehungen erfüllen kann, abgestellt.

¹⁰⁵² Diese Einteilung findet sich bei Berger, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, S. 373 f. und stimmt strukturell mit der von Loquin bezeichneten „*ordre juridique de base*“ und den spezielleren „*sous-ordres*“ überein.

bestärkt werden¹⁰⁵³. Angereichert werden diese durch die spezielleren „sous-ordres“ - gemeint sind die branchenspezifischen Regeln bestimmter Wirtschaftsbereiche oder auf regionaler Ebene erarbeiteter Kodifizierungen (wie z.B. die PECL) – deren Einbeziehung den Eigenarten dieser Bereiche Rechnung trägt und tragen muss. Ein einheitliches Gesamtsystem könnte der Verschiedenartigkeit der internationalen Wirtschaftszweige nicht gerecht werden und die dort gängigen Bräuche und standardisierten Regelungen müssten unberücksichtigt bleiben oder würden das System bedarfsfremd bzw. überreguliert und unnötig komplex erscheinen lassen.

Die Staaten nehmen hierbei zunehmend eine Assistenzfunktion ein¹⁰⁵⁴, indem sie dem Willen der Parteien zum Teil weite Freiräume zugestehen und bei der Organisation ihrer privaten Streitlösung in erster Linie Hilfestellung nach Bedarf leisten. Dies deckt sich mit einem allgemeinen Rückzug/ Indifferenz gegenüber

¹⁰⁵³ Zu dieser inhaltlichen Perspektive, deren Veröffentlichung für Ende 2004 erwartet wird, Lando in RIW 2004, S. 161.

¹⁰⁵⁴ Insoweit ist etwa auf die Entwicklung in England als traditionsreichem Schiedsort zu verweisen, wo der funktionelle Rollenwechsel zwischen Schiedsgericht und staatlichem Gericht mit dem Arbitration Act 1996 im Wesentlichen vollzogen scheint.

dem Globalisierungsprozess der Märkte, welcher die Macht der Staaten zur direkten Einflussnahme reduziert. Die in einzelnen Bereichen offenbarte „Regulierungsschwäche“ der Staaten ist also als (notwendiges) Kriterium für die Entstehung privater Regelungen zu sehen¹⁰⁵⁵. Für den Bereich des anzuwendenden, materiellen Rechts ist hier allerdings noch Aktionsbedarf festzustellen. Durch das Bekenntnis der Staaten zu möglichst weitreichender Parteiautonomie erscheint es daher legitim, eine weitere Stärkung des subjektiven Ansatzes zumindest insofern zu fordern, als den Schiedsgerichten nicht von vorne herein eine konkrete Klassifikation bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts vorgegeben wird. Da die Parteiautonomie ohnehin nur in den Schranken bestehender zwingender Vorschriften gewährleistet wird¹⁰⁵⁶, ist die Gefahr von Willkür, verstanden als

¹⁰⁵⁵ Kahn in McGillJ 1992, S. 413; Loquin/ Ravillon, *La mondialisation du droit*, S. 91, 94 f.; Mertens in *RabelsZ* 1992, S. 219, 220 ff..

¹⁰⁵⁶ Dies sind vornehmlich solcher der *ordre public national* und *international*, sowie zwingende staatliche Eingriffsnormen, vergl. den Überblick bei Engle in *TL* 2002, S. 323, 351 ff.; s.a. Gottwald, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, S. 79 f..

Distorsion einer materiellen Vertragsgerechtigkeit, kaum gegeben¹⁰⁵⁷.

Künftig sollte einer Entwicklung der Institutionalisierung im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit erhöhtes Augenmerk gewidmet werden, denn die relativ bescheidenen Funktionen staatlicher Gerichte bei der Organisation der privaten Verfahren ließen sich auch durch eine legitimierte, internationale Schiedsinstitution erfüllen, welche als Koordinierungs- und Kontrollorgan der privaten Schiedsgerichtsbarkeit auf der Ebene o.g. „ordre juridique de base“ fungieren könnte. Erforderlich wäre ein internationaler Konsens über die Vereinheitlichung folgender Kernaspekte: Zwingende rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze, die umfassende Anerkennung der Parteiautonomie bei der Bestimmung des anwendbaren materiellen Rechts und eine entsprechende Angleichung des diesbezüglichen schiedsrichterlichen Spielraumes, die Festlegung grundlegend anzuwendender Beschränkungen bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts, verstanden als eine Art Minimalstandard, ähnlich dem New Yorker Abkommen von 1958. Da

¹⁰⁵⁷ So auch das Fazit von Leible, ZVerglRWiss 1998, S. 286, 318; s.a. Stein, S. 244 ff., v.a. S. 251.

derartige Funktionen bereits zum Teil von großen Schiedsinstitutionen erfüllt werden (ICC, AAA) müssten Annäherungen (auch) zwischen diesen erfolgen.

