

Die Rolle der *lex mercatoria* im Anwendungsbereich des UN- Kaufrechts

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von
Sebastian Hölker
aus Brakel

2006

Dekan: Prof. Dr. Joachim Vogel
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Harm Peter Westermann
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Thomas Finkenauer

Tag der mündlichen Prüfung: 31. Juli 2006

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung	1
I. Problemstellung	1
II. Lösungsansatz	3
III. Methode	4
IV. Der normative Ausgangspunkt	5
 Teil I: Lex mercatoria	 9
I. Begriff und historischer Hintergrund der lex mercatoria	9
1. Begriffsverwendungen und Begriffsverwirrungen	9
2. Der historische Hintergrund	11
a. Römisches Recht - Das ius gentium als Vorläufer der lex mercatoria	11
b. Mittelalter	14
c. Phase der Nationalisierung und Kodifizierung	18
aa. Common law	18
bb. Civil law	18
d. Resümee	20
II. Die „moderne“ lex mercatoria - Das Regelungsproblem	21
1. Über den Zeitpunkt	21
2. Das tatsächliche Umfeld - Die „besonderen Bedürfnisse des internationalen Handels“	23
a. Sprache und Kommunikation	23
b. Form	24
c. Grenzüberschreitender Transport	25
d. Verträge Privater mit Staaten oder staatlichen Unternehmen	26
e. Bedürfnis nach Anpassungsfähigkeit des Rechts	27
f. Bedürfnis nach einheitlichem Recht	27
g. Fazit	28
3. Das rechtliche Umfeld - Die Partikularität des staatlichen Rechts im Gegensatz zur Universalität des internationalen Handels: Das Dilemma der Zwangsnationalisierung internationaler Sachverhalte	28
a. Kollisionsrecht	28
aa. Das System: Lokalisierung des internationalen Sachverhalts	28
bb. Lokalisierung und formale Gleichberechtigung: Äußerer Entscheidungseinklang	29
(1) Das Nebeneinander nationaler Kollisionsrechte	29
(2) Entscheidungseinklang durch Vereinheitlichung des Kollisionsrechts	30
cc. Lokalisierung und materielle Gleichberechtigung	31
(1) Homeward trend und forum shopping	32

II

(2) Gleichberechtigung durch kollisionsrechtliche Wahl eines „neutralen“ Rechts	33
b. Materielles Recht	34
c. Resümee	36
4. Annäherungen und Verschränkungen	37
a. Staatliche Initiative	37
aa. Legislative Vereinheitlichung des Sachrechts	37
(1) Nationaler Gesetzgeber	38
(2) Internationaler Gesetzgeber	39
(3) Kritik an der „legislatorischen Rechtsvereinheitlichung“	39
bb. Erlass von Sondergesetzen für den internationalen Wirtschaftsverkehr	41
b. Private Initiative	42
aa. Partei- und Privatautonomie	43
bb. Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit	46
(1) Loslösung vom IPR des Sitzstaates	46
(2) Rechtswahl und ordre public	49
c. Resümee	55
III. Die „moderne lex mercatoria“ - materieller Gehalt	56
1. Begriffliche Eingrenzung	56
a. Weites Verständnis nach Schmitthoff	56
b. Enges Verständnis nach Goldman	57
c. Stellungnahme	58
2. Ausgewählte Elemente der lex mercatoria im Überblick	60
a. Die kautelarjuristischen Elemente der lex mercatoria	60
b. Handelsbräuche	64
c. „Privatkodifikationen“	65
aa. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts	66
bb. Principles of European Contract Law	69
d. Die Transnational Law Database des Center for Transnational Law (CENTRAL)	72
e. Allgemeine Rechtsgrundsätze	74
f. Die Spruchpraxis der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit	76
g. Internationales Einheitsrecht	79
IV. Die „moderne lex mercatoria“ - Die Doktrin	79
1. Schmitthoff und Goldman als Ausgangspunkte der neuen Lehre	80
a. Schmitthoff	81
b. Goldman	83
c. Goldman und Schmitthoff als Extrempunkte der weltweiten lex mercatoria - Debatte: Darstellung am Beispiel des Begriffs der „Autonomie“	86
2. Der „neue Pragmatismus“ und seine Hintergründe	87
a. CISG	89
b. Die Suche nach einem einheitlichen europäischen Vertragsrecht - „Auf dem Weg zu einem europäischen Zivilgesetzbuch“?	90

III

c. Der wachsende Bestand gesicherter materieller Regeln der lex mercatoria	91
3. Die Frage nach dem Rechtsanwendungsbefehl	92
a. Dasser	93
aa. Dogmatische Erfassung	93
bb. Anwendungsfragen	95
cc. Ergebnis	98
b. De Ly	99
aa. Dogmatische Erfassung	99
bb. Anwendungsfragen	100
(1) Staatliche Gerichtsbarkeit	100
(2) Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit	102
(3) Ergebnis	104
cc. Neue Perspektiven?	105
c. Weise	106
aa. Dogmatische Erfassung	106
bb. Anwendungsfragen	106
cc. Ergebnis:	108
d. Kappus	109
aa. Dogmatische Einordnung und Anwendbarkeit	109
bb. Ergebnis	111
e. Stein	111
aa. Dogmatische Erfassung	111
bb. Anwendungsfragen	113
(1) Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit	113
(2) Staatliche Gerichtsbarkeit	115
cc. Ergebnis	116
f. Berger	116
aa. Dogmatische Erfassung	116
bb. Anwendungsfragen	119
(1) Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit	119
(2) Staatliche Gerichtsbarkeit	120
cc. Ergebnis:	121
V. Die moderne lex mercatoria: Schlussfolgerungen und eigene Einschätzung	122
1. Zum beschränkten Nutzen des Rechtsordnungsbegriffs	122
2. Kategorisierung und Beurteilung der verschiedenen Ansätze	125
a. Lex mercatoria als autonome Rechtsordnung mit immanentem Rechtsanwendungsbefehl („absolute Autonomie“)	126
aa. Zur Methodik: Positive und negative Begründung der Rechtsgeltung	126
bb. Die funktionale Herleitung der rechtlichen Verbindlichkeit: Tatsächliche Regelbefolgung und Garantiefunktion	127

IV

(1) Zur Garantiefunktion der internen Zwangsmechanismen einer „societas mercatorum“	128
(2) Zur Garantiefunktion der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit als autonome Kontrollinstanz	130
cc. Das rechtsquellenpluralistische Argument Weises	133
dd. Konsequenzen und Folgeprobleme der Annahme einer autonomen Rechtsordnung lex mercatoria	134
(1) Notwendigkeit und Folgen einer separaten Betrachtung der Ebenen „Vertragsdurchführung“ und „(schieds-)richterliche Streitbeilegung“	134
(a) Inkongruenz bei Streitbeilegung vor staatlichen Gerichten	135
(b) Inkongruenz bei Streitbeilegung vor internationalen Schiedsgerichten	136
(c) Ergebnis	138
(2) Praktische Einschätzung einer autonomen lex mercatoria	140
b. Lex mercatoria als kollisionsrechtlich wählbare Sachrechtsordnung („relative Autonomie“)	142
aa. Subjektive Anknüpfung	142
bb. Objektive Anknüpfung	142
cc. Ergebnis	143
c. Lex mercatoria als Normbestand ohne Rechtsordnungscharakter	143
3. Zusammenfassung und Ergebnis:	145
Teil II: Die Rolle der lex mercatoria im Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts	149
I. Lösungsansatz	149
II. Entwicklung, Anwendung und Charakterisierung des CISG	151
1. Entwicklung	152
a. Vorarbeiten von UNIDROIT	152
b. Das Haager Einheitliche Kaufrecht	153
c. Das UN-Kaufrecht	154
aa. UNCITRAL	154
bb. Wiener Konferenz von 1980	156
cc. Relevanz	157
dd. Rechtsnatur	158
2. Zur Anwendung des CISG	160
a. Anwendungsgrundsätze	160
b. Räumlich-persönlicher Anwendungsbereich	163
c. Sachlicher Anwendungsbereich	164
d. Zeitlicher Anwendungsbereich	166
e. Regelungsbereich - Überblick	166
3. Charakterisierung des UN-Kaufrechts: Der einheitsrechtliche Beitrag zur Symbiose	168
a. Das CISG als internationales Einheitsrecht	168

b. Terminologische Abgrenzung zur lex mercatoria: Ist die lex mercatoria internationales Einheitsrecht?	169
c. Die abstrakte Überlegenheit des CISG gegenüber unvereinheitlichem nationalen Recht und der lex mercatoria	170
aa. Materielle Adäquanz	170
bb. Rechtssicherheit	172
cc. Sprache	172
dd. Ergebnis	173
d. Grenzen des CISG	174
aa. Technische Grenzen legislatorischer Rechtsvereinheitlichung am Beispiel des CISG	174
bb. Kompromisscharakter durch das Ziel rechtskreisübergreifender Verbreitung	175
cc. Lücken	178
(1) Der sektorielle Charakter des CISG	178
(2) Relevanz für den Rechtsanwender	179
(3) Folgerungen für die Bedeutung des Kollisionsrechts	180
4. Ergebnis	181
III. Die „Schnittstellen“ des CISG	183
1. Verhältnis des CISG zu nationalem Recht	183
a. Grundsatz	183
b. Methodik der „Qualifikation“ im CISG - teleologische Qualifikation	184
c. Bestimmung des Regelungsbereichs durch Art. 4 S. 1 CISG	186
aa. Ausdrücklich geregelte Materien	187
bb. Durch Instrumente der autonomen Lückenfüllung entwickelte Regelungen	187
cc. Negative Bestimmung des Regelungsbereichs durch Negativzuordnung zu Art. 4 S. 1 CISG?	189
d. Bestimmung des Regelungsbereichs nach Art. 4 S. 2 CISG	190
aa. Streng nationaler Ansatz	191
bb. Autonome Ansätze	192
cc. Stellungnahme	194
e. Art. 5 CISG	199
f. Zusammenfassung und Ergebnis	200
2. Die einzelnen Schnittstellen	201
a. Partei- und Privatautonomie	201
aa. Die dispositive Natur des CISG	201
(1) Art. 6 CISG	201
(2) Sonstige Vorschriften	204
bb. Konventionsinterne Grenzen der Disponibilität	204
(1) Art. 12 CISG	204
(2) Der völkerrechtliche Rahmen des CISG	205
(3) Anwendungsvorschriften	205

VI

(4) Art. 28 CISG	206
(5) Art. 7 CISG	207
(6) Ergebnis	209
cc. Der Vorrang des Parteiwillens als Schnittstelle? - Das Verhältnis zum nationalen ius cogens	209
(1) Grundsatz: Beschränkung auf den Regelungsbereich	210
(2) Insbesondere: Art. 6 Hs. 2 CISG	211
(a) Grenzenlose Privatautonomie im Regelungsbereich des CISG?	212
(b) Die zur Lückenfüllung heranzuziehende Dispositivregelung	213
dd. Ergebnis	214
b. Gebräuche und Gepflogenheiten (Art. 9 CISG)	215
aa. Irrelevanz des Art. 9 Abs. 1 Hs. 2 CISG für das Verhältnis zur lex mercatoria	216
bb. Gebräuche	216
(1) Kraft Parteiwillens verbindliche Gebräuche (Art. 9 Abs. 1 CISG)	218
(a) Eigenständige Bedeutung des Art. 9 Abs. 1 Hs. 1 CISG	218
(b) Art. 9 Abs. 1 CISG als Schnittstelle	219
(2) Art. 9 Abs. 2 CISG	220
(a) Entwicklung und Voraussetzungen	220
(b) Geltungsgrund der Gebräuche nach Art. 9 Abs. 2 CISG	222
(c) Art. 9 Abs. 2 CISG als Schnittstelle	223
(aa) Verhältnis der Gebräuche zum CISG	223
(bb) Verhältnis der Gebräuche zu zwingendem nationalen Recht	224
(cc) Privatautonome Abweichung nach Art. 9 Abs. 2 Hs. 1 CISG	225
cc. Ergebnis	226
c. Auslegung und Lückenfüllung (Art. 7 CISG)	227
aa. Gegenstand, Ziele und Methoden	227
(1) Art. 7 Abs. 1 CISG	228
(a) Vorüberlegungen	230
(b) Auslegungsmethoden	231
(2) Art. 7 Abs. 2 CISG	236
(a) Das Verhältnis zu Art. 4 CISG	237
(b) Methodik der Lückenfüllung	237
(aa) Zum Auffinden allgemeiner Rechtsgrundsätze	238
(bb) Rückgriff auf unvereinheitlichtes nationales Recht	240
bb. Art. 7 CISG als Schnittstelle?	240
(1) Zur Schnittstellenfunktion des Art. 7 Abs. 1 CISG	240
(a) Rechtsprechung der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit	241
(b) „Privatkodifikationen“	241
(2) Zur Schnittstellenfunktion des Art. 7 Abs. 2 CISG	242
(a) Persuasive authority der lex mercatoria	242
(b) Lex mercatoria als mittels Art. 7 Abs. 2 CISG anwendbares Recht	243

VII

IV. Schnittstellen und lex mercatoria - ein unerwünschter Automatismus?	245
1. Schnittstellen und die „Privatkodifikationen“	245
a. Art. 6 CISG	246
b. Art. 9 Abs. 2 CISG	249
c. Art. 7 Abs. 1 CISG	250
d. Art. 7 Abs. 2 CISG	251
2. Schnittstellen und die INCOTERMS	252
a. Art. 6 CISG	252
b. Art. 9 Abs. 2 CISG	253
c. Art. 7 CISG	254
3. Ergebnis:	254
V. Kritische Bewertung des Beitrags der lex mercatoria innerhalb des Gesamtgefüges	255
1. Der Beitrag der lex mercatoria zur Symbiose	256
2. Bewertung	259
a. Aufgaben des Vertragsrechts aus ökonomischer Sicht	260
b. Die Wahrnehmung dieser Aufgaben durch die Symbiose aus CISG und lex mercatoria	263
Ergebnis	266
Literaturverzeichnis	269

EINLEITUNG

I. Problemstellung

Die Bestimmung des auf einen internationalen Vertrag anwendbaren Sachrechts stellt sich bisweilen als kompliziertes und zeitraubendes Unterfangen heraus, das nicht nur für den im internationalen Handel tätigen Kaufmann mit großen Unsicherheiten behaftet ist, sondern auch für den Juristen nicht selten einem „Sprung ins Dunkle“¹ gleichkommt. Sollte die Bestimmung des Sachrechts dennoch gelingen, ist dieses vornehmlich auf Binnensachverhalte zugeschnittene Recht dann oftmals nicht in der Lage, adäquate Antworten auf typisch internationale Rechtsfragen zu geben. Daher erscheint es gerechtfertigt, sich mit Lösungsvorschlägen auseinanderzusetzen, die sich eine Überwindung oder zumindest eine Milderung der genannten Unzulänglichkeiten zum Ziel gesetzt haben.

Ein Teil solcher Bemühungen geht von staatlicher Initiative aus. Dazu gehören die Vereinheitlichung von Kollisions- und Sachrecht sowie der Erlass von Sondergesetzen, die speziell auf die Bedürfnisse des internationalen Handels zugeschnitten sind. Gesetzgeberische Lösungen sind aus der Sicht des Handels jedoch mit grundlegenden Schwächen behaftet, die in der Natur des formalisierten Verfahrens liegen: Insbesondere wird darauf hingewiesen, dass sich die Gesetzgebungsverfahren als zu schwerfällig und zeitaufwändig erweisen, um mit der schnelllebigen Realität des internationalen Handels Schritt halten zu können². Dies gilt umso mehr auf internationaler Ebene, wo zudem verschiedenste nationale Interessen zu einer konsensfähigen Lösung

¹ Diese Einschätzung stammt bereits aus den dreißiger Jahren, vgl. Raape, Deutsches Internationales Privatrecht, I. Band, S. 59. Bis heute hat sich nichts Grundlegendes daran geändert.

² Vgl. Berger, Schleichende Kodifizierung, S. 14, der als Beispiel das Schiedsverfahren IBM Corp. v. Fujitsu Ltd. anführt, in dem sich nationale Copyrightgesetze als unfähig herausgestellt haben, Computersoftware einen adäquaten Schutz zu bieten.

zusammengeführt werden müssen³. Daraus entsteht bisweilen der nicht unbegründete Verdacht, dass die sachlich beste Lösung im Zuge der Rechtsvereinheitlichung Gefahr läuft, zugunsten des Weges des geringsten politischen Widerstandes in den Hintergrund zu treten⁴. Einmal gesetzt, sind Änderungen und Ergänzungen dieses Rechts nicht oder nur unter großem Aufwand zu realisieren - das Recht „versteinert“⁵. Aufgrund sich laufend ändernder realer Verhältnisse schwindet die Brauchbarkeit der gefundenen Lösungen daher mit der Zeit.

Dem Handel scheinen die gesetzgeberischen Bemühungen denn auch nicht weit genug zu gehen. Er greift heute wie seit jeher zur „Selbsthilfe“ und hat so ein umfassendes Geflecht von Standards und Regeln entwickelt, die einen Großteil der Regelungsbedürfnisse der internationalen Kaufmannschaft zu befriedigen vermögen⁶. Diese selbstregulativen Tendenzen des internationalen Handels faszinieren die Rechtswissenschaft schon seit den frühen sechziger Jahren. In der ersten Hochphase der Diskussion um eine „neue lex mercatoria“, die von Goldman und Schmitthoff eingeleitet wurde, konzentrierte sich der Blick auf die Frage nach einer eigenständigen, „autonomen“ Rechtsordnung lex mercatoria, die sich quasi als „dritte Rechtsordnung“ neben oder gar über die nationalen Rechtsordnungen und das Völkerrecht stellen sollte. Befruchtet wurden die Ideen von der Bezugnahme auf das ius gentium oder das mittelalterliche „law merchant“, ohne dass sich diese historischen Vorläufer jedoch frei von Brüchen in die zu dieser Zeit einem tief greifenden Wandel unterliegenden ökonomischen und rechtlichen Verhältnisse einpassen ließen. Die Debatte um ein neues autonomes Weltrecht wurde ebenso leidenschaftlich wie fruchtlos geführt, ging es dabei doch einerseits um „letzte Fragen des Staatsgefühls“⁷ und kam sie andererseits immer wieder auf die auch nach einer über

³ Zu den mit der Aktualisierung internationalen Konventionseinheitsrechts verbundenen Problemen vgl. Neuhaus/Kropholler, *RabelsZ* 45 (1981), S. 73, 80 f.; ferner Behrens, *RabelsZ* 50 (1986), S. 19, 29 f.

⁴ Vgl. Mertens, *RabelsZ* 56 (1992), S. 219, 220.

⁵ Kötz, *RabelsZ* 50 (1986), S. 1, 12.

⁶ Ausführlich dazu Stein, *Lex mercatoria*, S. 35 ff.

⁷ So bereits 1929 formuliert von Großmann-Doerth, *JW* 1929, S. 3447, 3448.

zweitausendfünfhundertjährigen Theoriengeschichte zum Wesen des Rechts bis heute ungelöste Grundfrage zurück, was unter „Recht“ oder „Rechtsordnung“ zu verstehen sei⁸.

Die Erkenntnis der Pattsituation in der vergangenen Diskussion hat neben einigen anderen Entwicklungen wie der zunehmenden Öffnung nationaler Schiedsrechte gegenüber anationalem Recht oder den jüngsten Erfolgen in den zahlreichen staatlichen und nichtstaatlichen Bemühungen um die Harmonisierung und Vereinheitlichung des Privatrechts zu einem neuen Diskussionsklima im Schrifttum geführt. Die Frage nach einer eigenständigen Rechtsordnung „lex mercatoria“ tritt zugunsten der Erforschung ihres materiellen Gehalts in den Hintergrund⁹. Der immer wieder vorgetragene Einwand, die lex mercatoria sei bereits aufgrund ihrer Unbestimmtheit abzulehnen, verliert damit zunehmend an Durchschlagkraft.

Dieses „pragmatische Verständnis“¹⁰ der lex mercatoria hat jedoch zur Folge, dass die Frage nach dem Anwendungsbefehl dieser Regeln nach wie vor alles andere als geklärt ist; das neuere Schrifttum weicht ihr größtenteils aus. Damit ist der Praxis nicht gedient, denn Rechtssicherheit setzt zunächst ganz elementar die Klarheit über Verbindlichkeit bzw. Unverbindlichkeit eines in Frage stehenden „Rechtssatzes“ voraus.

II. Lösungsansatz

Wie bereits diese knappe Skizze erahnen lässt, scheinen sich Vorzüge und Schwächen von lex mercatoria und legislatorischer Rechtsvereinheitlichung nach dem derzeitigen Forschungsstand geradezu komplementär gegenüberzustehen. Es drängt sich daher die Frage auf, ob sich die Bemühungen, die auf „beiden Seiten“ des Gesetzes erfolgt sind, zu einem symbiotischen Miteinander zusammenführen lassen. Die durch ihre Adressatennähe bedingte Aktualität und Flexibilität der lex mercatoria einerseits und die unangefochtene Autorität staatlich gesetzten Einheitsrechts andererseits versprechen ein Ganzes zu ergeben, das den Bedürfnissen des

⁸ Vgl. Stein, Lex mercatoria, S. 239.

⁹ Vgl. Stein, Lex mercatoria, S. 9; Berger, ZVglRWiss 94 (1995), S. 217, 236.

¹⁰ Dasser, Lex mercatoria, S. 46.

internationalen Handels nach Flexibilität einerseits und nach Rechtssicherheit andererseits entgegenkommt. Um es mit den Worten von Kötz auszudrücken, könnte auf diesem Wege der *lex mercatoria* das fehlende „prächtige Gewand staatlich gesetzten Einheitsrechts“¹¹ doch noch umgehängt werden.