Entscheidend wird zudem sein, dass ein solches System sich nicht durch Überregulierung und Formalisierung selbst „schlägt“, sondern seinem Ursprung gewiss ist und sich als Option für seine Teilnehmer versteht¹⁰⁵⁸. So kann sein Erfolg (der auf der entformalisierten, bedarfsgerechten Problemlösung basiert) gewährleistet und gleichzeitig verhindert werden, dass ein bloßer „Etikettenwechsel“ stattfindet, indem staatliche Rigidität „reintroduziert“ würde. Hier ist Michaels Standpunkt aufzugreifen, der (für den Bereich der UNIDROIT-Prinzipien) feststellt, dass die optionale Geltung der Prinzipien nur ein scheinbarer Nachteil und vielmehr ihr eigentlicher Vorteil ist, da sich nur eine derart eingeschränkte Geltung mit dem Konzept eines selbstgesetzten Rechts des Welthandels (und der Akzeptanz durch diesen) verträgt¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁸ Wie in der Präambel der UNIDROIT-Prinzipien erwähnt, vergl. bereits oben im 2. Kapitel, A.), IV.).

¹⁰⁵⁹ Michaels in *RabelsZ* 1998, S. 580, 624. Allerdings lehnt Michaels eine Gleichsetzung der UNIDROIT-Prinzipien mit einer *lex mercatoria* ab (a.a.O. auf S. 614 ff., v.a. S. 616). Dies begründet er mit dem teilweise staatlichen Ursprung der UNIDROIT Regeln. Unabhängig von der Frage, inwiefern sich

Es ist im Übrigen weder notwendig noch wünschenswert, dass ein Verdrängungsprozess gegenüber oder ausgehend von staatlichen Rechtsordnungen anvisiert würde¹⁰⁶⁰.

Unter der Maßgabe von Koexistenz und Komplementarität sollten staatliche und private Regelungssysteme ihre Beziehungen nach Maßgabe der gesellschaftlichen Veränderungen weiterhin neu bewerten und gestalten, damit das „Recht“, welches nicht notwendig staatlicher Natur sein muss, als effektives Steuerungsinstrument genannte Entwicklungen reflektieren kann. Staatliche Interessen (in den betroffenen Bereichen) müssen zu diesem Zweck künftig vermehrt im Wege der Koordinierung staatlicher und privater Regelungsansprüche an Stelle

der tatsächliche Ursprung einer Regel nachvollziehen lassen soll, liegt der hier herangezogenen Konzeption von *ordre juridique de base* und *sous-ordres* eine pluralistische Rechtsquellenauffassung zu Grunde, welche den Staat einbezieht und vornehmlich auf die Geeignetheit der jeweiligen Regel abstellt. Die strikte Trennung von staatlicher und privater Rechtssetzung oder Rechtsschöpfung bzw. eine vollständige Autonomie der zweiten von der ersten wird so nicht proklamiert und scheint zudem realitätsfremd. Dennoch wird dies immer wieder im Rahmen der *lex mercatoria* Debatte von Seiten der kritischen Stimmen angeführt.

¹⁰⁶⁰ So versteht sich auch keines der Konzepte privater Rechtsvereinheitlichung, vergl. für die UNIDROIT Prinzipien Wichard in *RabelsZ* 1996, S. 269, 290; Leible in *ZVerglRWiss* 1998, S. 286, 318.

von unilateralen, staatlichen Regulierungsbestrebungen durchgesetzt werden.

Anhang I : Table of cases

1. Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Company, 3 Weekly.L.R. [1983], 241.
2. Bank Mellat v. Helliniki Techniki S.A.,The Law Reports, QB, [1984], 291, C.A.
3. Czarnikow v. Roth Schmidt & Co, 2 K.B. ALLER [1922], 478, C.A.
4. DST v. Raknoc, 2 ALLER [1987], 769 C.A.
5. DST v. Raknoc, 3 WLR [1988], 230 House of Lords.
6. Eagle Star Insurance CO Ltd. v. Yuval Insurance CO Ltd., 1 Lloyd's reports, [1978], 357, C.A.
7. Hiscox v. Outhwaite, 3 WLR [1991], 297.
8. Home and Overseas v. Mentor Ins. , 1 W.L.R. [1990], 153, C.A.
9. Maritime Insurance Company Ltd. v. Assecuranz Union, 52 LLLR [1935], 16.
10. Naviera Amazonica Peruana v. Compania Internacional de Seguros del Peru, YBCA 1988, 156, C.A.