III. Methode

Indem sich die Arbeit im ersten Teil um eine chronologische Hinführung zum gegenwärtigen Stand der Diskussion um die *lex mercatoria* bemüht und eine Analyse der zeitgenössischen Doktrin mit Blick auf die Frage nach einem ihr innewohnenden, „autonomen“ Rechtsanwendungsbefehl ihrer Regeln vornimmt, bereitet sie der Untersuchung einer möglichen Symbiose aus staatlich gesetztem Einheitsrecht und der *lex mercatoria* den Boden, welche den zweiten Teil dieser Arbeit dominiert.

Als Ausgangspunkt für die Analyse eines solchen Zusammenspiels bietet sich das CISG¹² an - nicht nur, weil es als eines der erfolgreichsten rechtsvereinheitlichenden Übereinkommen überhaupt gilt. Darüber hinaus bewirkt es eine willkommene Einschränkung des weiten rechtlichen Feldes, das sich hinter dem Begriff des internationalen Handelsrechts und damit auch hinter den zahlreichen Konzepten einer *lex mercatoria* verbirgt: Indem das CISG seinen sachlichen Anwendungsbereich begrenzt, begrenzt es auch die für diese Untersuchung in Frage kommenden Rechtssätze der *lex mercatoria* auf solche, die einen Bezug zu den von ihm umfassten Materien aufweisen.

Das Zusammenwirken von CISG und *lex mercatoria* bringt zunächst eine aus der Perspektive der Praxis grundsätzlich unerwünschte Zunahme an Komplexität mit sich. Zwar wird in Fällen, für die das CISG Geltung

¹¹ Kötz, *RabelsZ* 50 (1986), S. 1, 17.

¹² Teilweise auch bezeichnet als EKR (Einheitliches Kaufrecht), WKR (Wiener Kaufrecht), CIS, UNCITRAL-, VN- oder UN-Kaufrecht, um nur einige gebräuchliche Abkürzungen für die Konvention zu nennen. Der Kürze einerseits, v.a. aber der internationalen Geläufigkeit halber, wird im Folgenden der Ausdruck CISG (für: Convention on Contracts for the International Sale of Goods) verwandt. Die Verwendung dieser Abkürzung erscheint gegenüber ihren deutschen Pendanten auch insofern als vorrangig, als das CISG nur in einer der sechs UN-Sprachen, insbesondere auf Englisch, nicht aber auf Deutsch authentisch ist. Vgl. zur Suche nach einer adäquaten Abkürzung für das Wiener Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf Flessner/Kadner, *CISG?*, *ZEUP* 1995, S. 347 ff.

beansprucht, formal lediglich *eine* staatliche Rechtsordnung angewandt. In der Sache jedoch kommen internationales Einheitsrecht und nationales Rechtssystem nebeneinander zur Anwendung¹³. Wenn also das CISG den Ausgangspunkt für die Suche nach einem Rechtsanwendungsbefehl für die *lex mercatoria* bildet, so führt dies dazu, dass in der Analyse mindestens drei verschiedenartige „Rechtskörper“ aufeinander abgestimmt werden müssen: Unvereinheitlichtes nationales Recht einschließlich des IPR, staatsvertragliches Einheitsrecht, welches ggf. ebenfalls Kollisionsregeln enthält und schließlich die *lex mercatoria*. Dabei kann der erste Komplex weiter zersplittern: Einfluss nehmen können die *lex fori*, die *lex causae* und weitere nationale Regeln, die als Eingriffsnormen oder aufgrund eines *ordre public*-Vorbehalts Bedeutung erlangen. Dementsprechend bildet die Untersuchung des Verhältnisses des CISG zu unvereinheitlichtem nationalen Recht einen Schwerpunkt in der Analyse des Zusammenspiels von Einheitsrecht und *lex mercatoria*. Daneben stellt sich selbstverständlich die Frage, ob und ggf. welche Instrumente das CISG bereitstellt, um die *lex mercatoria* von ihren Unsicherheiten bezüglich ihrer rechtlichen Autorität und Bindungswirkung zu befreien. Zum Abschluss muss erörtert werden, ob die Vorzüge, die das symbiotische Miteinander von CISG und *lex mercatoria* mit sich bringt, die Zunahme an Komplexität, die sich aus der Einbeziehung eines dritten „Rechtskörpers“ ergibt, rechtfertigen können.

IV. Der normative Ausgangspunkt

Da die hier vorgeschlagene Symbiose aus CISG und *lex mercatoria* ihre Autorität aus der staatsvertraglichen Verbindlichkeit des Übereinkommens schöpft, liegt es nahe, bei ihrer Entwicklung die Zielvorgaben als verbindlich anzusehen, von denen sich die Konventionsgeber bei der Schaffung des CISG haben leiten lassen. Aussagen über die ihm zugrunde liegenden Ziele trifft das CISG in seiner Präambel.

¹³ Vgl. Stoll, FS Ferid, S. 495, 496.

Abs. 1 steht in einem von dem konkreten Vertrag abgehobenen, politischen Kontext und nimmt Bezug auf die Bemühungen der Vereinten Nationen zur Schaffung einer „neuen Weltwirtschaftsordnung“. Hinter diesem Begriff stehen die Resolutionen der 6. UN-Sondergeneralversammlung über Rohstoffe und Entwicklung im Jahre 1974, die eine Deklaration zur Errichtung einer neuen Weltwirtschaftsordnung¹⁴ und einen dazugehörigen Aktionsplan¹⁵ umfassten und „eine der wichtigsten Grundlagen der Wirtschaftsbeziehungen zwischen den Völkern und Nationen“ darstellen sollten¹⁶. Inhaltlich stellte sich die neue Weltwirtschaftsordnung als ein wirtschaftspolitischer, entwicklungsspezifische Probleme der Drittweltländer betreffender Forderungskatalog der Drittweltländer an die Industriestaaten dar, aus dessen Verwirklichung freilich „bislang nichts geworden“ sei¹⁷. Dieses entwicklungspolitische Ziel vermag das CISG auch nur bedingt zu unterstützen, da seine Vorschriften sich ausschließlich auf das Verhältnis zweier oder mehrerer Vertragsparteien beziehen (Art. 4 S. 1 CISG) und somit nicht in einem Maße Einfluss auf die Warenströme zwischen den betroffenen Staaten nehmen kann, das etwa mit dem außenwirtschaftlicher, devisen- und zollrechtlicher Bestimmungen vergleichbar wäre. Die Bezugnahme auf die „neue Weltwirtschaftsordnung“ hat daher eher politischen als normativen Charakter¹⁸. Da auch die *lex mercatoria* i.d.R. das Vertragsverhältnis betrifft und ihr ordnungspolitische Vorgaben schon ihrer Natur nach fremd sind, fällt Abs. 1 der Präambel auch als normativer Ausgangspunkt dieser Arbeit fort.

Abs. 2 sieht einen Zusammenhang zwischen der Entwicklung des internationalen Handels auf Grundlage von Gleichberechtigung und gegenseitigem Nutzen und den freundschaftlichen Beziehungen zwischen den Staaten. Ob dieser Zusammenhang tatsächlich besteht, entzieht sich einer juristisch-theoretischen Betrachtung genauso wie die Frage nach der „neuen

¹⁴ Declaration on the Establishment of a New International Economic Order vom 1.5.1974, UN-Resolution 3201 S-VI).

¹⁵ Programme of Action on the Establishment of a New International Economic Order vom 1.5.1974, UN-Resolution 3202 (S-VI).

¹⁶ Vgl. Nr. 7 der Declaration on the Establishment of a New International Economic Order.

¹⁷ Honsell/Siehr, Präambel, Rn. 9.

¹⁸ Vgl. Schlechtriem/Ferrari, Präambel, Rn. 5.

Weltwirtschaftsordnung“ und ließe sich allenfalls empirisch nachweisen¹⁹. Anders verhält es sich mit der Frage, ob die dort aufgestellte Prämisse erfüllt ist: Gleichberechtigung und gegenseitiger Nutzen erfordern vom Recht eine ausgewogene, wertneutrale Lösung aufkommender Rechtsfragen²⁰. Die erste Wertungsvorgabe, an der sich das Zusammenspiel von CISG und *lex mercatoria* messen lassen muss, ist also die Neutralität und Ausgewogenheit des Ergebnisses.

Abs. 3 schließlich ist Ausdruck der Auffassung, dass Einheitsrecht durch die Berücksichtigung der verschiedenen Gesellschafts-, Wirtschafts- und Rechtsordnungen zum Abbau von Handelshemmnissen und damit zur Förderung des internationalen Handels beitrage²¹. Ob diese Auffassung in ihrer Abstraktheit zutreffend ist, lässt sich ohne empirische Befunde ebenfalls nicht feststellen. Wohl aber lässt sich eine Aussage über die Wahrscheinlichkeit der Förderlichkeit bestimmter Regeln für den internationalen Handel treffen, indem man diese in Bezug zu den Besonderheiten setzt, die die Internationalität des betreffenden Vertrages mit sich bringt, und diese Lösung mit dem auf nationale Sachverhalte zugeschnittenen Regelungsangebot nationaler Rechtsordnungen vergleicht. Dass das Recht dabei überhaupt eine Steuerungsfunktion in der Entwicklung des internationalen Handels wahrnehmen kann, ist eine Prämisse, die in dieser Arbeit als erfüllt unterstellt wird: „Recht kann als Motor wirtschaftlicher Integration fungieren, die Interessengruppen schwächt, Privilegien gefährdet und Wachstumsimpulse freisetzt“²².

Ausgerichtet an den Zielvorgaben der Präambel des CISG muss sich das Zusammenwirken von CISG und *lex mercatoria* also an zwei Faktoren messen lassen: Am Abbau von Handelshemmnissen einerseits und Gleichberechtigung und gegenseitigem Nutzen durch Ausgewogenheit und

¹⁹ S. dazu bereits die aus dem Jahre 1973 stammende Abhandlung von Fabricius: „Internationales Handelsrecht und Weltfrieden“, in FS Schmitthoff, S. 101 ff.

²⁰ Vgl. Schlechtriem/Ferrari, Präambel, Rn. 6.

²¹ Honsell/Siehr, Präambel, Rn. 11.

²² Mertens, *RabelsZ* 56 (1992), S. 219, 222.

Neutralität der gefundenen Lösungen andererseits. Eine klare Trennung ist allerdings weder zweckmäßig noch möglich: Genauso wie der Abbau von Handelshemmnissen zur Gleichberechtigung durch Zutritt zum Markt führen kann (aber beileibe nicht muss), können Ausgewogenheit und Neutralität einen Beitrag zum Abbau von Handelshemmnissen leisten.

TEIL I: LEX MERCATORIA

I. Begriff und historischer Hintergrund der lex mercatoria

1. Begriffsverwendungen und Begriffsverwirrungen

Der Terminus *lex mercatoria* tauchte erstmals um 1290 in England auf, in einer Kollektion, die sich *fleta* nannte und eine Aufzählung damaliger Handelssitten und -gebräuche enthielt²³. Er wurde später in der von Malynes 1622 geschriebenen Abhandlung „*Consuetudo, vel, lex mercatoria*“ synonym mit dem Begriff „*the ancient law merchant*“ gebraucht²⁴. Im Deutschen wurde er u.a. mit dem „autonomen Recht des Welthandels“ übersetzt²⁵.

Die Gegensätzlichkeit der Grundauffassungen in der Debatte um die *lex mercatoria*²⁶ legen nahe, bei der Verwendung dieses Begriffs Vorsicht walten zu lassen. Es wird immer wieder hervorgehoben, dass terminologische Ungenauigkeiten und Missverständnisse über seine Bedeutung mitursächlich für die unversöhnlichen Standpunkte innerhalb der Diskussion um eine neue *lex mercatoria* seien²⁷. Dies kann nicht verwundern, gehört doch zu den wenigen unbestrittenen Merkmalen dieser Materie, dass sie internationaler Natur und Herkunft ist, wodurch ihre Handhabung von der Verbindung verschiedenster Rechtstraditionen und Überwindung sprachlicher Hindernisse

²³ Vgl. dazu Stein, *Lex mercatoria*, S. 3, Fn. 16; ferner Lorenz, FS Neumayer, S. 407; De Ly, *International Business Law*, Rn. 318; anders Bärmann, FS Mann, S. 547, 555, dessen historischen Hinweise auf den Begriff der *lex mercatoria* lediglich bis zum Erscheinen von Malynes' *Consuetudo* im Jahre 1622 zurückreichen.

²⁴ Vgl. Malynes, *Consuetudo*, im Titel.

²⁵ Schmitthoff, *RabelsZ* 28 (1964), S. 47; für weitere - synonyme - Begriffsverwendungen s. Goldstajn, *Autonomous Rules*, S. 55, 68.

²⁶ S. dazu ausführlich unten, Teil I, IV.

²⁷ Vgl. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 32; Stein, *Lex mercatoria*, S. 1 ff.; Dasser, *Lex mercatoria*, S. 63 ff. Diesen Eindruck untermauert ein Blick in die von Carbonneau herausgegebene Sammlung „*Lex Mercatoria and Arbitration*“: Mit Ausnahme von zwei Aufsätzen (Hight, *The Enigma of the Lex Mercatoria* S. 133, 135; Park, *Control Mechanisms in the Development of a Modern Lex Mercatoria*, S. 143 f.) wird in keinem der Beiträge der Begriff *lex mercatoria* in Frage gestellt oder auch nur ein Definitionsversuch unternommen, obwohl - wie Goldman in seinem Vorwort hervorhebt - die verschiedenen Autoren mit durchaus praktischen Konsequenzen von einer unterschiedlichen „Weite“ dieses Begriffs ausgehen, vgl. Vorwort I, S. XVIII. Siehe zum „engen“ bzw. „weiten“ Begriffsverständnis unten, Teil I, III.1.

geprägt ist. Bevor man allerdings so weit geht, das Ausmaß an Verwirrung als so hoch einzuschätzen, dass es „die wissenschaftliche Diskussion fast unmöglich macht“²⁸, sollte man den Einwand von De Ly zur Kenntnis nehmen, der bezüglich der Verwendung des Begriffs *lex mercatoria* immerhin einen solchen Grad an Beständigkeit feststellt, dass es wenig aussichtsreich erscheine, durch Einführung neuer Begriffe erfolgreich Abhilfe zu schaffen; ein solcher Versuch berge vielmehr die Gefahr, die bestehende Verwirrung noch zu vergrößern²⁹.

Ob die moderne *lex mercatoria* ihren Namen zu Recht trägt, wurde bisweilen bezweifelt³⁰; jedenfalls lässt sich nicht bestreiten, dass der Begriff immer wieder dann Verwendung findet, wenn es um die Idee eines anationalen Rechts der internationalen Wirtschaftsbeziehungen geht, um „besondere rechtliche Regeln außerhalb der traditionellen Quellen, welche in effektiver Weise die Besonderheiten des internationalen Wirtschaftsverkehrs berücksichtigen“³¹. Die Allgemeinheit und Weite dieser Umschreibung lässt bereits erahnen, dass es sich bei der *lex mercatoria* keineswegs um einen Begriff handelt, der sich mit einer präzisen und griffigen Definition erfassen lässt, sondern um einen, der lediglich schlagwortartig ein noch genauer zu spezifizierendes „Laboratorium an Ideen“³² oder einen ebensolchen „Ideenhaushalt“³³ beschreibt³⁴. Mit der Idee der *lex mercatoria* sind verschiedenste Rechtsquellen unterschiedlichsten Ursprungs verknüpft³⁵, die

²⁸ Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 33. Dass Berger diese Aussage nicht ganz wörtlich nimmt, stellt er in seiner diesem Satz folgenden, sehr tiefgreifenden Auseinandersetzung mit dem Problemkreis *lex mercatoria* unter Beweis. Dasser, auf den Berger Bezug nimmt, verwendet eine weniger scharfe Formulierung: „wenig förderlich“ (Dasser, *Lex mercatoria*, S. 63).

²⁹ Vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 318; ähnlich Dasser, *Lex mercatoria*, S. 66.

³⁰ Vgl. v. Bar, *Recht und Wirtschaft* 1985, S. 19, 21 ff.; Mustill, FS Wilberforce, S. 149, 152; De Ly, *International Business Law*, Rn. 318, der in der Bezeichnung einerseits den Hinweis auf den internationalen Bezug vermisst und andererseits darauf hinweist, dass auch Quellen, die zumindest sprachlich nur schwer unter den Begriff *lex* eingeordnet werden können, zu der *lex mercatoria* zu rechnen seien.

³¹ Böckstiegel, FS Beitzke, S. 443, 456. Zu den Besonderheiten des internationalen Wirtschaftsverkehrs s. unten, Teil I, II.2.

³² Dasser, *Lex mercatoria*, S. 3.

³³ Stein, *Lex mercatoria*, S. 1.

³⁴ Vgl. nur die Definitionsversuche bei Mustill, FS Wilberforce, S. 149, 151.

³⁵ S. dazu ausführlich unten, Teil I, III.

sowohl lokal als auch von Branche zu Branche erheblich variieren können³⁶. Materiell gibt es keinen feststehenden, global gültigen Regelbestand „lex mercatoria“; vielmehr gehört die Fähigkeit zur raschen und informellen inhaltlichen Anpassung an veränderte Gegebenheiten des internationalen Handels zu den Kernpunkten dieser Idee. Wenn also in dieser Arbeit von „der“ lex mercatoria die Rede ist, so ist damit stets die hinter der Gesamtheit dieser Rechtsquellen stehende, zusammenfassende Idee gemeint, die nicht nur inhaltlich, sondern aufgrund ihrer kontroversen Behandlung in Literatur und (Schieds-)Rechtsprechung auch rechtstheoretisch präzisierungsbedürftig ist.

2. *Der historische Hintergrund*

Die Idee einer lex mercatoria ist nicht neu. Goldman, einer der herausragendsten Protagonisten der Idee einer modernen lex mercatoria³⁷, bezeichnet sie als eine „ehrwürdige alte Lady“, die schon zweimal vom Antlitz der Erde verschwunden sei, nur um danach zweimal wieder aufzuleben³⁸.

a. Römisches Recht - Das ius gentium als Vorläufer der lex mercatoria

Goldman sucht die Vorläufer der lex mercatoria im ius gentium³⁹. Dieses „Völkergemeinrecht“⁴⁰ entwickelte sich nach dem Zweiten Punischen Krieg (218-201 v. Chr.) mit dem Wandel Roms vom Stadtstaat mit bäuerlicher Wirtschaft zum beherrschenden Staat im Mittelmeerraum mit hoch entwickelten Handelsbeziehungen weit über Roms Grenzen hinaus⁴¹. Diese

³⁶ Vgl. Dasser, Lex mercatoria, S. 393.

³⁷ Die besondere Bedeutung der Schriften Goldmans betonen insbesondere Lorenz, FS Neumayer, S. 407, 408; v. Bar, IPR I, § 2, Rn. 73; Stein, Lex Mercatoria, S. 189; Virally, FS Goldman, S. 373; Siehr, Sachrecht im IPR, S. 103, 112.

³⁸ Goldman, Lex mercatoria, S. 3.

³⁹ Vgl. Goldman, Lex Mercatoria, S. 3.

⁴⁰ Authentische Definitionen des Begriffs „ius gentium“ existieren nicht. Auch in der modernen Literatur gibt es unterschiedliche Deutungen, in denen der Ausdruck zu verschiedenen Zeiten für verschiedene Zwecke verwendet worden ist. Vereinfacht lassen sich zwei Hauptgebiete unterscheiden, zum einen das zwischenstaatliche Recht, das im deutschsprachigen Raum heute noch Völkerrecht heißt, und zum anderen das Recht zwischen Römern und Peregrinen, also ein Bereich des Privatrechts. Von letzterem ist hier die Rede. Vgl. zum Ganzen Kaser, Ius gentium, S. 5; Mayer-Maly, Iura 34 (1983), S. 91 ff.; Dulckeit/Schwarz/Waldstein, Römische Rechtsgeschichte, S. 138.

⁴¹ Vgl. De Ly, International Business Law, Rn. 11.

Entwicklung war kein Selbstzweck, sondern erfolgte aus einer praktischen Notwendigkeit heraus: Das traditionelle *ius civile* war vom Personalitätsprinzip gekennzeichnet⁴². Es bezog sich ausschließlich auf den römischen Bürger, erhob für diesen jedoch globalen Geltungsanspruch. Der Fremde, der *Peregrinus*, war nach dem *ius civile* dagegen rechtlos, sofern er sich nicht der Hilfe eines römischen Bürgers, eines „Gastfreundes“, bedienen konnte⁴³. Das Bürgerrecht wurde erst durch die *Constitutio Antoniniana* im Jahre 212 n. Chr. allen freien Reichsuntertanen zugänglich⁴⁴. Betrieb zuvor ein Nicht Römer mit einem Bürger Roms Handel, so spielten sich die Geschäftsbeziehungen mehr oder weniger im rechtsfreien Raum ab. Eine gewisse Verbindlichkeit konnte ein solches Geschäft nur durch beiderseitiges Vertrauen auf Grundlage des ethischen Maßstabs der *bona fides* erlangen⁴⁵. Dass eine solche „juristische Apartheidsgesellschaft“⁴⁶ für den Außenhandel nicht förderlich war, liegt auf der Hand. Denn die rechtlose Stellung der *Peregrinen* hatte nicht nur für diese das Fehlen jeglichen zivilrechtlichen Rechtsschutzes zur Folge, sondern lief auch den Interessen römischer Kaufleute zuwider: Diese konnten, da die *Peregrinen* nicht rechtsfähig waren, von ihnen auch nicht rechtswirksam erwerben⁴⁷. Zur Förderung der Außenhandelsbeziehungen benutzte man daher ein als Verkehrs- und Geschäftsrecht konzipiertes Einheitsprivatrecht, das sowohl auf römische Bürger als auch auf *Peregrine* Anwendung fand⁴⁸. Ohne jemals wirklich Rechtsvergleichung betrieben zu haben⁴⁹, sahen die Römer das *ius gentium* nicht als ein von Juristen oder Kaufleuten entwickeltes, sondern als vorgefundenes Recht an, dessen Regeln sich als eine Art allen Völkern gemeinsames Basisprivatrecht ganz selbstverständlich auf den Verkehr mit

⁴² Vgl. Baxter, I.C.L.Q. 1985, S. 538, 544; eine Gegenüberstellung von Territorialitäts- und Personalitätsprinzip findet sich bei Schmidt-Trenz, Außenhandel, S. 209.