11. Norske Atlas Insurance Company Ltd. v.
London General Insurance Company Ltd., 28,
LLLR [1927], 104, K.B.
12. Orion Cia Espanola de Seguros v. Belfort
Maatschappij voor Algemene Verzekeringen, 2
LLLR [1962], 257.
13. Pioneer Shipping Ltd. v. B.T.P. Tioxide Ltd.,
The Nema, The Law Reports [1982], 724 A.C.
14. Shell UK v. Lostock Garages Ltd., 1 ALLER
[1977], 481, C.A.
15. Zermalt Holdings S.A. v. Nu-Life Upholstery
Repair Ltd., [1985] 275, Estates Gazette 1134
(zitiert nach Boyd/ Veeder in RdA 1991, S. 209,
212).

Anhang II : Gesetzesauszüge

I) Arbitration Act 1996

1. The provisions of this Part are founded on the following principles, and shall be construed accordingly-

(a) the object of arbitration is to obtain the fair resolution of disputes by an impartial tribunal without unnecessary delay or expense;

(b) the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest;

(c) in matters governed by this Part the court should not intervene except as provided by this Part.

2. - (1) The provisions of this Part apply where the seat of the arbitration is in England and Wales or Northern Ireland.

(2) The following sections apply even if the seat of

the arbitration is outside England and Wales or Northern Ireland or no seat has been designated or determined-

(a) sections 9 to 11 (stay of legal proceedings), and

(b) section 66 (enforcement of arbitral awards).

(3) The powers conferred by the following sections apply even if the seat of the arbitration is outside England and Wales or Northern Ireland or no seat has been designated or determined-

(a) section 43 (securing the attendance of witnesses), and

(b) section 44 (court powers exercisable in support of arbitral proceedings);

but the court may refuse to exercise any such power if, in the opinion of the court, the fact that the seat of the arbitration is outside England and Wales or Northern Ireland, or that when designated or determined the seat is likely to be outside England and Wales or Northern Ireland, makes it inappropriate to do so.

(4) The court may exercise a power conferred by any provision of this Part not mentioned in subsection (2) or (3) for the purpose of supporting the arbitral process where-

(a) no seat of the arbitration has been designated or determined, and

(b) by reason of a connection with England and Wales or Northern Ireland the court is satisfied that it is appropriate to do so.

(5) Section 7 (separability of arbitration agreement) and section 8 (death of a party) apply where the law applicable to the arbitration agreement is the law of England and Wales or Northern Ireland even if the seat of the arbitration is outside England and Wales or Northern Ireland or has not been designated or determined.

3. In this Part "the seat of the arbitration" means the juridical seat of the arbitration designated-

(a) by the parties to the arbitration agreement, or
(b) by any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in that regard, or
(c) by the arbitral tribunal if so authorised by the parties,
or determined, in the absence of any such designation, having regard to the parties' agreement and all the relevant circumstances.

4. - (1) The mandatory provisions of this Part are listed in Schedule 1 and have effect notwithstanding any agreement to the contrary.

(2) The other provisions of this Part (the "non-mandatory provisions") allow the parties to make their own arrangements by agreement but provide rules which apply in the absence of such agreement.

(3) The parties may make such arrangements by agreeing to the application of institutional rules or providing any other means by which a matter may be decided.

(4) It is immaterial whether or not the law applicable to the parties' agreement is the law of England and Wales or, as the case may be, Northern Ireland.

(5) The choice of a law other than the law of England and Wales or Northern Ireland as the applicable law in respect of a matter provided for by a non-mandatory provision of this Part is equivalent to an agreement making provision about that matter.

For this purpose an applicable law determined in accordance with the parties' agreement, or which is objectively determined in the absence of any express or implied choice, shall be treated as chosen by the parties

30. - (1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to-

(a) whether there is a valid arbitration agreement,

(b) whether the tribunal is properly constituted, and
(c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement.

(2) Any such ruling may be challenged by any available arbitral process of appeal or review or in accordance with the provisions of this Part.

45. - (1) Unless otherwise agreed by the parties, the court may on the application of a party to arbitral proceedings (upon notice to the other parties) determine any question of law arising in the course of the proceedings which the court is satisfied substantially affects the rights of one or more of the parties.

An agreement to dispense with reasons for the tribunal's award shall be considered an agreement to exclude the court's jurisdiction under this section.

(2) An application under this section shall not be considered unless-

(a) it is made with the agreement of all the other parties to the proceedings, or

(b) it is made with the permission of the tribunal and the court is satisfied-

(i) that the determination of the question is likely to produce substantial savings in costs, and

(ii) that the application was made without delay.

(3) The application shall identify the question of law to be determined and, unless made with the agreement of all the other parties to the proceedings, shall state the grounds on which it is said that the question should be decided by the court.

(4) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award while an application to the court under this section is pending.

(5) Unless the court gives leave, no appeal lies from a decision of the court whether the conditions specified in subsection (2) are met.

(6) The decision of the court on the question of law shall be treated as a judgment of the court for the purposes of an appeal.

But no appeal lies without the leave of the court which shall not be given unless the court considers that the question is one of general importance, or is one which for some other special reason should be considered by the Court of Appeal.

46. - (1) The arbitral tribunal shall decide the dispute-

(a) in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute, or

(b) if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal.

(2) For this purpose the choice of the laws of a country shall be understood to refer to the substantive laws of that country and not its conflict of laws rules.

(3) If or to the extent that there is no such choice or agreement, the tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

66. - (1) An award made by the tribunal pursuant to an arbitration agreement may, by leave of the court, be enforced in the same manner as a judgment or order of the court to the same effect.

(2) Where leave is so given, judgment may be entered in terms of the award.

(3) Leave to enforce an award shall not be given where, or to the extent that, the person against whom it is sought to be enforced shows that the tribunal lacked substantive jurisdiction to make the award.

The right to raise such an objection may have been lost (see section 73).

(4) Nothing in this section affects the recognition or enforcement of an award under any other enactment or rule of law, in particular under Part II of the Arbitration Act 1950 (enforcement of awards under Geneva Convention) or the provisions of Part III of this Act relating to the recognition and enforcement of awards under the New York Convention or by an action on the award.

67. - (1) A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) apply to the court-

(a) challenging any award of the arbitral tribunal as to its substantive jurisdiction; or

(b) for an order declaring an award made by the tribunal on the merits to be of no effect, in whole or in part, because the tribunal did not have substantive jurisdiction.

A party may lose the right to object (see section 73) and the right to apply is subject to the restrictions in section 70(2) and (3).

(2) The arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make a further award while an application to the court under this section is pending in relation to an award as to jurisdiction.

(3) On an application under this section challenging an award of the arbitral tribunal as to its substantive jurisdiction, the court may by order-

(a) confirm the award,

(b) vary the award, or

(c) set aside the award in whole or in part.

(4) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.

68. - (1) A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) apply to the court challenging an award in the

proceedings on the ground of serious irregularity affecting the tribunal, the proceedings or the award.

A party may lose the right to object (see section 73) and the right to apply is subject to the restrictions in section 70(2) and (3).

(2) Serious irregularity means an irregularity of one or more of the following kinds which the court considers has caused or will cause substantial injustice to the applicant-

(a) failure by the tribunal to comply with section 33 (general duty of tribunal);

(b) the tribunal exceeding its powers (otherwise than by exceeding its substantive jurisdiction: see section 67);

(c) failure by the tribunal to conduct the proceedings in accordance with the procedure agreed by the parties;

(d) failure by the tribunal to deal with all the issues that were put to it;

(e) any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to the proceedings or the award exceeding its powers;

(f) uncertainty or ambiguity as to the effect of the award;

(g) the award being obtained by fraud or the award or the way in which it was procured being contrary to public policy;

(h) failure to comply with the requirements as to the form of the award; or

(i) any irregularity in the conduct of the proceedings or in the award which is admitted by the tribunal or by any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to the proceedings or the award.

(3) If there is shown to be serious irregularity affecting the tribunal, the proceedings or the award, the court may-

(a) remit the award to the tribunal, in whole or in part, for reconsideration,

(b) set the award aside in whole or in part, or

(c) declare the award to be of no effect, in whole or in part.