⁴³ Vgl. Kunkel/Schermaier, Römische Rechtsgeschichte, S. 95.

⁴⁴ Vgl. Goldman, *Lex Mercatoria*, S. 3.

⁴⁵ Vgl. Weise, *Lex mercatoria*, S. 9.

⁴⁶ v. Bar, IPR I, § 2, Rn. 3.

⁴⁷ Vgl. Wagner, Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius, S. 9, Fn. 10.

⁴⁸ Vgl. Goldman, *Lex Mercatoria*, S. 3; Dulckeit/Schwarz/Waldstein, Römische Rechtsgeschichte, S. 148.

⁴⁹ Vgl. Kunkel/Schermaier, Römische Rechtsgeschichte, S. 97.

Fremden gleich welcher Herkunft anwenden ließen⁵⁰. Inhaltlich bot es dem Handel zahlreiche Instrumente, die das *ius civile* nicht kannte, so vor allem die Anerkennung formlos geschlossener Verträge wie Kauf, Miete, Pacht, Dienstvertrag und Werkvertrag, aber auch Auftrag, Vertretung und sogar das Gesellschaftsrecht⁵¹.

Der Entstehungszeitpunkt dieses Rechts lässt sich nicht präzise feststellen⁵². Jedoch hatte der zwischenstaatliche Handel um die Mitte des dritten vorchristlichen Jahrhunderts ein derartiges Ausmaß erreicht, dass für Prozesse unter Fremden bzw. zwischen Römern und Fremden etwa 242 v. Chr. ein Gerichtsmagistrat geschaffen wurde, dem die Anwendung des *ius gentium* oblag. Bemerkenswert war, dass dieser „Fremdenprätor“⁵³ für die Zwecke des Rechtsverkehrs mit Fremden sowohl durch seine Jurisdiktion als auch durch den Erlass von Edikten die Aufweichung der Formenstrenge des Zwölftafelrechts ermöglichte⁵⁴, die im Verkehr mit der hellenistischen Welt oder darüber hinaus schon aus sprachlichen Gründen zwingend geboten war⁵⁵. Das *ius gentium* erfuhr so eine stetige, durch die Rechtsanwendungspraxis erfolgende Fortbildung⁵⁶. In dem Maße, in dem sich die Beteiligung römischer Bürger am Außenhandel vermehrte, wurde das *ius gentium* ein die römischen Bürger ebenfalls untereinander bindendes, gemeingültiges „Weltverkehrsrecht“, das nicht mehr dem formalen Personalitätsprinzip anhaftete, sondern an den Akt des Austauschs als solchen anknüpfte⁵⁷. Sein Ende fand das *ius gentium* 212 n. Chr. mit der oben bereits erwähnten

⁵⁰ Vgl. Weise, *Lex mercatoria*, S. 10.

⁵¹ Vgl. Goldman, *Lex Mercatoria*, S. 3; Kunkel/Schermaier, *Römische Rechtsgeschichte*, S. 96. Das *ius gentium* gilt als wichtigste Wurzel der heute weit verbreiteten Grundregel (s. etwa Art. 11 CISG), dass ein Vertrag formlos geschlossen werden kann, vgl. v. Bar, IPR I, § 2, Rn. 6.

⁵² Vgl. Kunkel/Schermaier, *Römische Rechtsgeschichte*, S. 95.

⁵³ „Praetor, qui inter cives et peregrinos ius dicit“ oder kurz „praetor peregrinus“; vgl. Wagner, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius*, S. 13.

⁵⁴ Vgl. Wagner, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius*, S. 13. Zum Formalismus des Zwölftafelrechts s. Kunkel/Schermaier, *Römische Rechtsgeschichte*, S. 39 ff. und S. 95.

⁵⁵ Kaser, *Ius gentium*, S. 5 verweist auf den „strengen Formalismus vieler Akte des *ius civile*“, die zudem mit sakralen Elementen verbunden waren, vgl. Wagner, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius*, S. 17.

⁵⁶ Vgl. Baxter, *I.C.L.Q.* 1985, S. 538, 544.

⁵⁷ Vgl. Wagner, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius*, S. 23.

Constitutio Antoniniana, durch die das *ius civile* auf alle freien Reichsuntertanen Anwendung erlangte⁵⁸.

b. Mittelalter

Auf die sprachlichen wie theoretischen Ähnlichkeiten der heutigen *lex mercatoria* mit dem mittelalterlichen *law merchant*⁵⁹ wies insbesondere Schmitthoff⁶⁰ hin - und befand sich dabei in weit größerer Gesellschaft als Goldman⁶¹.

Das mittelalterliche *law merchant* hatte seine Wurzeln in den großen Hafenstädten des Mittelmeers, in denen sich Ende des elften Jahrhunderts ein besonderes Recht der Kaufleute zu entwickeln begann. Die Rezeption des römischen Rechts wurde den Bedürfnissen des mittelalterlichen internationalen Warenverkehrs nur wenig gerecht. Das *law merchant* führte dagegen zur Entwicklung neuer Rechtsfiguren, die den Grundstock für den europäischen Waren- und Leistungsaustausch bildeten: Kommanditgesellschaft und Reederei, Handelsregister und Markenrecht, Bankwesen und doppelte Buchführung, Zahlungsverkehr und Wertpapiere, um nur einige zu nennen⁶². Diese Rechtsinstitute ermöglichten erst die Arbeitsteilung und Mobilisierung der europäischen Wirtschaftsgesellschaft und zeugen von der beeindruckenden Leistungsfähigkeit des mittelalterlichen *law merchant*. Parallel zur Entwicklung des Seehandels verbreitete es sich von Italien über Frankreich, Spanien, Deutschland, England bis hin in die

⁵⁸ Vgl. Goldman, *Lex mercatoria*, S. 3.

⁵⁹ Auf das mittelalterliche *law merchant* beziehen sich auch die Ausdrücke *lex mercatoria*, *ius mercatorum*, *ius mercatorium*, *ius mercati*, *ius fori*, *ius forense*, *ius negotiatorum*, *ius negotiale*, *stilus mercatorum* oder *ius nundiarum*, vgl. mit entsprechenden Nachweisen De Ly, *International Business Law*, Rn. 20, Fn. 33.

⁶⁰ Schmitthoff, *A New Law Merchant*, S. 20, 21; ders., *Commercial Law in a Changing Economic Climate*, S. 2; ders., *Unification*, S. 6.

⁶¹ Dazu zählen etwa Lorenz, FS Neumayer, S. 407; Bärmann, FS Mann, S. 547; Stein, *Lex Mercatoria*, S. 4; Goldstajn, *Lex mercatoria and the CISG*, S. 241; Ferrari, *Georgia Journal of International and Comparative Law* (1994-95), S. 138 ff.; Bärmann, FS Mann, S. 547, 555; kritisch und sehr ausführlich: Volckart/Mangels, *Has the Modern Lex Mercatoria really Medieval Roots?*; ablehnend: De Ly, *International Business Law*, Rn. 27.

⁶² Vgl. Bärmann, FS Mann, S. 547, 556 ff.

nordeuropäischen Städte wie die uralte Handelsmetropole Wisby auf Gotland⁶³.

Die mittelalterliche *lex mercatoria* war kein formelles Recht. „Lex“ ist hier nicht im Sinne einer hoheitlichen, von einem zentralen Rechtssetzungsorgan auferlegten Ordnung zu verstehen. Vielmehr handelte es sich, wie bereits Malynes feststellte, um „a Customary Law approved by the Authority of all Kingdoms and Commonwealths, and not a Law established by the Sovereignty of any Prince, either in the first foundation or, by continuance of time“⁶⁴. Eine Kodifikation des Handelsrechts gab es nirgends; was niedergeschrieben war, waren Gewohnheiten, Übung und Handelsbräuche, die innerhalb des Kaufmannsstandes anerkannt waren und gehandhabt wurden⁶⁵. In der Regel wurde dieses Recht jedoch mündlich überliefert und durch die stillschweigende Akzeptanz durch die Kaufleute bei ihren täglichen Geschäften gefestigt⁶⁶.

Zur Einheitlichkeit des *law merchant* trug bei, dass die horizontale Unterteilung der Gesellschaft durch Zugehörigkeit zu einer Nation damals weniger signifikant war als deren vertikale Aufspaltung als Folge der allgemeinen Akzeptanz des Standeswesens⁶⁷. Die Kaufleute, gleichgültig welcher Nation, bildeten im Mittelalter einen eigenen Stand, der sich deutlich von den übrigen abhob⁶⁸. Sie verbanden nicht nur die gleichen Notwendigkeiten und Gewohnheiten, sondern auch eine vergleichbare Mentalität⁶⁹. Schmitthoffs Einschätzung trifft also zu, wenn er das mittelalterliche *law merchant* beschreibt als „a body of truly international customary rules governing the cosmopolitan community of international

⁶³ Vgl. v. Caemmerer, *The Influence of the Law of International Trade*, S. 88; Bärmann, FS Mann, S. 547, 556.

⁶⁴ Malynes, *Consuetudo*, im Vorwort „To the Reader“, ohne Seitenzählung.

⁶⁵ Vgl. Bärmann, FS Mann, S. 547, 558.

⁶⁶ Vgl. Schmitthoff, *Commercial Law in a Changing Economic Climate*, S. 2.

⁶⁷ Vgl. Schmitthoff, *Unification*, S. 6.

⁶⁸ Vgl. Holdsworth, *A History of English Law*, S. 300.

⁶⁹ Vgl. Bärmann, FS Mann, S. 547, 559.

merchants who travelled through the civilised world from port to port and fair to fair, wherever business offered itself⁷⁰.

Hervorzuheben ist die Rolle, die England bei der Entwicklung des law merchant gespielt hat. Das common law vermochte nur einen Teil der in England zur Anwendung kommenden handelsrechtlichen Regeln zur Verfügung zu stellen. Es war mit seinem Jury-System und seinem strengen Formalismus für die Bedürfnisse des Handels zu starr und erwies sich diesbezüglich auch materiell als wenig geeignet: Es hatte ein eigenes Handelsrecht kaum entwickelt und bot Fremden bis ins 13. Jahrhundert hinein - vergleichbar mit der durch das Personalitätsprinzip bedingten Rechtslage im alten Rom - keinerlei Rechtsschutz⁷¹. Rechtsfragen, die sich außerhalb des common law bewegten, konnten von den klassischen common law - Gerichten aufgrund ihres entgegenstehenden Verfahrensrechts nicht entschieden werden⁷². Neben dem common law gab es daher eine Reihe weiterer Rechtsgebiete, die von verschiedenen Sondergerichten verwaltet wurden. Die Frage nach dem anwendbaren Recht stellte sich also vornehmlich als eine Frage nach dem zuständigen Gericht⁷³. Das Nebeneinander der Sondergerichte und der common law courts erwies sich verständlicherweise keineswegs als harmonisch, sondern war von einem lebhaften Kampf um die gerichtliche Zuständigkeit geprägt⁷⁴. Für Handelssachen entwickelten sich an den wichtigsten Handelsplätzen kaufmännische Sondergerichte, deren Rechtsprechung nicht auf dem common law, sondern auf dem „secundum legem mercatoriam“⁷⁵ fußte. Mit ihrem schnellen Verfahren und einer Jury, die zur Hälfte mit ausländischen Händlern besetzt war, erwiesen sich diese

⁷⁰ Schmitthoff, A New Law Merchant, S. 20, 22.

⁷¹ Vgl. v. Bar, IPR I, § 2, Rn. 11; Zweigert/Kötz, Einführung, S. 226; zum römischen Recht s. oben, Text um Fn. 42.

⁷² Vgl. Lorenz, FS Neumayer, S. 407. Zu den strengen Regeln der proper venue of the jury s. v. Bar, IPR I, § 2, Rn. 10.

⁷³ Vgl. v. Bar, IPR I, § 2, Rn. 8.

⁷⁴ Vgl. Goode, FS Reynolds, S. 245, 246; Zweigert/Kötz, Einführung, S. 226.

⁷⁵ So versprach es ausländischen Kaufleuten im Jahre 1303 die Carta Mercatoria, vgl. Holdsworth, A History of English Law, S. 311.

Sondergerichte als für den internationalen Handel besonders geeignet⁷⁶. Mit dem im Jahre 1353 ergangenen Statute of Staple konnten in den Städten mit Marktrecht weitere Spezialgerichte, die staple courts, eingerichtet werden. Je nach Herkunft der Parteien war diesen sogar möglich, die Gerichtsbarkeit allein durch ausländische Richter und eine ausschließlich aus Ausländern bestehende Jury auszuüben⁷⁷. Aufgrund der Interpretation von Sir Edward Coke erlangten die sog. „piepowder courts“ Berühmtheit, deren Bezeichnung darauf zurückzuführen sei, dass sie geurteilt hätten, noch bevor den Kaufleuten der Staub von den Füßen gefallen sei⁷⁸. Auch in diesen Gerichten saßen sog. half-tongue juries, d.h. die Jury war zur Hälfte mit einheimischen, zur anderen Hälfte mit ausländischen Kaufleuten besetzt⁷⁹. Diese handelsrechtlichen Schnellgerichte entfernten sich materiell wie prozessual am weitesten vom common law und wandten ein nach ihrer eigenen Einschätzung europaweit anerkanntes Handelseinheitsrecht an - die lex mercatoria⁸⁰. Später entstand als weiteres Spezialgericht für Handels- und seerechtliche Streitigkeiten der Court of Admiralty⁸¹.

Zur grenzüberschreitenden Einheitlichkeit der mittelalterlichen lex mercatoria trugen also mehrere Faktoren bei: Die Universalität der Bräuche des Handelsstandes zu Land und zur See, die daraus folgende Angleichung des Rechts der verschiedenen Handelsplätze und deren Förderung durch die besonderen Gerichte, denen die Rechtsprechung über handelsrechtliche Streitigkeiten oblag.

⁷⁶ Sog. half-tounge-jury, vgl. Schmitthoff, *RabelsZ* 28 (1964), S. 47, 49; ferner v. Bar, *IPR I*, § 2, Rn. 11.

⁷⁷ Vgl. v. Bar, *IPR I*, § 2, Rn. 11.

⁷⁸ Vgl. Schmitthoff, *Commercial Law in a Changing Economic Climate*, S. 4, der es jedoch für wahrscheinlicher hält, dass der Begriff eine Wortveränderung von „prud’homme“ (Beisitzer) ist.

⁷⁹ Vgl. Schmitthoff, *A New Law Merchant*, S. 20, 23.

⁸⁰ Schmitthoff sieht darin eine Parallele zur heutigen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, vgl. Schmitthoff, *Commercial Law in a Changing Economic Climate*, S. 4; ders., *A New Law Merchant*, S. 20, 24.

⁸¹ Vgl. umfassend zu der Entwicklung der Handelsgerichtsbarkeit und den Courts of Special Jurisdiction in England: Holdsworth, *A History of English Law*, S. 301 ff.; zum Court of Admiralty s. insbesondere S. 313 ff.

c. Phase der Nationalisierung und Kodifizierung

Seinen Niedergang erlebte das law merchant einerseits durch die weitgehende Übernahme des Handelsrechts ins common law und andererseits mit den Kodifizierungsbestrebungen einzelner Nationen und der damit einhergehenden Absorption des law merchant in die verschiedenen nationalen Handelsrechtskodifikationen⁸². Diese Entwicklung erfolgte in den einzelnen Ländern nicht einheitlich, so dass sich sowohl Form und Inhalt als auch die politische Zielsetzung der einzelnen Gesetzeswerke erheblich voneinander unterscheiden⁸³.

aa. Common law

In England, der ersten bedeutenden Industrienation Europas⁸⁴, führte Lord Mansfield bereits 1765 die Handelsgerichtsbarkeit der allgemeinen Gerichtsbarkeit zu, indem er das law merchant in das common law inkorporierte⁸⁵. Dahinter standen nicht politische, sondern vielmehr (prozess-)ökonomische Erwägungen: Mansfield hielt es für einen Anachronismus, dass vor den Gerichten des common law für jeden Einzelfall spezifisch das Bestehen, der Inhalt und die Tatsache universaler Akzeptanz eines Handelsbrauchs bewiesen werden mussten. Seine Bemühungen zielten auf die Schaffung eines modernen, logischen und gerechten Handelsrechts, das zugleich mit dem common law harmonisieren und hergebrachte Handelsbräuche berücksichtigen sollte, wobei ein Hauptaugenmerk auf der Vereinfachung des Verfahrens lag⁸⁶.

bb. Civil law

Für den Niedergang des law merchant auf dem Kontinent stehen die ersten drei großen Kodifikationen, die alle um 1800 entstanden: Das Preußische

⁸² Vgl. Schmitthoff, *RabelsZ* 28 (1964), S. 47, 49.

⁸³ Vgl. Schmitthoff, *A New Law Merchant*, S. 20, 25.

⁸⁴ Vgl. Schmitthoff, *Commercial Law in a Changing Economic Climate*, S. 6.

⁸⁵ Vgl. v. Caemmerer, *The Influence of the Law of International Trade*, S. 88, 89; Bärmann, *FS Mann*, S. 547, 557. Lord Mansfield qualifizierte in *Pillans v. van Mierop, King's Bench, 3 Burrow's Rep. 1663 (1765)* Handelsgewohnheiten als von Amts wegen zu beachtendes Recht und stellte dessen Anwendbarkeit nicht nur für Kaufleute, sondern für alle Bürger fest.

⁸⁶ Vgl. Schmitthoff, *A New Law Merchant*, S. 20, 26.

Allgemeine Landrecht von 1794⁸⁷, der französische code civil von 1804 und das österreichische ABGB von 1811⁸⁸. Diesen Beispielen folgten später die übrigen kontinentaleuropäischen Länder⁸⁹, so dass die drei Gesetzeswerke auch als die „Urwelle“ der Kodifikation bezeichnet wurden⁹⁰. Grund für die Kodifikationsbestrebungen war eine durch die Philosophie der Aufklärung beeinflusste grundlegende Änderung des Verständnisses von der Legitimation des Rechts. Nicht die Erkenntnis der rechtlichen Vernunft verpflichtete Rechtswissenschaft und die durch die Rechtsprechung erfolgende Fortbildung des Rechts, sondern der Staat als Gesetzgeber sollte zum entscheidenden Faktor der Rechtsbildung werden⁹¹. Dieses Verständnis beruhte auf der Idee einer vom Menschen geschaffenen, sittlich-vernünftigen Gesellschaftsordnung und stand somit im Einklang mit der Schule der Rationalisten des 17. Jahrhunderts, welche lehrte, dass die menschliche Vernunft imstande sei, menschliche Beziehungen in vollkommener Weise zu regeln⁹². Auf der Grundlage dieser Anschauung entwickelte sich die Lehre von der Kodifikation, die den Höhepunkt der Nationalisierung des Handelsrechts einleitete: Die Kodifikation beruhte auf einem bewussten Schöpfungsakt eines nationalen Gesetzgebers, der alle Regeln, die für einen bestimmten Lebensbereich gelten sollten, in einem Gesetzbuch zusammengefasst hatte. Begünstigt wurde die Durchsetzung durch die seit der Zeit des Absolutismus fortschreitende Etablierung zentralistischer Macht, gepaart mit einem elementaren Stolz auf die Nation⁹³. Die Schaffung der großen nationalen Kodifikationen stand also in einem Wechselbezug zu einem geänderten, „nationalisierten“ Rechtsdenken, wie wir es auch heute noch

⁸⁷ In Deutschland begann die Entwicklung mit der Einführung des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794, das sich in mehreren Abschnitten dem Handelsrecht widmete und verlief über das Wechselgesetz von 1848, das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861 bis hin zum HGB von 1897, das zusammen mit dem BGB am 1.1.1900 in Kraft trat, vgl. Kappus, *Lex mercatoria*, S. 44; v. Caemmerer, *The Influence of the Law of International Trade*, S. 88, 90.

⁸⁸ Vgl. dazu v. Bar, *IPR I*, § 6, Rn. 41 ff.; Kropholler, *IPR*, S. 14.

⁸⁹ Vgl. Wieacker, *FS Zweigert*, S. 575, 589 ff.

⁹⁰ Zweigert/Puttfarcken, *FS Zajtay*, S. 569, 571.

⁹¹ Vgl. Coing, *Von Bologna bis Brüssel*, S. 9.

⁹² Vgl. Schmitthoff, *RabelsZ* 28 (1964), S. 47, 50.