The court shall not exercise its power to set aside or to declare an award to be of no effect, in whole or in part, unless it is satisfied that it would be inappropriate to remit the matters in question to the tribunal for reconsideration.

(4) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.

69. - (1) Unless otherwise agreed by the parties, a party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) appeal to the court on a question of law arising out of an award made in the proceedings.

An agreement to dispense with reasons for the tribunal's award shall be considered an agreement to exclude the court's jurisdiction under this section.

(2) An appeal shall not be brought under this

section except-

- (a) with the agreement of all the other parties to the proceedings, or
- (b) with the leave of the court.

The right to appeal is also subject to the restrictions in section 70(2) and (3).

(3) Leave to appeal shall be given only if the court is satisfied-

- (a) that the determination of the question will substantially affect the rights of one or more of the parties,
- (b) that the question is one which the tribunal was asked to determine,
- (c) that, on the basis of the findings of fact in the award-
 - (i) the decision of the tribunal on the question is obviously wrong, or
 - (ii) the question is one of general public importance

and the decision of the tribunal is at least open to serious doubt, and

(d) that, despite the agreement of the parties to resolve the matter by arbitration, it is just and proper in all the circumstances for the court to determine the question.

(4) An application for leave to appeal under this section shall identify the question of law to be determined and state the grounds on which it is alleged that leave to appeal should be granted.

(5) The court shall determine an application for leave to appeal under this section without a hearing unless it appears to the court that a hearing is required.

(6) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section to grant or refuse leave to appeal.

(7) On an appeal under this section the court may by order-

- (a) confirm the award,
- (b) vary the award,
- (c) remit the award to the tribunal, in whole or in part, for reconsideration in the light of the court's determination, or
- (d) set aside the award in whole or in part.

The court shall not exercise its power to set aside an award, in whole or in part, unless it is satisfied that it would be inappropriate to remit the matters in question to the tribunal for reconsideration.

(8) The decision of the court on an appeal under this section shall be treated as a judgment of the court for the purposes of a further appeal.

But no such appeal lies without the leave of the court which shall not be given unless the court considers that the question is one of general importance or is one which for some other special reason should be considered by the Court of Appeal.

70. - (1) The following provisions apply to an application or appeal under section 67, 68 or 69.

(2) An application or appeal may not be brought if the applicant or appellant has not first exhausted-

(a) any available arbitral process of appeal or review, and

(b) any available recourse under section 57 (correction of award or additional award).

(3) Any application or appeal must be brought within 28 days of the date of the award or, if there has been any arbitral process of appeal or review, of the date when the applicant or appellant was notified of the result of that process.

(4) If on an application or appeal it appears to the court that the award-

(a) does not contain the tribunal's reasons, or

(b) does not set out the tribunal's reasons in sufficient detail to enable the court properly to consider the application or appeal,

the court may order the tribunal to state the reasons for its award in sufficient detail for that purpose.

(5) Where the court makes an order under subsection (4), it may make such further order as it thinks fit with respect to any additional costs of the arbitration resulting from its order.

(6) The court may order the applicant or appellant to provide security for the costs of the application or appeal, and may direct that the application or appeal be dismissed if the order is not complied with.

The power to order security for costs shall not be exercised on the ground that the applicant or appellant is-

(a) an individual ordinarily resident outside the United Kingdom, or

(b) a corporation or association incorporated or formed under the law of a country outside the United Kingdom, or whose central management and control is exercised outside the United Kingdom.

(7) The court may order that any money payable under the award shall be brought into court or otherwise secured pending the determination of the application or appeal, and may direct that the application or appeal be dismissed if the order is not complied with.

(8) The court may grant leave to appeal subject to conditions to the same or similar effect as an order under subsection (6) or (7).

This does not affect the general discretion of the court to grant leave subject to conditions.

82. - (1) In this Part-

"arbitrator", unless the context otherwise requires, includes an umpire;

"available arbitral process", in relation to any matter, includes any process of appeal to or review by an arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to that matter;

"claimant", unless the context otherwise requires, includes a counterclaimant, and related expressions shall be construed accordingly;

"dispute" includes any difference;

"enactment" includes an enactment contained in Northern Ireland legislation;

"legal proceedings" means civil proceedings in the High Court or a county court;

"peremptory order" means an order made under section 41(5) or made in exercise of any corresponding power conferred by the parties;

"premises" includes land, buildings, moveable

structures, vehicles, vessels, aircraft and hovercraft;

"question of law" means-

(a) for a court in England and Wales, a question of the law of England and Wales, and

(b) for a court in Northern Ireland, a question of the law of Northern Ireland;

"substantive jurisdiction", in relation to an arbitral tribunal, refers to the matters specified in section 30(1)(a) to (c), and references to the tribunal exceeding its substantive jurisdiction shall be construed accordingly.