⁹³ Vgl. Coing, *Von Bologna bis Brüssel*, S. 9 ff., Schmitthoff, *Unification*, S. 5: „...national state as the highest expression of human organisation.“

gewohnt sind. Mit der Zunahme nationaler Kollisionsrechte und der damit verbundenen Unterwerfung internationaler Sachverhalte unter nationales Sachrecht erreichte die Nationalisierung des Handelsrechts im 19. Jahrhundert ihren Höhepunkt⁹⁴.

d. Resümee

Mit der Nationalisierung und Kodifizierung fand auch die Idee der *lex mercatoria* ihr vorläufiges Ende. Ein universelles und anpassungsfähiges Handelseinheitsrecht transnationaler Herkunft, das sich durch die Anwendung in der Praxis weiter entwickelte und auf diese Weise den besonderen Regelungsbedürfnissen des internationalen Handels gerecht wurde, gab es nicht mehr. Recht und Wirtschaft befanden sich seither in einem paradoxen Spannungsfeld von zunehmender Abschottung der nationalen Rechtsordnungen einerseits und gleichzeitiger Zunahme internationaler wirtschaftlicher Interdependenzen durch die Erste Industrielle Revolution andererseits. Eine völlig einseitige Betrachtung dieser Entwicklung verbietet sich indes: Durch den Rückgriff auf bestehendes Gewohnheitsrecht bei der Kodifikation des Handelsrechts sowie der Einbettung des *law merchant* in das *common law* lebten die Wirkungen der mittelalterlichen *lex mercatoria* – wenn auch nunmehr abhängig vom Willen der Territorialgesetzgeber – dennoch fort⁹⁵. Zudem wurde die neue Disziplin der Rechtsvergleichung geboren, die sowohl den nationalen Gesetzgebern als auch den Rechtsanwendern wertvolle Denkanstöße zu den zahlreichen durch die fortschreitende Industrialisierung aufkommenden Rechtsproblemen bieten

⁹⁴ Vgl. Schmitthoff, FS Dölle, S. 257, 260 ff.; Kropholler, IPR, S. 13 ff.; ausführlich zur Entwicklung nationaler Internationalprivatrechte: v. Bar, IPR I, § 6, Rn. 30 ff. Bedeutsam war in diesem Zusammenhang v. Savignys „Sitztheorie“. Methodischer Ansatz des IPR ist danach der juristisch relevante Sachverhalt mit Auslandsberührung, der nach räumlichen Kriterien zu lokalisieren ist. Ein jedes Rechtsverhältnis hat danach seinen natürlichen „Sitz“, vgl. v. Savigny, System, S. 28 und 108. Neuhaus, *RabelsZ* 15 (1949/50), S. 364, 366 bezeichnete sie als „kopernikanische Wende“, die sich von der Statutenlehre, die noch die Reichweite des Gesetzes als Ausgangspunkt genommen hatte, abwandte. Vgl. zu diesem Wechsel in der „Fragestellung des IPR“ auch Kropholler, IPR, S. 15 ff.

⁹⁵ Vgl. Schmitthoff, *Commercial Law in a Changing Economic Climate*, S. 20; Stein, *Lex mercatoria*, S. 17; Juenger, FS Rittner, S. 233, 235.

und einen gewissen internationalen Bezug bei der Schaffung von Lösungsmodellen herstellen konnte⁹⁶.

II. Die „moderne“ lex mercatoria - Das Regelungsproblem

1. Über den Zeitpunkt

Mitte der fünfziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts wurde das Phänomen *lex mercatoria* „wieder entdeckt“ und die Kontroverse um ein nicht-nationales oder „autonomes“ Welthandelsrecht erreichte ein an Leidenschaft und Unversöhnlichkeit bis dahin nicht gekanntes Ausmaß⁹⁷. Sie fiel damit in eine Zeit, in der sich der Welthandel in einem gewaltigen Aufschwung befand. Ein Blick auf den Verlauf des Weltexportvolumens zeigt, dass sich dieses in der Zeit von 1950 bis 1980 verdreißigfacht hat⁹⁸.

Sucht man allerdings nach weitergehenden Gründen für diese Wiederentdeckung, so erscheint ihr Zeitpunkt reichlich spät, denn bereits 80 Jahre früher, in den siebziger Jahren des 19. Jahrhunderts, traten Anzeichen von Schwächen der rechtlichen Rahmenbedingungen für den internationalen Handel zu Tage. Der durch die nationalen Kodifikationen bewirkte Verlust der Einheitlichkeit des Handelsrechts und seine Unterwerfung unter die staatliche Rechtsprechung wurden von den am Welthandel beteiligten Kreisen als Manko empfunden. Um der Unterwerfung unter staatliches Recht zu entkommen, schufen sog. „Branchenvereine“ oder „Associations“ hochspezialisierte, auf die Bedürfnisse der jeweiligen Handelszweige zugeschnittene Formular- und Musterverträge, die mittels Schiedsklauseln weitestmöglich der staatlichen Gerichtsbarkeit entzogen waren⁹⁹. Der

⁹⁶ Coing, Von Bologna bis Brüssel, S. 12.

⁹⁷ Lagarde, FS Goldman, S. 125, bezeichnet die Auseinandersetzung als „Grabenkrieg“; weitere Beispiele für die oft militarisierte Sprache einzelner Autoren sind „bataille judiciaire autour de la ‚lex mercatoria‘ (Goldman, RdA 1983, S. 379) oder das „Waterloo of the New Lex Mercatoria“ (Karnell, Svensk Juristtidning 66 (1981), S. 427, der sich auch auf S. 437 militaristischer Metamorphorik bedient).

⁹⁸ S. Weise, *Lex mercatoria*, S. 15.

⁹⁹ Bekannt sind die Musterverträge und Standardbedingungen des Vereins der Getreidehändler der Hamburger Börse von 1868 oder der London Corn Trade Association von 1877; eine Übersicht der Branchenvereine dieser Zeit findet sich bei Großmann-Doerth, *Das Recht des Überseeverkehrs*, Bd. 1, S. 71 f.

entstehende Widerspruch zwischen der Internationalität der Wirtschaft und der Nationalität des Rechts beschäftigte bald auch die Wissenschaft. In seiner Dissertation über ein „droit corporatif international“ im Sinne eines selbst geschaffenen Rechts der am internationalen Seidenhandel beteiligten Wirtschaftsverbände suchte Ishizaki bereits 1928 nach Gründen für die Entwicklung dieses Brancheneinheitsrechts¹⁰⁰. Die Ergebnisse seiner Untersuchung fasst Stein zusammen als „das vollständige Fehlen spezifischer Normen, die mangelnde Eignung der nationalstaatlichen Rechte für den grenzüberschreitenden Handel oder die Dysfunktionalität einzelner ihrer Regelungen für die besonderen ökonomischen Bedingungen und Bedürfnisse der internationalen Beziehungen einerseits, die Schwerfälligkeit, Unkundigkeit und mangelnde Flexibilität staatlicher Rechtsprechung andererseits.“¹⁰¹ Wenig später, 1929, prägte Großmann-Doerth den Begriff des „autonomen Rechts des Welthandels“¹⁰². Rabel attestierte dem internationalen Handel 1936 eine „eigene Rechtsordnung, die sich mehr oder weniger von den Landesrechten und vom internationalen Privatrecht losgelöst hat“¹⁰³. Die Bestrebungen des internationalen Handels, seine Rechtsbeziehungen weitgehend autonom zu regeln, wurden in dieser Zeit auch von Cesarini Sforza (1929)¹⁰⁴, Löning (1930)¹⁰⁵, Fränkel (1930)¹⁰⁶, und Lambert (1934)¹⁰⁷ zum Anlass mehr oder weniger umfassender Studien genommen.

Dies führt zu der oben gestellten Frage zurück, warum die lex mercatoria - Debatte erst rund 30 Jahre später ihren Höhepunkt erreichte. Die Antwort liegt im Wandel des juristischen Zeitgeists: In den von anhaltender Kodifizierungseuphorie geprägten Dreißigern dominierte der Glaube an den

¹⁰⁰ Ishizaki, *droit corporatif international*.

¹⁰¹ Stein, *Lex mercatoria*, S. 18.

¹⁰² Großmann-Doerth, *JW* 1929, S. 3447.

¹⁰³ Rabel, *Das Recht des Warenkaufs*, Bd. 1, S. 36.

¹⁰⁴ Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, S. 87 ff.

¹⁰⁵ Löning, *Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht* 20 (1930), S. 13 ff.

¹⁰⁶ Fränkel, *RabelsZ* 4 (1930), S. 239 ff.

¹⁰⁷ Lambert, *FS Gény*, Bd. 3, S. 478, 498. Wie Ishizaki benutzte er den Begriff des „droit corporatif“; vgl. auch De Ly, *International Business Law*, Rn. 321 m.w.N.

Erfolg internationaler legislativer Rechtsvereinheitlichung. Die durch die Unterwerfung internationaler Sachverhalte unter nationales Recht entstehenden Probleme wurden nicht als Schwäche des kollisionsrechtlichen Systems angesehen, sondern als „empirische Triebfeder“ für eine Weiterverfolgung der Kodifikationsbemühungen der internationalen Gesetzgebung und blieben so ohne wesentlichen Einfluss auf die wissenschaftliche Diskussion¹⁰⁸.

2. Das tatsächliche Umfeld - Die „besonderen Bedürfnisse des internationalen Handels“

Im Schrifttum zum internationalen Handelsrecht wird immer wieder pauschal auf die „besonderen Bedürfnisse des internationalen Handels“ hingewiesen, ohne dass diese im Einzelnen benannt oder näher charakterisiert würden¹⁰⁹. Diese Besonderheiten aber sind es, die Ausgangspunkt und Rechtfertigung einer jeden Untersuchung der *lex mercatoria* darstellen. Wichtiger noch: Sie sind es, an denen sich das Ergebnis solcher Untersuchungen letztlich messen lassen muss, wenn es sich dem Vorwurf entziehen will, allein die „Kopfgeburt professoraler Studierstubenweisheit“ oder ein „Tummelplatz für akademische Schaukämpfe“¹¹⁰ zu sein. Daher soll hier schlagwortartig zumindest ein Eindruck von der im Vergleich zu binnenwirtschaftlichen Transaktionen besonderen Situation beim grenzüberschreitenden Warenkauf gegeben werden.

a. Sprache und Kommunikation

Kommunikation ist konstitutives Element eines jeden Vertrages und auch für dessen Durchführung zumeist unerlässlich. Im grenzüberschreitenden Verkehr sieht sie sich vielfältigen Hindernissen ausgesetzt, die sich vornehmlich aus der Kombination von Distanz und Sprachdifferenzen ergeben. Verschärft wird die Problematik, sobald Fristen einzuhalten sind: Zum einen dauert die ggf.

¹⁰⁸ Vgl. v. Bar, IPR I, § 2, Rn. 20; Stein, *Lex mercatoria*, S. 182.

¹⁰⁹ Bucher, *Transnationales Recht im IPR*, S. 11, 12 und 52; Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 9; v. Hoffmann, FS Kegel, S. 215, 219; Grundmann, FS Rolland, S. 145, 153; Schmitthoff, *RabelsZ* 28 (1964), S. 47, 58 spricht von diesbezüglich von „Realitäten“, meint aber dasselbe.

¹¹⁰ Stein, *Lex mercatoria*, S. 8.

erforderliche körperliche Zustellung von Dokumenten ungleich länger als im Binnenverkehr - was möglicherweise ein Bedürfnis nach der Anpassung von Fristen an internationale Anforderungen mit sich bringt. Zum anderen kann für alle Vertragsvereinbarungen mit Geschäftspartnern im Ausland die Verwendung einer fremden Sprache Schwierigkeiten bereiten und somit zu Verzögerungen führen. Auch die Erfassung des einschlägigen rechtlichen Regelungsrahmens kann sich als fehleranfällig erweisen. Dabei muss nicht die fehlende Sprachkompetenz an sich die Hauptgefahrenquelle darstellen, insbesondere ist die Gefahr unterschiedlicher Bedeutung scheinbar bekannter Rechtsbegriffe in verschiedenen Rechtsordnungen, sog. „faux amis“, hervorzuheben¹¹¹. Auch hilft die sprachlich korrekte Erfassung eines Gesetzestexts dann nicht weiter, wenn sich dessen ratio nicht aus dem Text selbst, sondern nur aus dem Verständnis entstehungsgeschichtlich bedingter nationaler Besonderheiten heraus erschließt¹¹². An dieser Stelle wird ein Bedürfnis nach einem einheitlichen, von nationalen Eigenheiten befreiten, gemeinsamen Regelungsrahmen offenkundig, um Handelshemmnisse insbesondere für kleinere oder mittlere Unternehmen abzubauen¹¹³.

b. Form

Im internationalen Handel sind Formvorschriften besonders schwer zu handhaben. Anders als materielle Voraussetzungen, die sich bei fremden Normen möglicherweise noch aus dem jeweiligen Regelungszweck ableiten lassen, stehen die exakten Voraussetzungen zur Einhaltung einer Formvorschrift zumeist in keinem direkten Sinnzusammenhang mit dem verfolgten Zweck und lassen sich entsprechend schwer ermitteln. Zudem bringen immer neue Kommunikationsmittel oftmals spezielle Regelungen für

¹¹¹ Anschaulich über die Gefahren, die sich aus der Verwendung von vermeintlich bekannten Ausdrücken ergeben: Rogers, *Beware of Faux Amis*, S. 29 ff.

¹¹² So Tunc, *Commentary*, S. 355, 358: „[...] municipal laws [...] also involve a variety of difficulties for foreigners. In the first place, many are difficult to ascertain. [...] Moreover, even if these laws are on the whole satisfactory, they always involve peculiarities to be explained by history, but which have little rational justification. The application of these peculiar rules to a foreign party often results in snares and traps”.

¹¹³ Vgl. Tunc, *Commentary*, S. 355, 358; Lando, *Salient Features*, S. 157, 158 f.

Formfragen mit sich¹¹⁴. Die mit der Ermittlung der exakten Anforderungen ausländischer Formvorschriften verbundenen Schwierigkeiten wurden schon bei den Vorarbeiten zum CISG als erhebliches Handelshemmnis angesehen¹¹⁵.

c. Grenzüberschreitender Transport

In der internationalen Vertragspraxis ist die Gefahr unvorhergesehener Ereignisse größer als im ausschließlich nationalen Wirtschaftsverkehr. Waren, die sich im internationalen Transit befinden, sind hinsichtlich Verlusts, Beschädigung oder Verzögerung ungleich höheren Risiken ausgesetzt als dies im Binnenverkehr der Fall wäre. Die Überwindung langer Distanzen kann einen kombinierten Transport mit verschiedenen Verkehrsmitteln, ggf. unter Zusammenwirken verschiedener Unternehmen erfordern. Die grenzüberschreitende Beförderung kann trotz eines einheitlichen Frachtvertrages verschiedenen Regeln verschiedener nationaler Rechte der jeweiligen Streckenabschnitte unterliegen. Gleiches gilt für an den Waren ggf. bestehende Sicherungsrechte¹¹⁶. Bedingt durch das Überschreiten nationaler Grenzen oder gemeinsamer Zollgrenzen können sich durch hoheitliches Eingreifen Verzögerungen bis hin zum Einfuhrverbot ergeben. Auch hier verschärft sich die Problematik bei einzuhaltenden Lieferfristen. Je komplizierter und riskanter der Transport ist, desto mehr gewinnen zudem Gefahrtragungsfragen an Bedeutung. Zeit-, kosten- und risikointensiv gestaltet sich im internationalen Verkehr auch die Rückabwicklung eines Vertrages bei Leitungsstörungen - insbesondere dann, wenn die Waren sich bereits im Transit oder beim Käufer befinden. Umstände, die im nationalen Kontext eine Aufhebung des Vertrages oder Ersatzlieferung rechtfertigen würden, können im grenzüberschreitenden Handel bei interessengerechter

¹¹⁴ S. beispielsweise die zahlreichen Änderungen im deutschen Recht durch das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 13. Juli 2001 (BGBl. I, S. 1542); vgl. ferner Bonell, International Restatement, S. 35.

¹¹⁵ Vgl. UNCITRAL Yb. II (1971), S. 61, Nr. 119.

¹¹⁶ Vgl. Bucher, Transnationales Recht im IPR, S. 11, 15; ausführlich zum Transport im grenzüberschreitenden Handel: Day, The Law of International Trade, S. 11 ff.; zu den internationalprivatrechtlichen Problemen solcher multimodaler Transportverträge: Otte, FS Kegel, S. 141 ff.

Abwägung zu dem Ergebnis führen, dass der Vertrag an die veränderten Umstände angepasst wird oder diese Umstände sogar vom Vertragspartner hinzunehmen sind¹¹⁷.

d. Verträge Privater mit Staaten oder staatlichen Unternehmen

Es kann mit dem Souveränitätsverständnis eines Staates kollidieren, sich für Abschluss und Durchführung eines Vertrages dem Recht eines anderen Staates unterzuordnen. Ebenso kann sich ein staatliches Unternehmen aufgrund politischer Abhängigkeiten gehindert sehen, sich einem ausländischen staatlichen Recht zu unterwerfen¹¹⁸. Umgekehrt wird auch ein privater Investor selten gewillt sein, Verträge, die er mit ausländischen Regierungen schließt, dem Recht seines Vertragspartners zu unterstellen: Dieser Staat wäre in diesem Fall Vertragspartner und Gesetzgeber zugleich. In letzterer Funktion könnte er durch später erlassene, aber rückwirkende Gesetze seine eigenen Verpflichtungen gegenüber dem ausländischen Kontrahenten zu dessen Lasten ändern - für den Vertragspartner eine durchaus nicht nur theoretische Gefahr¹¹⁹. Ähnliches gilt für staatsnahe Unternehmen, die zwar als eigenständige juristische Personen konstituiert, aber faktisch vom Staat abhängig sind. Hier kann der Extremfall eintreten, dass der Staat durch gezielte Modifikationen des gesetzlichen Regelungsrahmens „seinem“ Unternehmen die Möglichkeit verschafft, unter Berufung auf höhere Gewalt seinen Verpflichtungen nicht mehr nachzukommen¹²⁰. Die Unterwerfung unter nationales Recht kann so zum ökonomisch nicht mehr kalkulierbaren Risiko werden¹²¹.

¹¹⁷ Diese Überlegung liegt dem im internationalen Vertragsrecht anzutreffenden Prinzip des favor contractus zugrunde, vgl. Berger, ZVglRWiss 94 (1995), S. 217, 218; Bucher, Transnationales Recht im IPR, S. 11, 15 f.; Bonell, International Restatement, S. 117 ff. Das CISG hält in Art. 25 eine entsprechende Regelung bereit, vgl. dazu Audit, The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria, S. 173, 183 f.

¹¹⁸ Vgl. v. Hoffmann, FS Kegel, S. 215, 225.

¹¹⁹ Vgl. Bucher, Transnationales Recht im IPR, S. 11, 14; Nygh, Autonomy, S. 192; Kropholler, IPR, S. 96; Lorenz, RIW 1987, S. 569, 573.

¹²⁰ Kritisch dazu Hermann, Disputes between States and Foreign Companies, S. 250, 257.

¹²¹ Vgl. Stein, Lex mercatoria, S. 28.

e. Bedürfnis nach Anpassungsfähigkeit des Rechts

Das Handelsrecht ist der sich am schnellsten entwickelnde und gleichzeitig entwicklungsbedürftigste Teil des Privatrechts. Der interne wie der internationale Handel bringen laufend neue Vertragstypen, Finanzierungs- und Sicherungsinstrumente hervor, bedienen sich neuer Kommunikationsmittel und schaffen neue Strukturen von Handelspartnerschaften¹²². Mit der Geschwindigkeit dieser Entwicklungen können nationale Gesetzgeber oftmals nicht mithalten¹²³. Der internationale Handel bedarf also eines anpassungsfähigen rechtlichen Rahmens, der neuen Entwicklungen angemessen Rechnung trägt.

f. Bedürfnis nach einheitlichem Recht

Es wäre falsch, ein pauschales Idealbild eines in allen Teilbereichen weltweit vereinheitlichten Privatrechts zu zeichnen¹²⁴. Die Sozialbezogenheit des Rechts bringt es mit sich, dass auf die kulturelle, historische, soziale und wirtschaftliche Vielfalt der verschiedenen Nationen Rücksicht zu nehmen ist. Darüber hinaus fehlt es nicht an Stimmen, die gerade in der Vielfalt der Rechtsordnungen ein „Gebot der Gerechtigkeit“¹²⁵ sehen, da nur so ein Gleichgewicht zwischen den unterschiedlichen Besonderheiten der Staaten als „organische Wesen“ hergestellt werden könne¹²⁶. Im grenzüberschreitenden Handel jedoch bestehen unabhängig von der Nationalität der beteiligten Kreise übereinstimmende Regelungsbedürfnisse, die es allein schon in Anbetracht der ständig wachsenden Zahl internationaler Rechtsbeziehungen als ökonomisch bedenklich erscheinen ließen, wenn jeder einzelne Staat diesen durch eine eigene Gesetzgebung begegnete. Rechtsvielfalt führt hier zu Rechtsunsicherheit und durch erhöhte Kosten bereits im Vorfeld der

¹²² Vgl. Goldstajn, *Autonomous Rules*, S. 55, 66. Beispiele bei Siehr, *Sachrecht im IPR*, S. 103, 117.

¹²³ S. dazu unten, Teil I, II.3.b.

¹²⁴ So schon Wieland, *FS Gény*, S. 471, 473: „Allein das künftige einheitliche Weltrecht bleibt eine Utopie, ist ein Traum und nicht mal ein schöner“.

¹²⁵ Kötz, *RabelsZ* 50 (1986), S. 1, 2.

¹²⁶ Lindbach, *Rechtswahl im Einheitsrecht*, S. 53 m.w.N.

Vertragsgestaltung und höhere Risiken durch erschwerte Rechtsfindung während der Vertragsdurchführung zu unerwünschten Handelshemmnissen¹²⁷.

g. Fazit

Dieser knappe Überblick kann und will keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Eine erschöpfende Darstellung würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen¹²⁸. Zudem wurde der Schwerpunkt entsprechend dem thematischen Rahmen der Arbeit auf Konstellationen gelegt, die vornehmlich beim internationalen Warenkauf eine Rolle spielen. Deutlich wird jedoch das Kernanliegen: Der grenzüberschreitende Handel bringt gegenüber dem Binnenhandel eine Reihe von Besonderheiten mit sich, die bei der Erfassung der auftretenden Rechtsprobleme zu berücksichtigen sind, wenn man durch sach- und interessengerechte Lösungen Handelshemmnisse abbauen und so zur Verwirklichung der in der Präambel des CISG niedergelegten Ziele beitragen will¹²⁹.

3. Das rechtliche Umfeld - Die Partikularität des staatlichen Rechts im Gegensatz zur Universalität des internationalen Handels: Das Dilemma der Zwangsnationalisierung internationaler Sachverhalte

a. Kollisionsrecht

aa. Das System: Lokalisierung des internationalen Sachverhalts

Im internationalen Warenkauf können sich Fragen nach dem anwendbaren Recht in vielfältiger Hinsicht stellen, so im Bereich des Gerichtsverfassungs-, Kollisions-, Prozess- und materiellen Rechts. Liegt ein Sachverhalt mit Auslandsberührung vor, so gibt die Antwort auf die Frage nach dem anwendbaren materiellen Recht das Kollisionsrecht. Der fortschreitenden Internationalisierung des Handels und damit der Internationalisierung der

¹²⁷ Vgl. Schmidtchen, *RabelsZ* 59 (1995), S. 56, 71; Lando, *RabelsZ* 56 (1992), S. 261 ff.; Hartnell, 18 *Yale Journal of International Law* (1993), S. 1, 2 f. und unten, Fn. 169.

¹²⁸ Umfassende und aktuelle Darstellung bei Van Houtte, *The Law of International Trade*.

¹²⁹ Vgl. Bucher, *Transnationales Recht im IPR*, S. 11, 15; zur Präambel s. oben, Einleitung, IV.

juristisch zu bearbeitenden Sachverhalte zum Trotz blieb das IPR der Sitztheorie Savignys treu¹³⁰: Sobald sich die Frage nach dem anwendbaren Recht stellt, führen die Kollisionsnormen des IPR des Forumstaates zu einer Lokalisierung des Sachverhaltes innerhalb einer nationalen Rechtsordnung¹³¹.

bb. Lokalisierung und formale Gleichberechtigung: Äußerer Entscheidungseinklang

Als *formales* Ideal des IPR gilt der äußere oder internationale Entscheidungseinklang, also die Idee, dass ein Sachverhalt mit Auslandsberührung überall in der Welt kollisionsrechtlich einheitlich beurteilt und entschieden wird¹³². Belässt man es bei dieser rein formalen Betrachtung, so scheint es zunächst, dass mit der Verwirklichung des äußeren Entscheidungseinklangs ein Beitrag zur Gleichberechtigung im Sinne der Präambel des CISG geleistet werden könne. Aber selbst die Verwirklichung dieses formalen Elements stößt auf Schwierigkeiten:

(1) Das Nebeneinander nationaler Kollisionsrechte

Internationales Privatrecht ist nationales Recht. Zwar bezieht es sich gegenständlich auf internationale Sachverhalte; seiner Quelle und Natur nach ist es jedoch Recht, das von jedem einzelnen Staat seinen eigenen Bedürfnissen entsprechend gestaltet werden kann¹³³. Aus diesem Nebeneinander der unterschiedlichen nationalen Kollisionsrechte folgt, dass in Abhängigkeit von dem Sitz des zuständigen Gerichts auf ein- und denselben Fall unterschiedliches Sachrecht zur Anwendung gelangen kann, was von Land zu Land zu unvereinbaren oder gar gegensätzlichen

¹³⁰ Zur Sitztheorie vgl. oben, Fn. 94. Als Begründer des modernen IPR gelten neben v. Savigny der Amerikaner Story und der Italiener Mancini, vgl. Kropholler, IPR, S. 13. S. zu Story v. Bar, IPR I, § 6, Rn. 37 ff.; zu Mancini v. Bar, IPR I, § 6, Rn. 59 ff.

¹³¹ Vgl. Kropholler, IPR, S. 1; MüKo/Sonnenberger, Einl. IPR, Rn. 231.

¹³² Dies bedeutet nicht, dass auch die materiellrechtliche Beurteilung des Sachverhalts global einheitlich erfolgen soll; diese ist vielmehr dem zur Anwendung gelangenden nationalen Sachrecht vorbehalten, vgl. Kropholler, IPR, S. 35; Juenger, FS Rittner, S. 233, 235 f. Ausführlich zu den internationalprivatrechtlichen Interessen s. Kegel/Schurig, IPR, S. 117 ff. mit der Unterscheidung zwischen Parteiinteressen, Verkehrsinteressen und Ordnungsinteressen. Der äußere Entscheidungseinklang wird den Ordnungsinteressen zugeordnet.

¹³³ Vgl. Kropholler, IPR, S. 8.

Ergebnissen führen kann¹³⁴. Das Ergebnis eines Rechtsstreits kann so schlicht vom zufälligen oder bisweilen sogar vom Kläger geschickt berechnend gewählten Ort des Verfahrens abhängen¹³⁵. Durch das gegenwärtige Nebeneinander nationaler Kollisionsrechte sind wir also von der Verwirklichung des äußeren Entscheidungseinklangs derzeit weit entfernt¹³⁶. Den Parteien, die sich ausschließlich auf die gesetzlichen Regeln verlassen und weder eine Gerichtsstandsvereinbarung noch eine Rechtswahl getroffen haben, fehlt dann bereits im für die Vermeidung von Konflikten entscheidenden Stadium der Vertragsdurchführung jegliche Klarheit über das auf ihren Fall anwendbare Kollisionsrecht - und somit auch über die materielle *lex causae*¹³⁷. Stößt die Vertragsdurchführung auf Probleme, so sind ggf. zu berücksichtigende Obliegenheiten oder zur Verfügung stehende Rechtsbehelfe ebenfalls unklar¹³⁸.

(2) Entscheidungseinklang durch Vereinheitlichung des Kollisionsrechts

Einen Weg, dem Ideal des äußeren Entscheidungseinklangs näher zu kommen, könnte die Vereinheitlichung der nationalen Kollisionsrechte darstellen. Diese hat zum Ziel, für Sachverhalte mit Bezug zu verschiedenen Rechtsordnungen einheitliche Kriterien für die maßgeblichen Anknüpfungen zu verwenden¹³⁹. Dennoch kann die Ermittlung des anwendbaren Sachrechts auch bei vereinheitlichtem IPR Schwierigkeiten bereiten. Beispielsweise

¹³⁴ Vgl. Tunc, Commentary, S. 355, 358.

¹³⁵ Vgl. Juenger, FS Rittner, S. 233, 236. Zum sog. „forum shopping“ s. unten, Fn. 148.

¹³⁶ Dementsprechend bezeichnet Kegel, IPR, S. 112 die Territorialität des IPR als „Krebsschaden des IPR“.

¹³⁷ So auch Martiny, Private and Commercial Law Rules Under Global Transactions, S. 123, 128.

¹³⁸ Kritisch dazu Hobhouse, The Law Quarterly Review 106 (1990), S. 530, 532.

¹³⁹ Vgl. zu den Vereinheitlichungsbemühungen im IPR Kropholler, IPR, S. 39 ff. und 56 ff. Für Europa ist das Römische Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von 1980, (EVÜ; Konsolidierte Fassung in ABl. EG vom 26.01.1998, C 27, S. 34 ff.) hervorzuheben, das in Deutschland jedoch nicht unmittelbar in Kraft ist, sondern bei gleichzeitigem Ausschluss seiner Anwendbarkeit (vgl. Art. 1 Abs. 2 des Zustimmungsgesetzes) im Zuge der IPR-Reform 1986 im Wesentlichen in Artt. 27-37 EGBGB eingearbeitet wurde. Dies ändert nichts daran, dass für die Auslegung dieser Regelungen deren staatsvertragliche Herkunft zu berücksichtigen ist (Art. 36 EGBGB). Eine synoptische Darstellung des EVÜ in deutscher, englischer und französischer Sprache findet sich bei Czernich/Heiss/Heiss, EVÜ, im Anhang, S. 333 ff.

bleibt bei der Anwendung der verbreiteten *closest connection rule*¹⁴⁰ offen, welchen Bestandteilen eines oft hochkomplexen bi- oder multilateralen Vertragswerkes eine Indizfunktion für eine „engste Verbindung“ mit einem bestimmten Land zukommen soll und welchen nicht¹⁴¹. Zu denken ist beispielsweise an die Konsortialverträge des internationalen Anlagebaus oder des Technologietransfers¹⁴². Im Ergebnis weist ein internationaler Vertrag oftmals gleich starke Beziehungen zu zwei oder mehreren Rechtsordnungen auf, so dass es nahezu unmöglich ist, eine engste Verbindung auszumachen¹⁴³. Dennoch muss nach den Regeln des IPR ein eindeutiges Ergebnis nach dem „Alles-oder-nichts-Prinzip“ gefunden werden. Die *closest connection rule* kann daher schon dem Wesen eines internationalen Vertrages nach nur zu einer willkürlichen Schwerpunktbestimmung führen¹⁴⁴.

Dem Ziel des äußeren Entscheidungseinklangs kommt man folglich auch durch Vereinheitlichung des IPR kaum näher.

cc. Lokalisierung und materielle Gleichberechtigung

Oben wurde der äußere Entscheidungseinklang als formales Ideal des Kollisionsrechts vorgestellt. So faszinierend die Idee einer international einheitlichen kollisionsrechtlichen Beurteilung eines Sachverhalts mit Auslandsberührung auch ist - man muss sich die Frage stellen, ob dies - die Erreichung dieses Ideals einmal unterstellt - ein geeignetes Instrument zur Verwirklichung von Gleichberechtigung im Sinne der Präambel des CISG darstellt. Verlässt man nämlich die rein formale Betrachtungsebene, so bestehen daran erhebliche Zweifel, denn „es kommt nicht darauf an, dass man

¹⁴⁰ Sie findet sich etwa in Art. 28 Abs. 1 S. 1 EBGBG und Art. 4 Abs. 1 EVÜ. Dazu ausführlich und mit rechtsvergleichenden Hinweisen Kappus, *Lex mercatoria*, S. 166 ff. Grundlegend zum Prinzip der engsten Verbindung s. Kropholler, IPR, S. 25 ff.

¹⁴¹ Faktoren der engsten Verbindung sind beispielsweise der gewöhnliche Aufenthaltsort (Niederlassung) der Parteien, Erfüllungsort der Leistung, ferner Vertragsabschlussort, Staatsangehörigkeit der Parteien oder sogar die Währung. Im Anwendungsbereich des EVÜ geben Art. 4 Abs. 2-5 allerdings gewisse Vermutungen vor, freilich nicht ohne mit ebenfalls unbestimmten Begriffen wie der „charakteristischen Leistung“ zu operieren.

¹⁴² Beispiele bei Frick, *Arbitration and Complex International Contracts*, S. 4 m.w.N.

¹⁴³ Vgl. v. Hoffmann, FS Kegel, S. 215, 218 f.; Bonell, *RabelsZ* 42 (1978), S. 485, 490.

¹⁴⁴ So auch Bonell, *RabelsZ* 42 (1978), S. 485, 490 mit einem Beispiel in Fn. 15; Vischer, FS Schlechtriem, S. 445, 453; v. Hoffmann, FS Kegel, S. 215, 218 m.w.N.

irgendeine äußere Ordnung hat, sondern die richtige Ordnung¹⁴⁵. Es stellt sich somit die Frage, ob die Unterwerfung eines internationalen Sachverhaltes unter nationales Recht überhaupt die „richtige Ordnung“ bereitstellen kann.

(1) Homeward trend und forum shopping

Schon früh ist es der Wissenschaft aufgefallen, dass ein Richter, der primär in einer - seiner - Rechtsordnung, also i.d.R. der lex fori „heimisch“ ist, eine starke Neigung zeigt, eben zu dieser Rechtsordnung auch die engste Verbindung des Sachverhaltes zu konstruieren¹⁴⁶. Ein solcher homeward trend bringt einen nicht zu unterschätzenden Einfluss der Wahl des Gerichtsstandes auf das in der Sache tatsächlich angewandte Recht mit sich¹⁴⁷. Dieser Zusammenhang bietet den Parteien die Gelegenheit, im Streitfall ein für sie materiell günstigeres Recht durch sog. „forum shopping“¹⁴⁸ zu finden. Möglich wird dies durch die nur vereinzelt verwirklichte zwischenstaatliche Koordination der internationalen Zuständigkeit staatlicher Gerichte. In derselben Streitsache kann unter Umständen eine erhebliche Zahl konkurrierender Gerichtsstände bestehen, insbesondere, wenn an dem Rechtsstreit mehr als zwei Parteien unterschiedlicher Nationalität beteiligt sind¹⁴⁹. Die durch die Territorialität des Handelsrechts bedingten Anreize zum forum shopping stehen mit der Forderung nach Gleichberechtigung in Konflikt, die - festgeschrieben in der Präambel des CISG - zu den normativen Ausgangspunkten dieser Untersuchung gehört. Denn wenn zum Zweck des forum shopping Ressourcen eingesetzt werden, sei es durch umfassende

¹⁴⁵ Beitzke, Grundgesetz und IPR, S. 15.

¹⁴⁶ „Die Klänge der heimathlichen Glocken werden [...] wohl stets besonderen Zauber ausüben“, Meili, Unionen, S. 76. Gründe für dieses Heimwärtsstreben beschreibt Kropholler, IPR, S. 42 f.

¹⁴⁷ Vgl. Juenger, FS Rittner, S. 233, 236.

¹⁴⁸ „Mit diesem Begriff wird das Verhalten einer in einen internationalen Rechtsstreit verwickelten Person bezeichnet, die das Gericht eines bestimmten Staates nicht deswegen anruft, weil es zur Beurteilung des Rechtsstreits am besten in der Lage ist, sondern einzig und allein deshalb, weil es aufgrund der Kollisionsnormen der lex fori das für den Betroffenen im Ergebnis günstigste Recht anwenden wird.“, so die Definition der Kommission im Grünbuch über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahre 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung (KOM(2002) 654 endgültig), S. 52 f. (URL: http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/gpr/2002/com2002_0654de01.pdf). Vgl. zum forum shopping ferner Kropholler, IPR, S. 593.

¹⁴⁹ Vgl. Stein, Lex mercatoria, S. 31.

Rechtsberatung im Streitfall oder durch vorausschauende Vertragsgestaltung und -durchführung, ist es in der Regel die wirtschaftlich überlegene Partei, der es gelingen wird, die Streitsache später vor einem ihr günstiger erscheinenden Gericht zu verhandeln. Gleichzeitig wird aber auch deutlich, dass die vorliegende Untersuchung, die sich um einen Weg zur einheitlichen Anwendung materiellen Rechts bemüht, bei prozessualen und vollstreckungsrechtlichen Anreizen zum forum shopping an ihre Grenzen stößt.

(2) Gleichberechtigung durch kollisionsrechtliche Wahl eines „neutralen“ Rechts

Hinsichtlich der kollisionsrechtlichen Rechtswahl ist der Spielraum der Parteien im Schuldvertragsrecht groß: Mit dem Vordringen des Bewusstseins, dass die Lokalisierung eines internationalen Vertragswerks nicht in rein geographischem Sinne verstanden werden kann, wird für die Rechtswahl zunehmend darauf verzichtet, für das von den Parteien gewählte Sachrecht einen räumlichen Bezug zum Vertrag zu verlangen¹⁵⁰. Dies erlaubt den Parteien, das Recht eines „neutralen“ Drittstaates zu wählen, also das Recht eines Staates, der mit dem Sachverhalt nicht in unmittelbarer Beziehung steht¹⁵¹ oder das den „größten gemeinsamen Nenner“ darstellt, auf den sich die Parteien einigen können¹⁵². Erforderlich ist dazu jedoch eine vergleichbare Verhandlungsstärke der Parteien. Andernfalls wird es die wirtschaftlich

¹⁵⁰ Bisweilen wird allerdings gefordert, dass ein vernünftiges Interesse der Parteien an der Anwendung des gewählten Rechts besteht, vgl. Kropholler, IPR, S. 291. § 1-105 UCC fordert eine „reasonable relation“; zur zurückhaltenden Anwendung dieser Norm vgl. De Ly, International Business Law, Rn. 92. Für den Anwendungsbereich des EVÜ vgl. Czernich/Heiss/Heiss, Art. 3 Rn. 43. Die Restriktionen, die Art. 3 Abs. 3 EVÜ für reine Binnensachverhalte auferlegt, haben für die vorliegende Betrachtung keine Bedeutung, da derartige Sachverhalte nicht dem Anwendungsbereich des CISG angehören, s. Art. 1 Abs. 1 CISG.

¹⁵¹ Im Gegensatz zur Schiedsgerichtsbarkeit ist den Parteien allerdings vor nationalen Gerichten die kollisionsrechtliche Wahl eines nicht-nationalen Rechts nach überwiegender Auffassung verwehrt, vgl. v. Bar, IPR I, § 2, Rn. 80; v. Hoffmann, FS Kegel, S. 215, 223; Czernich/Heiss/Heiss, EVÜ, Art. 3 Rn. 44, alle m.w.N. zum Meinungsstand; ausdrücklich zur lex mercatoria: Staudinger/Magnus, Art. 27 EGBGB, Rn. 49 ff. Diese Auffassung entspricht dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 EVÜ („Recht“) - der im Gegensatz zu der im Zusammenhang mit der Arbitrage zunehmend anzutreffenden Formulierung „Rechtsregeln“, steht, vgl. dazu unten, Fn. 234. Kritisch mit europarechtlichen Argumenten: Grundmann, FS Rolland, S. 145, 151. Zur Rechtswahl in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit s. unten, Fn. 233.

¹⁵² Vgl. Stein, Lex mercatoria, S. 222, die als Beispiele das auch politisch neutrale schwedische oder schweizerische Recht anführt.

überlegene Partei sein, die der Gegenpartei mittels ausdrücklicher Rechtswahl das ihr am Günstigsten erscheinende Recht aufdrängt¹⁵³.

b. Materielles Recht

Wie oben dargestellt, ist Ziel der kollisionsrechtlichen Rechtsfindung die Bestimmung des anzuwendenden nationalen Sachrechts¹⁵⁴. Historisch und politisch national verwurzelt, ist letzteres nationalen Traditionen und Eigentümlichkeiten verpflichtet. Stimmt eine Partei der Wahl einer ihr fremden Rechtsordnung zu, so kann sie sich schnell mit rechtstechnischen Besonderheiten wie der consideration rule¹⁵⁵ oder dem Grundsatz der privity of contract¹⁵⁶ konfrontiert sehen¹⁵⁷.

Während der Handel innerhalb der letzten hundert Jahre eine immense quantitative und qualitative Entwicklung durchgemacht hat und dieser „Klimawandel“ zu immer vielschichtigeren internationalen Verflechtungen der rechtlich zu erfassenden Sachverhalte geführt hat¹⁵⁸, haben die nationalen Gesetzgeber sich vornehmlich auf die Regelung inländischer Sachverhalte konzentriert. Im frühen 19. Jahrhundert entsprach dies noch dem politischen Zeitgeist¹⁵⁹; heutzutage müssen die Gründe anderswo gesucht werden: Auch jetzt begründet die überwiegende Mehrheit aller abgeschlossenen Verträge rein interne Beziehungen. Obwohl die internationalen Verträge in Bezug auf ihr wirtschaftliches Volumen eine gewichtige Rolle spielen, ist ihr quantitativer Anteil an der Gesamtzahl aller abgeschlossenen Verträge

¹⁵³ Einen allgemeinen kollisionsrechtlichen Schutz schwächerer Parteien gibt es nicht; vgl. Bonell, *RabelsZ* 42 (1978), S. 485, 491; kritisch Kropholler, *IPR*, S. 290; bisweilen bestehen Regelungen für bestimmte Fallgruppen wie Verbraucher, Arbeitnehmer oder Versicherungsnehmer, vgl. für Deutschland Artt. 29, 30 *EGBGB*; 7 ff. *EGVVG*. Für den internationalen Handel haben diese Regelungen jedoch wenig Bedeutung.

¹⁵⁴ S. oben, Text um Fn. 130.

¹⁵⁵ S. dazu Stone, *Principles of Contract Law*, S. 77 ff.; Schmitthoff, *RabelsZ* 28 (1964), S. 47, 55.

¹⁵⁶ S. dazu Stone, *Principles of Contract Law*, S. 93 ff. Mit Inkrafttreten des Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 wurde diese Rechtsposition mit Wirkung ab dem 1.3.2000 in Teilbereichen aufgegeben, vgl. Treitel, *FS Reynolds*, S. 345 ff.

¹⁵⁷ Vgl. Lando, *Salient Features*, S. 157, 158 f.

¹⁵⁸ Vgl. Schmitthoff, *Commercial Law in a Changing Economic Climate*, S. 1 ff.

¹⁵⁹ Vgl. oben, Teil I, I.2.c.

gering¹⁶⁰. So ist es kaum verwunderlich, dass auch heute noch der nationale Gesetzgeber sein Hauptaugenmerk auf Binnenangelegenheiten legt.

Vorbild für die meisten nationalen Kaufrechtskodifikationen war der Marktkauf, geprägt durch den Vertragsschluss unter Anwesenden und die Leistungserbringung Zug um Zug. In einem solchen Kontext besteht kein Bedürfnis nach besonderen Regeln für Kommunikation und Transport, Versicherung und Finanzierung, Vertragserhaltung und -anpassung¹⁶¹. Ignoriert werden können auch ausländische Handelsbräuche und -Gewohnheiten, weil die Gruppe der Regelungsadressaten weitgehend homogen ist und die gemeinsame Unterwerfung unter lokale Regeln keine Ungleichgewichte nach sich zieht. Nationales Recht hat daher oftmals keine Antwort auf Fragen, die sich aus den Besonderheiten des grenzüberschreitenden Handelsverkehrs und dessen Vertragspraxis ergeben¹⁶². Dies gilt nicht nur für die Gesetzgebung; auch die Rechtsprechung hat bisweilen in Grundsatzentscheidungen lediglich nationale Rechtsverhältnisse im Blick und führt so zumindest zu einem aus internationalem Blickwinkel ungünstigen Auslegungsklima. Denn auch im internationalen Kontext hat der Richter oder Schiedsrichter die nationale Rechtsprechung, die in der dem jeweiligen Vertrag zugrunde liegenden Rechtsordnung ergangen ist, zu beachten¹⁶³. Die Folge ist, dass auch typische Vertragsgestaltungen und Klauseln des internationalen Wirtschaftsverkehrs nach nationalen, oftmals politisch motivierten Maßstäben beurteilt werden - mit rechtlich wie ökonomisch oft unsinnigen Ergebnissen¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Vgl. Frick, *Arbitration and Complex International Contracts*, S. 14.