(2) References in this Part to a party to an arbitration agreement include any person claiming under or through a party to the agreement.

II) Nouveau Code de Procédure Civile

Article 1492

Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international .

Article 1493

Directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, la convention d'arbitrage peut désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation. Si pour les arbitrages se déroulant en France ou pour ceux à l'égard desquels les parties ont prévu l'application de la loi de procédure française, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté, la partie la plus diligente peut, sauf clause contraire, saisir le président du tribunal de grande instance de Paris selon les modalités de l'article 1457.

Article 1494

La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale ; elle peut aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure qu'elle détermine. Dans le silence de la convention, l'arbitre règle la

procédure, autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à une loi ou à un règlement d'arbitrage.

Article 1495

Lorsque l'arbitrage international est soumis à la loi française, les dispositions des titres I, II et III du présent livre ne s'appliquent qu'à défaut de convention particulière et sous réserve des articles 1493 et 1494.

Article 1496

L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce.

Article 1497

L'arbitre statue comme amiable compositeur si la convention des parties lui a conféré cette mission.

Article 1501

La décision qui refuse la reconnaissance ou l'exécution est susceptible d'appel.

Article 1502

L'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution n'est ouvert que dans les cas suivants :

1° Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ;

2° Si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ;

3° Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;

4° Lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté ;

5° Si la reconnaissance ou l'exécution sont contraires à l'ordre public international.

Article 1503

L'appel prévu aux articles 1501 et 1502 est porté devant la cour d'appel dont relève le juge qui a statué. Il peut être formé jusqu'à l'expiration du délai d'un mois à compter de la signification de la décision du juge.

Article 1504

La sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international peut faire l'objet d'un recours en annulation dans les cas prévus à l'article 1502. L'ordonnance qui accorde l'exécution de cette sentence n'est susceptible d'aucun recours. Toutefois, le recours en annulation emporte de plein droit, dans les limites de la saisine de la cour, recours contre l'ordonnance du juge de l'exécution ou dessaisissement de ce juge.

III) Das 10. Buch der ZPO

§ 1051 Anwendbares Recht

(1) Das Schiedsgericht hat die Streitigkeit in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften zu entscheiden, die von den Parteien als auf den Inhalt des Rechtsstreits anwendbar bezeichnet worden sind. Die Bezeichnung des Rechts oder der Rechtsordnung eines bestimmten Staates ist, sofern die Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart haben, als unmittelbare Verweisung auf die Sachvorschriften dieses Staates und nicht auf sein Kollisionsrecht zu verstehen.

(2) Haben die Parteien die anzuwendenden Rechtsvorschriften nicht bestimmt, so hat das Schiedsgericht das Recht des Staates anzuwenden, mit dem der Gegenstand des Verfahrens die engsten Verbindungen aufweist.

(3) Das Schiedsgericht hat nur dann nach Billigkeit zu entscheiden, wenn die Parteien es ausdrücklich dazu ermächtigt haben. Die Ermächtigung kann bis zur Entscheidung des Schiedsgerichts erteilt werden.

(4) In allen Fällen hat das Schiedsgericht in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Vertrages

zu entscheiden und dabei bestehende Handelsbräuche zu berücksichtigen.

§ 1059 Aufhebungsantrag

(1) Gegen einen Schiedsspruch kann nur der Antrag auf gerichtliche Aufhebung nach den Absätzen 2 und 3 gestellt werden.

(2) Ein Schiedsspruch kann nur aufgehoben werden, wenn der Antragsteller begründet geltend macht, daß

a) eine der Parteien, die eine Schiedsvereinbarung nach den §§ 1029, 1031 geschlossen haben, nach dem Recht, das für sie persönlich maßgebend ist, hierzu nicht fähig war, oder daß die Schiedsvereinbarung nach dem Recht, dem die Parteien sie unterstellt haben oder, falls die Parteien hierüber nichts bestimmt haben, nach deutschem Recht ungültig ist oder

b) er von der Bestellung eines Schiedsrichters oder von dem schiedsrichterlichen Verfahren nicht gehörig in Kenntnis gesetzt worden ist oder daß er aus einem anderen Grund seine Angriffs- oder Verteidigungsmittel nicht hat geltend machen können oder

c) der Schiedsspruch eine Streitigkeit betrifft, die in der Schiedsabrede nicht erwähnt ist oder nicht unter die Bestimmungen der Schiedsklausel fällt, oder daß er

Entscheidungen enthält, welche die Grenzen der Schiedsvereinbarung überschreiten; kann jedoch der Teil des Schiedsspruchs, der sich auf Streitpunkte bezieht, die dem schiedsrichterlichen Verfahren unterworfen waren, von dem Teil, der Streitpunkte betrifft, die ihm nicht unterworfen waren, getrennt werden, so kann nur der letztgenannte Teil des Schiedsspruchs aufgehoben werden; oder

d) die Bildung des Schiedsgerichts oder das schiedsrichterliche Verfahren einer Bestimmung dieses Buches oder einer zulässigen Vereinbarung der Parteien nicht entsprochen hat und anzunehmen ist, daß sich dies auf den Schiedsspruch ausgewirkt hat; oder

wenn das Gericht feststellt, daß

a) der Gegenstand des Streites nach deutschem Recht nicht schiedsfähig ist oder

b) die Anerkennung oder Vollstreckung des Schiedsspruchs zu einem Ergebnis führt, das der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) widerspricht.

(3) Sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren, muß der Aufhebungsantrag innerhalb einer Frist von drei

Monaten bei Gericht eingereicht werden. Die Frist beginnt mit dem Tag, an dem der Antragsteller den Schiedsspruch empfangen hat. Ist ein Antrag nach § 1058 gestellt worden, verlängert sich die Frist um höchstens einen Monat nach Empfang der Entscheidung über diesen Antrag. Der Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs kann nicht mehr gestellt werden, wenn der Schiedsspruch von einem deutschen Gericht für vollstreckbar erklärt worden ist.

(4) Ist die Aufhebung beantragt worden, so kann das Gericht in geeigneten Fällen auf Antrag einer Partei unter Aufhebung des Schiedsspruchs die Sache an das Schiedsgericht zurückverweisen.

(5) Die Aufhebung des Schiedsspruchs hat im Zweifel zur Folge, daß wegen des Streitgegenstandes die Schiedsvereinbarung wiederauflebt.

§ 1060 Inländische Schiedssprüche

(1) Die Zwangsvollstreckung findet statt, wenn der Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt ist.

(2) Der Antrag auf Vollstreckbarerklärung ist unter Aufhebung des Schiedsspruchs abzulehnen, wenn einer darin § 1059 Abs. 2 bezeichneten Aufhebungsgründe vorliegt. Aufhebungsgründe sind nicht zu

berücksichtigen, soweit im Zeitpunkt der Zustellung des Antrags auf Vollstreckbarerklärung ein auf sie gestützter Aufhebungsantrag rechtskräftig abgewiesen ist. Aufhebungsgründe nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 sind auch dann nicht zu berücksichtigen, wenn die in § 1059 Abs. 3 bestimmten Fristen abgelaufen sind, ohne daß der Antragsgegner einen Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs gestellt hat.

§ 1061 Ausländische Schiedssprüche

(1) Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche richtet sich nach dem Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (BGBl. 1961 II S. 121). Die Vorschriften in anderen Staatsverträgen über die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen bleiben unberührt.

(2) Ist die Vollstreckbarerklärung abzulehnen, stellt das Gericht fest, daß der Schiedsspruch im Inland nicht anzuerkennen ist.

(3) Wird der Schiedsspruch, nachdem er für vollstreckbar erklärt worden ist, im Ausland aufgehoben, so kann die Aufhebung der Vollstreckbarerklärung beantragt werden.

IV) New Yorker Abkommen von 1958

Artikel V

(1) Die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruches darf auf Antrag der Partei, gegen die er geltend gemacht wird, nur versagt werden, wenn diese Partei der zuständigen Behörde des Landes, in dem die Anerkennung und Vollstreckung nachgesucht wird, den Beweis erbringt,

a) daß die Parteien, die eine Vereinbarung im Sinne des Artikels II geschlossen haben, nach dem Recht, das für sie persönlich maßgebend ist, in irgendeiner Hinsicht hierzu nicht fähig waren, oder daß die Vereinbarung nach dem Recht, dem die Parteien sie unterstellt haben, oder, falls die Parteien hierüber nichts bestimmt haben, nach dem Recht des Landes, in dem der Schiedsspruch ergangen ist, ungültig ist, oder

b) daß die Partei, gegen die der Schiedsspruch geltend gemacht wird, von der Bestellung des Schiedsrichters oder von dem schiedsrichterlichen Verfahren nicht gehörig in Kenntnis gesetzt worden ist oder daß sie aus einem anderen Grund ihre Angriffs- oder