¹⁶¹ Vgl. Stein, *Lex mercatoria*, S. 27.

¹⁶² Vgl. nur Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 13-15; Dasser, *Lex mercatoria*, S. 6; Martiny, *Private and Commercial Law Rules Under Global Transactions*, S. 123, 126; Bonell, *RabelsZ* 42 (1978), S. 485, 497; v. Hoffmann, *FS Kegel*, S. 215, 219 f.; Audit, *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*, S. 173 f.

¹⁶³ Vgl. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 13. Als Beispiele zieht er zum einen die Entscheidung BVerfGE 81, 242 zur Inhaltskontrolle von Verträgen heran, die die „Frage nach dem ‚Abschied von der Privatautonomie‘ ... herausfordert“, auf die gerade der internationale Wirtschaftsverkehr besonders angewiesen sei. Zum anderen nennt er BGH NJW-RR 1990, S. 1265 mit der Entscheidung, dass die Bürgschaft „auf erstes Anfordern“ nicht mehr von Privatpersonen herausgelegt werden dürfe. Im internationalen Verkehr sei diese Rechtsauffassung unhaltbar, da „derartige Sicherungsmittel zum üblichen Reservoir der Personalsicherheiten gehörten“. Vgl. auch Berger, *ZVglRWiss* 94 (1995), S. 217, 221.

¹⁶⁴ So Stein, *Lex mercatoria*, S. 28; Bonell, *RabelsZ* 42 (1978), S. 485, 487 f.

Hinzu kommt, dass Gesetzgebung durch - rechtsstaatlich gebotene und daher erwünschte - formale Anforderungen zeitraubend und unflexibel ist. Der internationale Handel hingegen zeigt sich als ein dynamischer, raschen Entwicklungen und Schwankungen unterworfenen Prozess. Das materielle Gesetzesrecht erweist sich daher oft als unfähig, mit neuen Entwicklungen der internationalen Wirtschaftspraxis Schritt zu halten¹⁶⁵.

c. Resümee

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass das „klassische“¹⁶⁶ System des internationalen Privatrechts, das durch die Anwendung eines nationalen Sachrechts auf die Zwangsnationalisierung des internationalen Sachverhalts hinausläuft, sowohl abstrakt in Hinblick auf die Chancengleichheit der Parteien als auch konkret gemessen an den besonderen Bedürfnissen des internationalen Handels mit strukturellen Unzulänglichkeiten behaftet ist. Der bereits im Jahre 1938 von Raape geprägte Ausspruch, die Verweisung des IPR auf das ausländische Recht sei ein „Sprung ins Dunkle“, besitzt heute noch Gültigkeit¹⁶⁷. Die Rechtssicherheit während der Vertragsdurchführung und die Effizienz der Streitbeilegung werden durch Probleme bei der Rechtsfindung gefährdet, die sich vornehmlich aus dem Dilemma der Zwangsnationalisierung internationaler Sachverhalte ergeben. Die Vereinheitlichung der Kollisionsnormen zeigt sich nicht nur zur Herstellung formaler Gleichberechtigung im Sinne eines äußeren Entscheidungseinklangs ungeeignet; sie vermag auch den Nachteilen nicht abzuwehren, die sich aus den materiellen Unterschieden der nationalen Rechtsordnungen ergeben. Die Einschätzung v. Hoffmanns trifft also zu, wenn er die Haupteinwände gegen die Nationalisierung internationaler Rechtsbeziehungen unter den

¹⁶⁵ Vgl. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 14, der als Beispiel das Schiedsverfahren *IBM Corp. v. Fujitsu Ltd.* anführt, in dem sich nationale Copyrightgesetze als unfähig herausgestellt haben, Computersoftware einen adäquaten Schutz zu bieten.

¹⁶⁶ Die Verwendung des Attributs „klassisch“ soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass damit das zeitgenössische IPR gemeint ist. Sie soll vielmehr die Grenzziehung zu alternativen Ansätzen verdeutlichen, die ebenfalls - wenn auch mit großen methodischen Unterschieden - eine adäquate rechtliche Erfassung internationaler Sachverhalte zum Ziel haben. S. dazu unten, Teil I, IV. Vgl. zu der Bezeichnung des zeitgenössischen IPR als „klassisch“ auch Kropholler, *IPR*, S. 15.

¹⁶⁷ Raape, *Deutsches Internationales Privatrecht*, I. Band, S. 59.

Stichpunkten „Willkürlichkeit der Schwerpunktbestimmung“, „Ungleichbehandlung der Vertragsparteien“ und „Unangepasstheit nationalen Rechts“ zusammenfasst¹⁶⁸. Die Territorialität des Rechts führt im Bereich der Außenwirtschaftsbeziehungen zu einer „konstitutionellen Unsicherheit“¹⁶⁹, die sich letztlich in höheren Transaktionskosten niederschlägt und somit ein wesentliches Hemmnis für den Außenhandel darstellt¹⁷⁰. Diese Unsicherheit läuft jedoch nicht nur den Parteiinteressen zuwider, sondern berührt auch übergeordnete Ordnungsinteressen¹⁷¹: Rechtssicherheit bewirkt Überprüfbarkeit und Reproduzierbarkeit und ist damit Voraussetzung für die Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, der die Basis einer gerechten Ordnung darstellt¹⁷².

4. Annäherungen und Verschränkungen

a. Staatliche Initiative

Seitens der Nationalstaaten wurden diese Schwächen erkannt, und es wurden erhebliche Anstrengungen unternommen, die Gesetzgebung für das internationale Handelsrecht an die Bedürfnisse seiner Regelungsobjekte anzupassen¹⁷³.

aa. Legislative Vereinheitlichung des Sachrechts

Die mit der Bestimmung des anzuwendenden Sachrechts einhergehenden Probleme werden obsolet, wenn das Privatrecht der verschiedenen Staaten

¹⁶⁸ S. dazu die Inhaltsübersicht bei v. Hoffmann, FS Kegel, S. 215.

¹⁶⁹ Begriff von Schmidt-Trenz, Außenhandel, S. 232: Die Unsicherheit bestehe aufgrund des Fehlens einer geschützten „Konstitution“, also aufgrund des Fehlens oder auch des Widerspruchs von Normen, die zu bestimmten berechtigten Erwartungen über das Verhalten anderer (hier: der Außenhandelspartner) Anlass geben.

¹⁷⁰ Ähnlich Schmitthoff, JZ 1978, S. 495, 497: „Internationales Privatrecht, und besonders die Suche nach dem anwendbaren Recht, ist eine künstliche, von Menschenhand geschaffene Barriere des Welthandels“. Berger bezeichnet die Anwendung fremden Rechts als „globalization trap“ und setzt die Partikularität des staatlichen Rechts mit einer „non-tariff trade barrier“ gleich, vgl. Berger, Transnational Commercial Law, S. 3.

¹⁷¹ Zu den internationalprivatrechtlichen Interessen s. bereits oben, Fn. 132.

¹⁷² Vgl. Kegel/Schurig, IPR, S. 125.

¹⁷³ Vgl. v. Bar, IPR I, § 2, Rn. 21 ff. und 39.

identisch ist: „Ohne Rechtskollisionen kein Kollisionsrecht“¹⁷⁴. Dass ein erhebliches Bedürfnis nach Rechtseinheit besteht, bezeugt die lange Reihe von Versuchen, vereinheitlichtes Sachrecht oder einheitliche Grundsätze für das internationale Wirtschaftsvertragsrecht zu schaffen bzw. herauszuarbeiten¹⁷⁵. Technisch lässt sich Rechtsvereinheitlichung auf verschiedene Weise realisieren. Grob lassen sich dabei zwei Zweige unterscheiden, zum einen die vereinheitlichende Tätigkeit nationaler Gesetzgeber, zum anderen die Normsetzung internationaler Organisationen, die unabhängig vom Willen ihrer Mitgliedsstaaten verbindliche Regeln festlegen.

(1) Nationaler Gesetzgeber

Jeder Staat kann sich völkerrechtlich verpflichten, ein auf internationaler Ebene geschaffenes, einheitliches Regelwerk in seine eigene nationale Rechtsordnung zu inkorporieren. Dies kann in bi- oder multilateralen Verträgen geschehen¹⁷⁶, oftmals unter Mithilfe internationaler Organisationen¹⁷⁷. Wie die Inkorporation in das jeweilige nationale Recht rechtstechnisch zu erfolgen hat, bestimmt sich nach dem Verfassungsrecht der jeweiligen Signatarstaaten. Durch die völkerrechtliche Bindung der Vertragsstaaten ist trotz unterschiedlicher Inkorporationstechniken eine weitestgehende materielle Übereinstimmung gewährleistet¹⁷⁸.

Darüber hinaus können nationale Gesetzgeber auch ohne völkerrechtliche Verpflichtung eine Rechtsangleichung vornehmen. Eine solche kann aus rein wirtschaftlichen oder politischen Zweckmäßigkeitserwägungen heraus geschehen. Die auf diese Weise erreichte Einheitlichkeit kann jedoch nur einen beschränkten Beitrag zur Rechtssicherheit leisten, da sie aufgrund ihrer

¹⁷⁴ Zweigert/Drobnič, *RabelsZ* 29 (1965), S. 146, 147.

¹⁷⁵ Vgl. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 30. Höhepunkte dieser Bemühungen dürften einerseits die UNIDROIT Principles, andererseits, jedoch beschränkt auf Europa, die PECL sein, vgl. dazu unten, Teil I, III.2.c.

¹⁷⁶ Vgl. Kropholler, *Einheitsrecht*, S. 98.

¹⁷⁷ Einen aktuellen Überblick bietet v. Bar, *IPR I*, § 2, Rn. 36 ff.

¹⁷⁸ Vgl. Kropholler, *Einheitsrecht*, S. 104 f.

Freiwilligkeit jederzeit frei reversibel ist¹⁷⁹. Auf gleiche unverbindliche Weise können sich die nationalen Gesetzgeber zur vollständigen oder teilweisen Aufnahme von Mustergesetzen in ihre Rechtsordnung entschließen¹⁸⁰. Eine solche Form der Rechtsangleichung wollen die von UNIDROIT herausgegebenen Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT Principles) und die Principles of European Contract Law der Lando-Kommission (PECL) anstoßen, die sich u.a. als Vorbild für nationale Gesetzgeber ansehen¹⁸¹.

(2) Internationaler Gesetzgeber

Unabhängig vom Willen der nationalen Gesetzgeber können mit entsprechenden Rechtssetzungskompetenzen ausgestattete inter- und supranationale Organisationen verbindliche Regeln festsetzen, die in den Mitgliedsstaaten mittelbar oder unmittelbar Geltung haben¹⁸².

(3) Kritik an der „legislatorischen Rechtsvereinheitlichung“¹⁸³

Auch wenn in der kontinentaleuropäischen Tradition die Rechtsvereinheitlichung seit langem als etwas Gutes und Erstrebenswertes angesehen wird¹⁸⁴, ist die legislatorische Rechtsvereinheitlichung mit Problemen behaftet, die in ihrer Natur begründet sind: Wenn oben schon festgestellt wurde, dass die nationale Gesetzgebung zu zeitaufwändig und damit zu schwerfällig ist, um neue Entwicklungen in der schnelllebigen

¹⁷⁹ Näher zur Rechtsvereinheitlichung durch übereinstimmende nationale Gesetzgebung Kropholler, Einheitsrecht, S. 105 f.; zu den Gefahren, die die Möglichkeit einseitiger Änderung für die Rechtseinheit mit sich bringt vgl. Kropholler, Einheitsrecht, S. 107.

¹⁸⁰ Beispiele für solche Mustergesetze sind die UNCITRAL Modellgesetze wie das Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 11.12.1985. URL: <http://www.uncitral.org/english/texts/arbitration/ml-arb.htm>.

¹⁸¹ Dazu ausführlicher unten, Teil I, III.2.c.

¹⁸² Beispiele sind EG-Richtlinien und -Verordnungen. Ausführlich zur Rechtsvereinheitlichung durch supra- oder internationale Rechtsakte sowie zur Unterscheidung zwischen supra- und internationaler Rechtssetzung s. Kropholler, Einheitsrecht, S. 112 ff.

¹⁸³ Zur Terminologie: „Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung“ war das Thema einer Tagung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, die 1991 in Hamburg stattfand; vgl. die einleitenden Bemerkungen von Kötz, *RabelsZ* 56 (1992), S. 215 ff.

¹⁸⁴ Vgl. Kötz, *RabelsZ* 50 (1986), S. 1.

Realität des internationalen Handels angemessen zu erfassen¹⁸⁵, so gilt dies erst recht für die Schaffung supranationalen Rechts oder parallelen nationalen Einheitsrechts durch internationale Abkommen: Der organisatorische Aufwand und die inhaltlich-dogmatischen Schwierigkeiten, die mit der internationalen Abstimmung unter souveränen Staaten mit ihren jeweiligen nationalen Eigenheiten und Empfindlichkeiten einhergehen, sind denkbar schlechte Voraussetzungen für eine schnelle und anpassungsfähige Rechtssetzung¹⁸⁶. Dies birgt die Gefahr einer juristischen „Versteinerung“¹⁸⁷ einmal gefundener Lösungen. Hinzu kommt, dass die an legislatorischer Rechtsvereinheitlichung beteiligten Kreise nicht immer die Suche nach der sachlich besten Lösung in den Mittelpunkt ihrer Bemühungen gestellt haben müssen: Das Streben nach Kompromissen zwischen divergierenden juristisch-dogmatischen Ansätzen, gepaart mit der Verlockung, den Weg des geringsten politischen Widerstands einzuschlagen, birgt die Gefahr, an den Anforderungen der Wirtschaft vorbeizugehen¹⁸⁸.

Zweifel am Vereinheitlichungserfolg begründet auch der sektorielle Charakter des Einheitsrechts¹⁸⁹: Vereinheitlichtes Recht verfolgt zumeist nur einen sachlich begrenzten Zweck, so z.B. nur die Vereinheitlichung der Regelung des Vertragsschlusses, nicht aber die der Regelung von Willensmängeln und speziellen Nichtigkeitsgründen¹⁹⁰. Aber auch innerhalb dieses Bereichs kann es an kritischen Punkten, zu denen eine Einigung nicht zu erzielen war, ebenfalls Lücken aufweisen. Wo immer sich Lücken innerhalb der vereinheitlichten Regeln auftun, ist ihre vereinheitlichende Wirkung insgesamt gefährdet¹⁹¹ - es sei denn, man integriert geeignete Instrumente zur

¹⁸⁵ S. dazu oben, Fn. 165.

¹⁸⁶ Vgl. die sehr anschauliche Schilderung der Vorarbeiten zum CISG von Farnsworth, 9 Cal. W. Int'l L.J. (1979), S. 461, 465 ff.

¹⁸⁷ Der Ausdruck stammt von Kötz, *RabelsZ* 50 (1986), S. 1, 12.

¹⁸⁸ Vgl. Mertens, *RabelsZ* 56 (1992), S. 219, 220.

¹⁸⁹ Vgl. mit zahlreichen Beispielen Kötz, *RabelsZ* 50 (1986), S. 1, 3. Er benutzt zusammenfassend das Bild einer „Rechtsvereinheitlichung, die in einem Meer nationalen Rechts winzige Inseln vereinheitlichten Rechts schafft“, s. Kötz, *RabelsZ* 50 (1986), S. 1, 12. Kritisch auch Kropholler, *Einheitsrecht*, S. 169; ebenso Mertens, *RabelsZ* 56 (1992), S. 219, 222; Hobhouse, *The Law Quarterly Review* 106 (1990), S. 530, 532 ff.

¹⁹⁰ Vgl. Zweigert/Drobnig, *RabelsZ* 29 (1965), S. 146, 149.

¹⁹¹ Vgl. Mertens, *RabelsZ* 56 (1992), S. 219, 221.

Wahrung der Einheitlichkeit bei Auslegung und Lückenfüllung¹⁹². Die inhaltlich und geographisch beschränkte Reichweite einheitsrechtlicher Regelungen und die mit zunehmender Zahl der verschiedenen vereinheitlichenden Abkommen immer kompliziertere Verflechtung mit unvereinheitlichtem nationalen Recht oder konkurrierendem Einheitsrecht wecken Zweifel daran, ob legislative Rechtsvereinheitlichung allein zu einer Rechtsvereinfachung und somit zum Abbau von Handelshemmnissen führen kann¹⁹³. Schließlich wird gegen die legislative Rechtsvereinheitlichung ins Feld geführt, dass sie zu einem Verlust des „Wettbewerbs der Rechtsordnungen“, des sog. „race to the top“¹⁹⁴, führe.

bb. Erlass von Sondergesetzen für den internationalen Wirtschaftsverkehr

Vor allem die Staatshandelsländer haben schon früh besondere Gesetze für den internationalen Wirtschaftsverkehr geschaffen¹⁹⁵. Den besonderen Anliegen der Wirtschaftspraxis versuchen sie insbesondere durch die Zulassung weitestgehender Vertragsfreiheit, die Berücksichtigung von Handelsbräuchen sowie die Möglichkeit systemimmanenter Fortschreibung derselben durch Rückgriff auf zugrunde liegende allgemeine Prinzipien gerecht zu werden¹⁹⁶. Auch sind diese Gesetze der Beweis, dass sich - wenn

¹⁹² Vgl. dazu am Beispiel des CISG unten, Teil II, III.2.c.

¹⁹³ Vgl. Mertens, *RabelsZ* 56 (1992), S. 219, 222; Audit, *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*, S. 173 f.

¹⁹⁴ Vgl. Hobhouse, *The Law Quarterly Review* 106 (1990), S. 530, 535. Diese Kritik beschränkt sich nicht auf die legislative Rechtsvereinheitlichung: Im Zusammenhang mit der *lex mercatoria* hat darauf jüngst Procaccia hingewiesen, vgl. Procaccia, *The Case Against Lex Mercatoria*, S. 87 ff. Allerdings ist zu bedenken, dass sowohl zwischen den verschiedenen an der Schaffung der *lex mercatoria* beteiligten Kreisen (vgl. dazu auch unten, Fn. 200) als auch zwischen den daraus hervorgehenden Regelungsinhalten selbst (vgl. unten, Teil I, III.2) durchaus ein vom Wettbewerb geprägtes Klima herrscht, das zu einer Verdrängung ungeeigneter Regelungen führt. Die Verfestigung einer Regel zu einem Handelsbrauch ist letzten Endes ebenfalls das Resultat eines Wettbewerbs verschiedener Lösungen, von denen sich die Effizienteste schließlich durchsetzt.

¹⁹⁵ Beispiele sind das Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge der DDR vom 5.2.1976 (GIW), das Gesetz der VR China über Außenwirtschaftsverträge von 1985 oder die sog. Allgemeinen Lieferbedingungen für den Handel zwischen den Staaten des Rats für gegenseitige Wirtschaftshilfe (ALB/RGW). Der Name ist allerdings missverständlich: Es handelt sich bei ihnen nicht um AGB, sondern um vereinheitlichtes, teilweise sogar zwingendes, Sachrecht, vgl. Seiffert, *Das Rechtssystem des RWG*, S. 133. Aber auch in westlichen Rechtsordnungen finden sich Regeln, die ausschließlich auf internationale Sachverhalte Anwendung finden, so Artt. 1492-1507 des NCPC oder §§ 476-905 HGB.

¹⁹⁶ Vgl. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 143

auch für einen sachlich beschränkten Bereich - durch umfangreiche rechtsvergleichende Arbeiten die Differenzen der Rechtsordnungen von Ländern mit verschiedensten politischen, sozialen, geschichtlichen und wirtschaftlichen Hintergründen überbrücken lassen¹⁹⁷.

Trotz ihrer Anpassung an die Besonderheiten des internationalen Handels bleiben diese Sondergesetze jedoch unvereinheitlichtes nationales Recht - die mit der kollisionsrechtlichen Rechtsfindung verknüpften Probleme vermögen sie nicht zu überwinden. Hinzu kommt ein psychologisches Moment: Nationale Gesetze über den internationalen Handel vermögen nicht das Misstrauen zu überwinden, das die Kautelarpraxis gegenüber fremden Rechtsordnungen und ihren rechtspolitischen und ökonomischen Wertungen hegt. Stets schlägt der „internationale Ruf“ der Gesamtrechtsordnung, in die sie eingebettet sind, auf die Sondergesetze durch, was sich in der Vergangenheit insbesondere an den Sondergesetzen Osteuropas zeigte¹⁹⁸.

*b. Private Initiative*¹⁹⁹

Auch der internationale Handel reagiert mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln: Er entwickelt ein komplexes und differenziertes Geflecht international einheitlicher materiellrechtlicher Gestaltungsformen für den grenzüberschreitenden Güter- und Leistungsaustausch. Dieses besteht einerseits aus Geschäftsbedingungen und Vertragsformularen, an deren Ausarbeitung neben den Unternehmern selbst zunehmend auch die jeweiligen Branchenorganisationen und unabhängige Gremien beteiligt sind, die unter dem Begriff „formulating agencies“ zusammengefasst werden können²⁰⁰.

¹⁹⁷ Vgl. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 144.

¹⁹⁸ Vgl. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 22.

¹⁹⁹ Diese Überschrift soll nicht dahingehend missverstanden werden, dass die folgenden Erörterungen staatliche (Regelungs-)Tätigkeit aus der Betrachtung ausschließen. Im Gegenteil: Eine zentrale Rolle spielt die Frage, inwieweit der Staat den Individuen Raum für private Initiative lässt. Den Teilnehmern am internationalen Handel bleibt vorbehalten, ob und inwieweit sie die gegebenen Freiheiten mit materiellem Gehalt versehen.