Verteidigungsmittel nicht hat geltend machen können,
oder

- c) daß der Schiedsspruch eine Streitigkeit betrifft, die in der Schiedsabrede nicht erwähnt ist oder nicht unter die Bestimmungen der Schiedsklausel fällt, oder daß er Entscheidungen enthält, welche die Grenzen der Schiedsabrede oder der Schiedsklausel überschreiten; kann jedoch der Teil des Schiedsspruches, der sich auf Streitpunkte bezieht, die dem schiedsrichterlichen Verfahren unterworfen waren, von dem Teil, der Streitpunkte betrifft, die ihm nicht unterworfen waren, getrennt werden, so kann der erstgenannte Teil des Schiedsspruches anerkannt und vollstreckt werden, oder
- d) daß die Bildung des Schiedsgerichtes oder das schiedsrichterliche Verfahren der Vereinbarung der Parteien oder mangels einer solchen Vereinbarung, dem Recht des Landes, in dem das schiedsrichterliche Verfahren stattfand, nicht entsprochen hat, oder
- e) daß der Schiedsspruch für die Parteien noch nicht verbindlich geworden ist oder daß er von einer zuständigen Behörde des Landes, in dem oder nach dessen Recht er ergangen ist, aufgehoben oder in seinen Wirkungen einstweilen gehemmt worden ist.

(2) Die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruches darf auch versagt werden, wenn die zuständige Behörde des Landes, in dem die Anerkennung und Vollstreckung nachgesucht wird, feststellt,

a) daß der Gegenstand des Streites nach dem Recht dieses Landes nicht auf schiedsrichterlichem Wege geregelt werden kann, oder

b) daß die Anerkennung oder Vollstreckung des Schiedsspruches der öffentlichen Ordnung dieses Landes widersprechen würde.

Artikel VI

Ist bei der Behörde, die im Sinne des Artikels V Absatz 1 Buchstabe e zuständig ist, ein Antrag gestellt worden, den Schiedsspruch aufzuheben oder ihn in seinen Wirkungen einstweilen zu hemmen, so kann die Behörde, vor welcher der Schiedsspruch geltend gemacht wird, sofern sie es für angebracht hält, die Entscheidung über den Antrag, die Vollstreckung zuzulassen, aussetzen; sie kann aber auch auf Antrag der Partei, welche die Vollstreckung des Schiedsspruches begehrt, der anderen Partei auferlegen, angemessene Sicherheit zu leisten.

Artikel VII

(1) Die Bestimmungen dieses Übereinkommens lassen die Gültigkeit mehrseitiger oder zweiseitiger Verträge, welche die Vertragsstaaten über die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen geschlossen haben, unberührt und nehmen keiner beteiligten Partei das Recht, sich auf einen Schiedsspruch nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts oder der Verträge des Landes, in dem er geltend gemacht wird, zu berufen.

(2) Das Genfer Protokoll über die Schiedsklauseln von 1923 und das Genfer Abkommen zur Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1927 treten zwischen den Vertragsstaaten in dem Zeitpunkt und in dem Ausmaß außer Kraft, in dem dieses Übereinkommen für sie verbindlich wird.

Lebenslauf

Person

Name:	Stefan Oliver Hanke
E-mail :	hankemainz@yahoo.de
Familienstand:	Ledig
Geburtsdatum:	11.11.1976 in
Geburtsort:	Frankfurt a.M.
Nationalität:	Deutsch

Ausbildung

- 15.11.2006 2. Juristische Staatsprüfung in Rheinland-Pfalz **Wahlfach: Wirtschaftsrecht**
- 18.01.2006 Rigorosum an der Johannes-Gutenberg-Universität, Mainz.
- Seit November 2004 Referendariat in Rheinland-Pfalz.
- Februar 2003: Beginn der Dissertation an der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz.
- 21.01.2003: 1. Juristische Staatsprüfung in Rheinland Pfalz, **Wahlfach: Europarecht.**
- 20.08.2001: Diplom Maîtrise en Droit international et européen der Université de Bourgogne, Dijon.
- 17.06.1996 Abschluss der Reifeprüfung