²⁰⁰ Mistelis definiert den von Schmitthoff geprägten Begriff (Schmitthoff, *Commercial Law in a Changing Economic Climate*, S. 24) folgendermaßen: „Under the term ‚formulating agencies‘ we understand all agencies or organisations, national, regional or international, which are entrusted, delegated with or merely involved in the formulation of trade policy or rules for the conduct of international commercial transactions.“, s. Mistelis, *Is Harmonisation a Necessary Evil?*, Rn. 1-040. Eine Aufzählung und Kurzdarstellung der wichtigsten dieser

Diese Gremien sollen Gewähr für eine nicht nur einheitliche, sondern auch sachlich ausgewogene Regelung leisten. Ergänzend und vertiefend stehen ihnen ebenfalls von der Praxis entwickelte Regeln und Gebräuche zur Definition und Auslegung typischer Lieferungs- und Zahlungsklauseln zur Seite, die ihrerseits in international einheitlichen Musterdefinitionen und Sammlungen aufgezeichnet sind²⁰¹. Wo andererseits fertige Standardordnungen nicht verfügbar oder dem verfolgten Zweck nicht dienlich sind, wird versucht, das staatliche Recht durch eine möglichst umfassende einzelvertragliche Regelung zu substituieren. Ein solcher Vertrag soll - soweit möglich - den Parteien als alleinige und ausschließliche Rechtsordnung dienen und ohne jeden Rückgriff auf außervertragliche Normen auskommen²⁰².

Für die Ausbildung einer umfassenden Kautelarjurisprudenz bieten die unvereinheitlichten nationalen Rechtsordnungen trotz ihrer grundsätzlichen Verschiedenheiten gute Rahmenbedingungen. Dazu tragen entscheidend zwei Faktoren bei:

aa. Partei- und Privatautonomie

Nach hergebrachter Meinung unterscheidet man in Deutschland begrifflich zwischen Partei- und Privatautonomie. Unter Parteiautonomie versteht man das Recht der Parteien, die ihrem Vertrag zugrunde liegende Rechtsordnung frei zu wählen (vgl. Art. 27 EGBGB; Art. 3 EVÜ). Die parteiautonome, kollisionsrechtliche Rechtswahl führt dazu, dass das gewählte Recht nicht etwa nur die dispositiven Vorschriften der nach objektiver Anknüpfung „an sich“ anzuwendenden Rechtsordnung verdrängt, sondern unmittelbar als Vertragsstatut angewandt wird. Die Privatautonomie hingegen bezeichnet die Freiheit der Parteien, Abschluss und Inhalt des Vertrages innerhalb der

staatlichen und nichtstaatlichen Organisationen findet sich bei Schmitthoff, Commercial Law in a Changing Economic Climate, S. 24 ff.; eine umfangreichere Auflistung nebst Kurzbeschreibung der einzelnen Organisationen findet sich im UNCITRAL Yb. XIX (1988), S. 149 ff.

²⁰¹ So die INCOTERMS und die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive. Vgl. zum Ganzen Bonell, RabelsZ 42 (1978), S. 485, 486; zu den INCOTERMS ferner unten, Teil I, III.2.a.

²⁰² Ausführlich zu den „Ausweichstrategien“ der Praxis: Stein, Lex mercatoria, S. 35 ff.

Grenzen der nach dem IPR des Forumstaates anwendbaren Rechtsordnung frei zu bestimmen²⁰³.

Schmitthoff befürwortet dagegen die Anerkennung unbeschränkter Privatautonomie und begründet dies mit einem erst-recht-Schluss: Wenn die nationalen Rechtsordnungen den Parteien erlauben, ihren Vertrag einem gänzlich fremden nationalen Recht zu unterstellen, dann müssten sie es erst recht zulassen, dass die Parteien versuchen, ihre Vertragsbeziehungen so umfassend selbst zu regeln, dass für die Anwendung nationalen Rechts kein Raum mehr ist²⁰⁴. Zwingend erscheint dieser Schluss indes nicht: Staatliche Gesetzgebung dient der Schaffung und Aufrechterhaltung eines Systems, dem bestimmte Ordnungsmaximen zugrunde liegen. Diese Ordnungsmaximen können dem Schutz schwächerer Parteien dienen, aber auch übergeordneten Interessen wie etwa der Aufrechterhaltung von Wettbewerb oder der Entlastung des Justizapparates durch Vorgabe klarer Entscheidungsgrundlagen²⁰⁵. Lässt ein Staat also die Wahl einer fremden Rechtsordnung zu, so gibt er damit zwar den Anspruch auf Verwirklichung seiner Ordnungsvorstellungen auf. Der Anwendung eines zwar fremden, aber ebenfalls Ordnungs- und Ausgleichsfunktionen wahrnehmenden Regelungsapparates kann er sich jedoch sicher sein: Die Parteien sind dem zwingenden Vertragsrecht der fremden Rechtsordnung unterworfen; sie können sich nicht einzelne Vorschriften „wie Kinder Rosinen aus dem Teig herauspicken“²⁰⁶. Auch die Zulässigkeit einer Teilrechtswahl bedeutet nicht, dass sich die Parteien unter Umgehung aller zwingenden Normen aus mehreren Rechtsordnungen ein passendes Vertragsstatut „maßschneidern“ können. Vielmehr dürfen sie lediglich solche Teile des Vertrages, die als Teilfragen Gegenstand einer Sonderanknüpfung sein können, aus dem

²⁰³ Vgl. zu den Begriffen Kropholler, Einheitsrecht, S. 213; zu den Unterschieden zwischen Partei- und Privatautonomie in Bezug auf nationales zwingendes Recht vgl. De Ly, International Business Law, Rn. 85 f.

²⁰⁴ Schmitthoff, *RebelsZ* 28 (1964), 47, 69; ders., *I.C.L.Q.* 17 (1968), S. 551, 564.

²⁰⁵ Zu dem letztgenannten Beispiel vgl. v. Hoffmann, *FS Kegel*, S. 215, 223.

²⁰⁶ v. Bar, *IPR II*, Rn. 426.

Vertragsstatut heraussondern und in ihrer Gesamtheit einem anderen Recht unterstellen²⁰⁷.

Bei der materiellen Privatautonomie existieren dagegen grundsätzlich keine solchen Ordnungsmaximen. Inwieweit die Vertragsfreiheit daher durch zwingendes Recht eingeschränkt werden soll, obliegt der Entscheidung des nationalen Gesetzgebers. Wenngleich das Prinzip der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie zumindest für das Schuldvertragsrecht allgemein anerkannt ist²⁰⁸, unterscheiden sich die verschiedenen Rechtsordnungen hinsichtlich der Beschränkungen, die ihr zwingendes Recht der Privatautonomie auferlegt, z.T. erheblich²⁰⁹. Dennoch ist im Grundsatz festzuhalten, dass allen geschichtlichen, sozialen und politischen Gegensätzlichkeiten zum Trotz weltweit die Möglichkeit besteht, das rechtliche Umfeld seiner Handelsbeziehungen zumindest für Warenkaufverträge privatautonom weitgehend selbst zu bestimmen²¹⁰. Dies ist nicht verwunderlich, denn Regelungsgegenstand etwaiger zwingender Regeln wären im hier thematisierten Bereich des internationalen Kaufrechts zwei- oder mehrseitige Vertragsbeziehungen zwischen Kaufleuten, die Belange Dritter oder der Allgemeinheit kaum tangieren²¹¹. Hinzu kommt, dass sich ein Staat, wenn er die Praxis des internationalen Handels durch ein zu enges Korsett zwingender Normen weitestgehend nationalisieren und so die Interdependenzen zwischen nationaler Wirtschaft und internationalen Handelsbeziehungen ignorieren würde, der Gefahr aussetze, sich nicht nur rechtlich, sondern auch

²⁰⁷ Vgl. Kropholler, IPR, S. 126 ff.

²⁰⁸ Bucher, Transnationales Recht im IPR, S. 11, 34; Kühne, FS Kegel, S. 65, 66 f.; Goldstajn, Autonomous Rules, S. 55, 65; v. Hoffmann, FS Kegel, S. 215, 220; Juenger, FS Rittner, S. 233, 236. Zu Herkunft und Rechtfertigung der Parteiautonomie vgl. Kropholler, IPR, S. 288 ff.; ferner Nygh, Autonomy, S. 3 ff. Die Bedenken, die gegen die allzu großzügige Gewährung der Parteiautonomie für bestimmte Vertragstypen wie Arbeits- und Mietverträgen sowie Verträgen mit Verbrauchern geäußert werden, spielen für den internationalen Handel keine Rolle. Für die Vertragsstaaten des EVÜ ordnet Art. 3 Abs. 1 S. 1 EVÜ grundsätzlich die Rechtswahlfreiheit der Vertragsparteien an, nimmt jedoch reine Inlandsverträge (Art. 3 Abs. 3 EVÜ), Verbraucherverträge (Art. 5 EVÜ) und Arbeitsverträge (Art. 6 EVÜ) aus.

²⁰⁹ Schmitthoff, The Law of International Trade, S. 3, 29 ff., insbes. 33; ders., Commercial Law in a Changing Economic Climate, S. 21 f.; Lando, *RabelsZ* 57 (1993), S. 155, 161, alle m.w.N. Rechtsvergleichende Hinweise bei Zweigert/Kötz, Einführung, S. 314 ff.

²¹⁰ Vgl. Goldstajn, FS Schmitthoff, S. 171, 177.

²¹¹ Vgl. Grundmann, FS Rolland, S. 145, 153; s. ferner unten, Fn. 245.

ökonomisch zu isolieren²¹². Diese grundsätzliche Nachgiebigkeit des Vertragsrechts veranlasste Großmann-Doerth schon im Jahre 1930 festzustellen: „Die staatliche Dispositiv-Regelung [...] ist für den Überseekauf bedrucktes Papier, nichts weiter.“²¹³

bb. Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit

Die Grenzen, die das *ius cogens* der Vertragsfreiheit zunächst setzt, werden relativiert durch die aufgeschlossene Haltung, die die nationalen Rechtsordnungen der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit²¹⁴ entgegen bringen:

(1) Loslösung vom IPR des Sitzstaates

Der staatliche Richter urteilt im Namen des Forumstaates; er ist konstitutionell an dessen Gesetze gebunden und muss somit die zwingenden Vorschriften des vom IPR berufenen Sachrechts schon von Amts wegen beachten²¹⁵. Konstitutives Element des Schiedsverfahrens ist dagegen die von den Parteien getroffene Schiedsvereinbarung²¹⁶. Da die Schiedsrichter ihre rechtsprechende Tätigkeit aufgrund der privatautonomen Berufung durch die Parteien ausüben, sind sie nicht in einer mit der staatlichen Gerichtsbarkeit vergleichbaren Weise in ein staatliches Ordnungsgefüge eingebunden und somit auch nicht von vornherein einer bestimmten

²¹² Vgl. Goldštajn, FS Schmitthoff, S. 171, 180.

²¹³ Großmann-Doerth, Das Recht des Überseekaufs, Bd. 1, S. 40.

²¹⁴ Der Begriff darf nicht zu wörtlich verstanden werden. Eine völlige Loslösung der Schiedsgerichtsbarkeit von jeglichem nationalen Recht ist nicht möglich. Darauf weist insbesondere hin Mann, ZHR 130 (1968), S. 97, 101 f. Vgl. auch unten, Teil I, IV.3.b.bb(2). Eine international gültige Definition der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit existiert nicht; ob eine solche zweckmäßig wäre, wird bezweifelt, vgl. Stein, *Lex mercatoria*, S. 81 m.w.N. in Fn. 43. Für die vorliegende Arbeit, deren Gegenstand von dem sachlichen Anwendungsbereich des CISG zugleich begrenzt und definiert wird, erscheint die Umschreibung Lando's hinreichend: „An arbitration is international when the subject-matter or the parties have a connection with several legal systems“, Lando, I.C.L.Q. 34 (1985), S. 747.

²¹⁵ Vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 133.

²¹⁶ Vgl. Jarvin, *The Sources and Limits of the Arbitrator's Powers*, S. 50; Nygh, *Autonomy*, S. 42 f. Die von der ICC im Vorwort ihrer Schiedsordnung empfohlene Standardschiedsklausel lautet: „Alle aus oder in Zusammenhang mit dem gegenwärtigen Vertrag sich ergebenden Streitigkeiten werden nach der Schiedsgerichtsordnung der Internationalen Handelskammer von einem oder mehreren gemäß dieser Ordnung ernannten Schiedsrichtern endgültig entschieden.“

Rechtsordnung verpflichtet²¹⁷: „Es gibt [...] keine Rechtsordnung, aus der ein Schiedsspruch sozusagen von Haus aus seine verbindliche Kraft schöpft“²¹⁸. Die Folge ist, dass das internationale Schiedsgericht im Gegensatz zu nationalen Gerichten keine mit der eines nationalen Gerichts vergleichbare *lex fori* besitzt, also vom nationalen Recht seines „Sitzstaates“²¹⁹ weitgehend autonom ist²²⁰. Das IPR des schiedsrichterlichen „Forumstaates“ findet somit - zumindest in Ermangelung einer entsprechenden Parteiabrede - nicht ohne weiteres Anwendung²²¹. Eine Zwangsnationalisierung des Verfahrens durch feststehendes Kollisionsrecht findet folglich nicht statt. Dies entspricht den Parteiinteressen: Oftmals ist es gerade die Neutralität des Sitzstaates im Verhältnis zum Streitfall, auf welche die Parteien bei dessen Wahl besonderen Wert legen²²² - an dem (Kollisions-)Recht dieses Staates besteht in solchen Fällen keinerlei Interesse. Ein Konflikt mit staatlichen Interessen liegt darin

²¹⁷ MüKo/Sonnenberger, Einl. IPR, Rn. 240 ff.

²¹⁸ Schlosser, Schiedsgerichtsbarkeit, Rn. 209.

²¹⁹ Bei internationalen Handelsschiedsgerichten von einem „Sitz“ zu sprechen, darf nicht dazu verleiten, diesem die gleiche Bedeutung zuzumessen, wie es bei nationalen Gerichten der Fall wäre. Während letztere fest in das Recht des Staates des räumlichen Sitzes verankert sind, ist der „Sitz“ bei ersteren oftmals nicht leicht zu ermitteln. Ist beispielsweise der Ort maßgeblich, an dem das Schiedsgericht tagt oder der, an dem der Spruch gefällt wird? Denkbar ist auch, dass die Schiedsrichter an verschiedenen Orten zusammentreffen, der Schiedsort verlegt wird oder bis zum Beginn der Verhandlungen noch nicht feststeht.

²²⁰ Das schließt nicht aus, dass der *lex loci arbitri* eine gewisse Bedeutung zukommt: Bereits die grundlegende Frage der Schiedsfähigkeit, Gültigkeit und Reichweite der Schiedsvereinbarung, die Bestimmung des anwendbaren Sachrechts in Ermangelung einer Rechtswahl der Parteien, ggf. auch das Prozessrecht können sich nach der *lex loci arbitri* bestimmen, s. dazu die - teilweise versteckten - Bezugnahmen des New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.5.1958, BGBl. 1961 II, S. 122 auf die *lex loci arbitri* in Artt. II Abs. 1, II Abs. 3, V Abs. 1 (a), V Abs. 1 (d), VI, vgl. dazu Goode, FS Reynolds, S. 245, 250, Fn. 11. Dabei ist der Einfluss des nationalen Rechts umso größer, je weniger Absprachen die Parteien selbst getroffen haben, vgl. Goode, FS Reynolds, S. 245, 256 ff.; Bucher, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Rn. 203 ff.; Jarvin, The Sources and Limits of the Arbitrator's Powers, S. 50, 61. Der Einfluss nationalen Rechts auf die kollisionsrechtliche Vorgehensweise des Schiedsgerichts wächst mit der Zunahme der Verflechtung zwischen Schiedsverfahren und nationalen Gerichtsverfahren. Besonders deutlich wird dies auf der Vollstreckungsebene, s. Art. V der New York Convention; vgl. dazu auch Lando, I.C.L.Q. 34 (1985), S. 747, 761 ff.

²²¹ Vgl. Bucher, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Rn. 226; ders., Transnationales Recht im IPR, S. 11, 27; Kropholler, IPR, S. 49 f.; Kappus, *Lex mercatoria*, S. 172; Lew, *Applicable Law*, Rn. 321 ff.; v. Bar, IPR I, § 2, Rn. 80; Frick, *Arbitration and Complex International Contracts*, S. 48; Stein, *Lex mercatoria*, S. 71 und 254; Carbonneau, *Design and Destiny*, S. 23, 33 ff.; Goode, FS Reynolds, S. 245, 247; a.A.: Mann, ZHR 130 (1968), S. 97, 108 ff., der die „*lex fori*“ nach dem Sitz des Schiedsgerichts bestimmt; ausführlich zum Meinungsstand De Ly, *International Business Law*, Rn. 136 ff.

²²² Vgl. Bucher, *Transnationales Recht im IPR*, S. 11, 31.

nicht begründet: Es sind keine zwingenden Gründe ersichtlich, warum ein Staat ein in seinem Hoheitsgebiet verhandelndes Schiedsgericht verpflichten sollte, die nationalen Kollisionsregeln anzuwenden, sofern der zu verhandelnde Sachverhalt - wie es in internationalen Schiedsverfahren oftmals der Fall ist - keinerlei weitere Beziehungen zu diesem Staat hat²²³. Eine solche Verpflichtung wäre auch nur schwer durchsetzbar: Die Bindung der Schiedsgerichte an das eigene Kollisionsrecht wäre im Ergebnis spätestens auf der Vollstreckungsebene mangels Zugehörigkeit zum ordre public potentieller Vollstreckungsstaaten zumindest im - heute fast globalen - Geltungsbereich des New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.5.1958²²⁴ wirkungslos²²⁵. Der oder die Schiedsrichter sollten das in der Streitsache anwendbare Recht daher nach internationalen Grundsätzen bestimmen²²⁶. Oberstes Kriterium ist dabei die Parteivereinbarung: Haben die Parteien eine Rechtswahl getroffen, so ist das Schiedsgericht daran gebunden²²⁷. Dies ergibt sich zudem bereits aus dem allgemein anerkannten Prinzip der Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht²²⁸. Die Loslösung des Schiedsgerichts vom IPR seines Sitzstaates ist in Art. VII Abs. 1 des Europäischen Übereinkommens über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21.04.1961²²⁹ ausdrücklich vorgesehen und wurde sinngemäß in Art. 33 der UNCITRAL Schiedsordnung²³⁰, in Art. 28 des UNCITRAL-Modellgesetzes über die internationale

²²³ Vgl. Bucher, Transnationales Recht im IPR, S. 11, 55; Stein, Lex mercatoria, S. 72 f. Eine Ausnahme können bestimmte permanente Schiedsgerichte mit festem Sitz bilden, denen das nationale Recht eine Rechtspflicht zur Beachtung nationaler Kollisionsnormen auferlegt, vgl. dazu Bucher, Transnationales Recht im IPR, S. 11, 28. Ein Beispiel war die staatlich institutionalisierte Außenhandelsschiedsgerichtsbarkeit der ehemaligen RGW-Staaten, vgl. Stein, Lex mercatoria, S. 86, Fn. 52 und S. 125, Fn. 221 m.w.N.

²²⁴ URL s. oben, Fn. 220.

²²⁵ Zur Rolle des ordere public vgl. sogleich Teil I, II.4.b.bb(2).

²²⁶ Vgl. Lando, The Law Applicable to the Merits of the Dispute, S. 101, 107; Bucher, Transnationales Recht im IPR, S. 11, 34.

²²⁷ Vgl. Lando, The Law Applicable to the Merits of the Dispute, S. 101, 105.

²²⁸ Bucher, Transnationales Recht im IPR, S. 11, 34; zu Herkunft und Rechtfertigung der Parteiautonomie vgl. Kropholler, IPR, S. 288 ff., ferner Nygh, Autonomy, S. 3 ff.

²²⁹ BGBI 1964 II, S. 426; näher dazu Lando, I.C.L.Q. 34 (1985), S. 747, 756.

²³⁰ URL: <http://www.uncitral.org/english/texts/arbitration/arb-rules.htm>.

Handelsschiedsgerichtsbarkeit²³¹ und in Art. 17 der ICC Schiedsordnung²³² übernommen.

(2) *Rechtswahl und ordre public*

Die Unabhängigkeit der Schiedsrichter von nationalem Kollisionsrecht hat Auswirkungen auf die den Schiedsparteien oder Schiedsrichtern hinsichtlich der Bestimmung des materiellen Rechts gesetzten Grenzen: Es hat sich mittlerweile die Auffassung durchgesetzt, dass das von den Parteien oder sogar das vom Schiedsgericht im Wege objektiver Anknüpfung zu bestimmende Recht nicht zwingend nationaler Herkunft zu sein braucht²³³. Diese Entwicklung wird in der Praxis deutlich, wenn man die aktuelle Fassung der ICC Schiedsgerichtsordnung von 1998 (Art. 17 Ziff. 1: „The parties shall be free to agree upon the *rules* of law...“) mit der Vorgängerfassung vergleicht (Art. 13 Ziff. 3: „The parties shall be free to determine the *law*...“). Die neue Formulierung legt die Betonung auf „*Rechtsregeln*“ und bringt damit nach überwiegender Auffassung zum Ausdruck, dass eine Beschränkung der Rechtswahlmöglichkeiten auf nationale Rechtsordnungen nicht zwingend ist²³⁴. Zunehmend zeigen auch die

²³¹ URL s. oben Fn. 180. Den weltweiten Einfluss dieses Modellgesetzes auf nationale Gesetzgebung mag folgendes UNCITRAL-Zitat verdeutlichen: „Legislation based on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration has been enacted in Australia, Azerbaijan, Bahrain, Belarus, Bermuda, Bulgaria, Canada, Croatia, Cyprus, Egypt, Germany, Greece, Guatemala, Hong Kong Special Administrative Region of China, Hungary, India, Iran (Islamic Republic of), Ireland, Jordan, Kenya, Lithuania, Macau Special Administrative Region of China, Madagascar, Malta, Mexico, New Zealand, Nigeria, Oman, Peru, Republic of Korea, Russian Federation, Singapore, Sri Lanka, Tunisia, Ukraine, within the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland: Scotland; within the United States of America: California, Connecticut, Illinois, Oregon and Texas; Zambia, and Zimbabwe.“, s. UNCITRAL, Status of Conventions and Model Laws, URL: <http://www.uncitral.org/english/status/status-e.htm>. Das Modellgesetz repräsentiere den „Weltstandard der Anforderungen an die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit“, so v. Hoffmann, FS Kegel, S. 215, 229.

²³² URL: http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/pdf_documents/rules/rules_arb_english.pdf; vgl. zur ICC die Kurzdarstellung in UNCITRAL Yb. XIX (1988), S. 159, Nr. 101 ff.

²³³ Vgl. Böckstiegel, FS Beitzke, S. 443, 448 ff.; Lando, The Law Applicable to the Merits of the Dispute, S. 101, 104; Goldman, The Applicable Law, S. 113, 117; v. Hoffmann, IPRax 1984, S. 106, 107; Bucher, Transnationales Recht im IPR, S. 11, 38 m.w.N.; a.A.: Triebel/Petzold, RIW 1988, S. 245, 246 ff. Vgl. ferner die Einzeldarstellungen unten, Teil I, IV.3.

²³⁴ Vgl. Goldman, The Applicable Law, S. 113, 122; Lando, FS Siehr, S. 391, 400; Berger, Schleichende Kodifizierung, S. 76 m.w.N. in Fn. 298. Die gleiche Formulierung findet sich in Art. 28 Abs. 1 des UNCITRAL-Modellgesetzes (URL s. oben, Fn. 180; vgl. auch die travaux

nationalen Gesetzgeber in ihren Schiedsrechten durch die Aufnahme ähnlicher Bestimmungen eine liberalere Haltung gegenüber der parteiautonomen Wahl nicht-nationalen Rechts²³⁵.

Bedeutet dies, dass die Parteien durch Integration einer Schiedsklausel in ihren Vertrag das *ius cogens* nationaler Rechtsordnungen nach Belieben umgehen können? Aus ordnungspolitischer Sicht stellt die kollisionsrechtliche Wahl eines nicht-nationalen Rechts eine Besonderheit dar: Die materiellrechtliche Verweisung auf nicht-nationale Regelungen ist lediglich die Inanspruchnahme der Privatautonomie. Hier machen die Parteien Regeln eines anderen Rechts zum Vertragsinhalt. Dabei bewegen sie sich innerhalb der Grenzen, die ihnen durch das *ius cogens* der nach kollisionsrechtlichen Grundsätzen auf ihren Vertrag anwendbaren Rechtsordnung gesetzt sind²³⁶. Zudem ist das so gewählte Recht aus dem Blickwinkel eben dieser Rechtsordnung auszulegen²³⁷. Die kollisionsrechtliche Wahl eines nationalen Rechts hingegen erfährt eine solche Begrenzung nicht. Das Recht des Forumstaates bzw. die im Wege der objektiven Anknüpfung „an sich“ auf den Vertrag anwendbare Rechtsordnung können demnach durch kollisionsrechtliche Rechtswahl grundsätzlich abbedungen werden. Dies gilt insbesondere auch für die zwingenden Bestimmungen dieses Rechts²³⁸. Dennoch bedeutet die Wahl eines nationalen Rechts die Unterwerfung des

préparatoires in UNCITRAL Yb. XVI (1985), S. 482 ff). Weitere Beispiele: Art. 28 der International Arbitration Rules of the AAA (abgedruckt in Martindale-Hubbell, S. 113 ff.); Art. 59 der WIPO Arbitration Rules (Martindale-Hubbell, S. 77 ff.); Art. 23 der DIS-Regeln (Martindale-Hubbell, S. 166 ff.); weitere Beispiele bei Dasser, *Lex mercatoria*, S. 132 ff.

²³⁵ Vorreiter war 1981 Frankreich mit Art. 1496 NCPC: „règles du droit“, vgl. Nygh, *Autonomy*, S. 193. Ihm nachgebildet sind z.B. das niederländische, das italienische, das schweizerische, das kanadische und das schwedische Schiedsrecht, vgl. Stein, *Lex mercatoria*, S. 54 m.w.N.; weitere Staaten nennt Lando, *FS Siehr*, S. 391, 400 f. Vgl. für Deutschland Art. 1051 Abs. 1 ZPO („Rechtsvorschriften“). Die überwiegende Meinung im Schrifttum erblickt in der Formulierung eine Ermächtigung zur Anwendung der *lex mercatoria*; zum Meinungsstand vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 379 ff. Die exemplarische Aufzählung „*lex mercatoria* - freundlicher“ nationaler Schiedsrechte darf keinesfalls verallgemeinert werden. Noch immer zeigt sich die weit überwiegende Mehrheit der Nationalstaaten konservativ i.S.d. Art. VII der EC Convention on International Commercial Arbitration von 1961 (URL vgl. oben, Fn. 229), wie der Überblick bei De Ly, *FS Sandroch*, S. 179, 185, zeigt.

²³⁶ Vgl. Kropholler, *Einheitsrecht*, S. 213.

²³⁷ Vgl. Bonell, *RabelsZ* 42 (1978), S. 485, 487 f.

²³⁸ Vgl. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 73; Czernich/Heiss/Heiss, *EVÜ*, Art. 3, Rn. 48.

Vertrages unter ein Ordnungssystem, dem unterstellt werden kann, dass es gewisse Ausgleichsfunktionen zugunsten schwächerer Parteien bzw. gegenüber den Belangen Dritter oder der Allgemeinheit erfüllt²³⁹. Dagegen bietet die kollisionsrechtliche Wahl eines nationalen Rechts keinerlei Gewähr für eine derartige Ausgewogenheit, zumal es oft nur einen sachlich beschränkten Zweck verfolgt und demgemäß schon konzeptionell lückenhaft ist²⁴⁰. Es stellt sich daher die Frage nach einem Korrektiv gegenüber möglichen Nachteilen, die mit der Anwendung nicht-staatlichen Rechts einhergehen.

Einem solchen Korrektiv begegnet man im Rahmen der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit vornehmlich im Zusammenhang mit der Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs in der Gestalt des *ordre public*²⁴¹. Dem *ordre public* liegt das Ziel der Wahrung grundlegender Wertvorstellungen bzw. „des unantastbaren Teils der eigenen Rechtsordnung“²⁴² zugrunde. Rechtstechnisch soll dieses Ziel dadurch erreicht werden, dass das nationale Recht sich vorbehält, die Anwendung an sich anwendbarer fremder Normen auszuschließen, wenn diese Anwendung aus nationaler Sicht als unerträglich empfunden wird²⁴³. Dabei wird grundsätzlich die fremde Rechtsordnung als imstande angesehen, eine Regelung bereitzustellen, die nicht zu unerträglichen Ergebnissen führt. Der *ordre public* versteht sich lediglich als Korrektiv mit Ausnahmecharakter²⁴⁴.

²³⁹ Vgl. oben, bei Fn. 205.

²⁴⁰ Vgl. Zweigert/Drobnig, *RabelsZ* 29 (1965), S. 146, 149; Juenger, FS Rittner, S. 233, 239. Beispiele für solche Regeln sind die PECL oder die UNIDROIT Principles, s. unten, Teil I, III.2.c.

²⁴¹ Das deutsche Recht verwendet in Art. 6 EGBGB den Ausdruck „öffentliche Ordnung“; das englische Recht spricht von der „public policy“. Zum Begriff s. Pentzlin, *Der universelle ordre public*, S. 8a.

²⁴² Kegel/Schurig, *IPR*, S. 453.

²⁴³ Sog. *ordre public* - Vorbehalt. Heutzutage wird vornehmlich auf diese „negative Funktion“ des *ordre public* abgestellt. Früher wurde ihr eine „positive Funktion“ gegenüber gestellt, die darin lag, nationalen Vorschriften mit Ordnungsrelevanz zu bevorzugter Anwendung zu verhelfen. Heute wird dieses Problem nicht mehr unter dem Stichwort des *ordre public*, sondern der Eingriffsnormen behandelt, vgl. Kropholler, *IPR*, S. 239. Die Unterscheidung wird im EGBGB (EVÜ) deutlich, das in Art. 6 EGBGB (Art. 16 EVÜ) die Vorbehaltsklausel des *ordre public* normiert hat und in Art. 34 EGBGB (Art. 7 Abs. 2 EVÜ) die Anwendbarkeit der Eingriffsnormen regelt. Zu den Eingriffsnormen s. sogleich Fn. 245.

²⁴⁴ Vgl. Pentzlin, *Der universelle ordre public*, S. 11.

Gerade im Bereich des internationalen Vertragsrechts erfolgt die Grenzziehung bezüglich der Erträglichkeit der Ergebnisse sehr weit: Verträge entfalten nur relative Wirkungen und das damit verknüpfte oder dadurch ermöglichte wirtschaftliche Agieren wird - sofern es übergeordnete Dritt- oder Allgemeininteressen berührt - durch sog. „Eingriffsnormen“ begrenzt, die außerhalb des Vertragsrechts angesiedelt sind²⁴⁵.

Ordre public und Eingriffsnormen stellen somit eine staatliche Begrenzung der Parteiautonomie dar. Ist aber die Parteiautonomie dergestalt limitiert, so kann auch die Schiedsvereinbarung der Parteien als konstitutives Element des Schiedsverfahrens nicht zu einer unbegrenzten rechtlichen Autonomie des Schiedsgerichts führen. Setzt sich das Schiedsgericht über diese Grenzen hinweg, so können in den vom Streitfall betroffenen Staaten unterschiedliche Sanktionen drohen: Zum einen kann der Schiedsspruch im Sitzstaat des Schiedsgerichts für nichtig erklärt werden, was gem. Art. V Ziff. 1 lit. e des New Yorker Übereinkommens²⁴⁶ die Vollstreckung im Ausland unmöglich machen kann. Zum anderen kann aber auch ohne Nichtigkeitserklärung die Vollstreckung des Schiedsspruchs verweigert werden, wenn diese dem ordre public des Vollstreckungsstaates widersprechen würde, Art. V Ziff. 2 lit. b des New Yorker Übereinkommens²⁴⁷.

Das Schiedsgericht muss demnach zumindest in Hinblick auf die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs ordre-public-Erwägungen anstellen, ansonsten würde es sich dem Vorwurf aussetzen, einen „award in blinkers“ gefällt zu haben²⁴⁸ - und somit dem Parteiauftrag nicht

²⁴⁵ Diese Vorschriften sind zumeist öffentlich-rechtlicher Natur. Beispiele sind das Steuer-, Kartell- und Zollrecht, Ein- und Ausfuhrbeschränkungen, das Arbeitsrecht und der Umwelt- und Verbraucherschutz. Diesen Normen ist gemeinsam, dass sie nicht ausschließlich dem privaten Interessenausgleich dienen, sondern Ordnungsrelevanz besitzen, d.h. staats- und gemeinwohlorientiert sind und sozial- oder wirtschaftspolitische Interessen verfolgen können. Sie beanspruchen Gültigkeit ohne jede Rücksicht auf das jeweils auf den Vertrag anzuwendende Recht oder das Recht des Forumstaates, vgl. dazu Kegel, FS Seidl-Hohenveldern, S. 243 ff.; Juenger, FS Rittner, S. 233 ff.; Lorenz, RIW 1987, S. 569, 578 ff.

²⁴⁶ S. oben, Fn. 220.

²⁴⁷ Vgl. zum Ganzen Bucher, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Rn. 250 ff.

²⁴⁸ Lando, I.C.L.Q. 34 (1985), S. 747, 766. Ähnlich Jarvin, The Sources and Limits of the Arbitrator's Powers, S. 50, 65; Grigera Naón, FS Juenger, S. 65, 70; ausführlich De Ly,

gerecht worden zu sein²⁴⁹. Dabei hat es sämtliche Vollstreckungshindernisse in Betracht zu ziehen, auf die der Schiedsspruch in irgendeinem der in Betracht zu ziehenden Vollstreckungsstaaten stoßen kann²⁵⁰. Dieser Aufgabe gerecht zu werden, kann sich insofern als schwierig darstellen, dass verschiedene Staaten durchaus unterschiedliche Vorstellungen darüber haben, welchen Ordnungsinteressen ordre-public-Gehalt zukommt und welchen nicht. Denn jedenfalls nach traditioneller Ansicht ist der ordre public „Hausmannskost“²⁵¹.

Aus diesem Grunde befindet sich in jüngerer Zeit eine Auffassung im Vormarsch, die ein Zugeständnis an die Internationalität des Schiedsverfahrens macht, indem sie dem soeben dargestellten internationalprivatrechtlichen ordre public die Anwendung eines sog. „internationalen ordre public“²⁵² vorzieht²⁵³. Bei diesem liegt der wertungsmäßige Ausgangspunkt nicht in der nationalen Erträglichkeit des Ergebnisses, sondern bei der Frage, ob in concreto einer ständigen und allgemein anerkannten Praxis der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit entsprochen wurde. Ist dies der Fall, so überschreite der Schiedsspruch die Grenze zur ordre-public-Widrigkeit erst dann, wenn er an einem

International Business Law, Rn. 125 ff., der in Rn. 196 zu einer vergleichbaren Schlussfolgerung gelangt. Die Sicherung der Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs gilt als „Kardinalspflicht internationaler Schiedsrichter“; die Rücksichtnahme auf besondere nationale Besonderheiten und Empfindlichkeiten gehöre mittlerweile zur schiedsrichterlichen Routine, so Stein, *Lex mercatoria*, S. 66, Fn. 127 und S. 91.

²⁴⁹ Den Parteien kommt es darauf an, dass der Schiedsspruch zumindest in denjenigen Staaten durchsetzbar ist, in denen eine Vollstreckung in Betracht kommt. Ausdrücklich hebt eine solche Verpflichtung der Schiedsrichter beispielsweise Art. 35 der ICC-Schiedsordnung hervor (URL s. oben, Fn. 232): „...the Arbitral Tribunal [...] shall make every effort to make sure that the Award is enforceable at law“.

²⁵⁰ Vgl. Bucher, *Transnationales Recht im IPR*, S. 11, 37.

²⁵¹ Der Ausdruck stammt von Raape/Sturm, *IPR I*, S. 220.

²⁵² Bei der Verwendung des Begriffs „internationaler ordre public“ ist Vorsicht geboten: „Verwirrend ist dabei nur, dass Inhalt und Funktion der bisher vorgeschlagenen Begriffe eines ‚internationalen ordre public‘ sehr unterschiedlich sind und den verschiedenen Konzeptionen eines ‚internationalen ordre public‘ zum Teil nichts Gemeinsames anhaftet“, Pentzlin, *Der universelle ordre public*, S. 3. Oftmals findet sich auch die Bezeichnung „transnationaler ordre public“ oder „ordre public véritablement international“, vgl. Bucher, *Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Rn. 302 ff.; ders., *Transnationales Recht im IPR*, S. 11, 56; De Ly, *International Business Law*, Rn. 331.

²⁵³ Den Wunsch nach einem solchen „truly international ordre public“ für die *lex mercatoria* äußerte bereits 1983 Goldman, *Lex mercatoria*, S. 22.

schwerwiegenden, die Grundlagen des staatlichen und wirtschaftlichen Lebens berührenden Mangel leide²⁵⁴. Bei der Beachtung des internationalen ordre public fragt der Schiedsrichter also nicht mehr nach einer Beziehung zu einem oder mehreren potentiellen Vollstreckungsstaaten, sondern wendet Rechtsgrundsätze an, die in der internationalen Staatengemeinschaft entwickelt worden sind²⁵⁵. Nach dieser Auffassung sind somit drei Ebenen zu unterscheiden, auf denen sich nationales Recht gegenüber vertraglichen Vereinbarungen durchsetzen kann: Zum einen als einfach-zwingendes Recht, das jedoch wie gesehen mittels kollisionsrechtlicher Rechtswahl abbedungen werden kann, ferner mittels des von Raape/Sturm als „Hausmannskost“ bezeichneten „nationalen“ ordre public und schließlich auf der Ebene des inter- oder transnationalen ordre public²⁵⁶.

Die Integration einer Schiedsklausel, gepaart mit der Wahl eines nicht-nationalen Rechts stellt sich zusammenfassend als ein Instrument dar, das den Parteien vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten an die Hand gibt, die weit über den durch das ius cogens des ansonsten nach objektiver Anknüpfung anwendbaren Rechts gezogenen Rahmen hinausgehen. „Delokalisierung“²⁵⁷ und „Denationalisierung“²⁵⁸ der Streitentscheidung stellen eine Annäherung von wirtschaftlicher Realität und ihrer rechtlichen Erfassung dar, die mittels eines privatautonom eingesetzten Streitentscheidungsorgans erfolgt, dem die Verwirklichung des Parteiwillens seiner Natur nach oberstes Gebot ist - begrenzt lediglich durch den internationalen ordre public sowie ggf. zur Anwendung gelangende Eingriffsnormen.

²⁵⁴ Diese Grundsätze hat der BGH bereits 1967 für die Anerkennung ausländischer Gerichtsurteile nach § 328 I Nr. 4 ZPO aufgestellt, BGHZ 48, S. 327, 331; vgl. auch BGH NJW 1986, S. 3027 ff.; BGH NJW 1988, S. 3090, 3092.

²⁵⁵ Wichtige Beispiele für diesen noch nicht abschließend bestimmbar, sich in der Entwicklung befindlichen Rechtsbereich finden sich m.w.N. bei Bucher, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Rn. 302 ff.

²⁵⁶ Vgl. zu ihrer qualitativen Abstufung Berger, Schleichende Kodifizierung, S. 73 f.

²⁵⁷ Loslösung von nationalstaatlich-territorialer Anbindung, vgl. Stein, Lex mercatoria, S. 77 und ausführlich S. 85 ff.; Park, Control Mechanisms in the Development of a Modern Lex Mercatoria, S. 143, 155 f.; vgl. auch unten, Fn. 545.

²⁵⁸ Befreiung von nationalstaatlicher Kollisions- Prozess- und Sachrechtsbindung, vgl. Stein, Lex mercatoria, S. 77.

c. Resümee

Das dem System des IPR immanente Dilemma der Zwangsnationalisierung eines internationalen Sachverhalts wurde auf „beiden Seiten“ des Gesetzes erkannt und führte zu Annäherungen und Verschränkungen zwischen Gesetzgebung und Praxis.

Die - nationalen und internationalen - Gesetzgeber nähern sich durch die Schaffung von Einheitsrecht oder den Erlass von Sondergesetzen für den internationalen Handel dessen besonderen Bedürfnissen an. Wie gesehen, führt dies jedoch nur zu punktuellen Erleichterungen - das Grundproblem, nämlich die Konkurrenzsituation der verschiedenen Geltungsansprüche nationaler Rechtsordnungen und das damit verbundene Zuordnungsproblem des internationalen Sachverhaltes zu einer nationalen Rechtsordnung bleiben erhalten. Auf der anderen Seite greift der internationale Handel zur „Selbsthilfe“²⁵⁹ - und macht sich dabei den von der Gesetzgebung großzügig bemessenen Gestaltungsspielraum zunutze, der durch das Zusammenspiel von Privat- bzw. Parteiautonomie und der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit im Wesentlichen nur durch den *ordre public* begrenzt wird. Auf zwei Schlagworte gebracht sind die Ausweichstrategien des internationalen Handels materielle Rechtsgestaltung und alternative Konfliktbeilegung²⁶⁰. Die Weite des zugebilligten Gestaltungsspielraums wiederum erweist sich als förderlich für die vereinheitlichende Tätigkeit der *formulating agencies*. Die Annäherungen und Verschränkungen zwischen Gesetzgebung und Praxis bewirken so ein günstiges Klima für eine produktive und praxisgerechte Weiterentwicklung international einheitlichen Handelsrechts unter aktiver Mitwirkung der am internationalen Handel beteiligten Kreise²⁶¹.

²⁵⁹ Schnitzer, FS Mann, S. 289, 299.

²⁶⁰ Vgl. Stein, *Lex mercatoria*, S. 35; aktuell auch Ebke, FS Druey, S. 99, 107.

²⁶¹ Man kann diese positive Einschätzung teilen, man kann die Situation aber auch zynisch folgendermaßen beschreiben: „...die Tauglichkeit staatlichen Rechts erweise sich offenbar vor allem darin, dass es in selbstkritischer Erkenntnis der eigenen Unzulänglichkeit seiner erzwungenen Abdankung im internationalen Wirtschaftsverkehr keinen ernsthaften Widerstand entgegensetzt.“, Stein, *Lex mercatoria*, S. 214.

III. Die „moderne lex mercatoria“ - materieller Gehalt

1. Begriffliche Eingrenzung

In der Literatur wird zwischen einem weiten und einem engen Verständnis des Terminus „lex mercatoria“ unterschieden.

a. Weites Verständnis nach Schmitthoff

Anhänger eines weiten Begriffsverständnisses legen ihr Augenmerk auf die von der lex mercatoria umfassten Regelungsobjekte: Unabhängig von Herkunft und Rechtsnatur der herangezogenen Rechtsquellen soll die lex mercatoria alle Regelungen umfassen, die auf internationale Handelsbeziehungen anzuwenden sind²⁶². Der Begriff umfasst danach nicht nur das selbst geschaffene Recht der Praxis, sondern auch die sog. „internationale Gesetzgebung“²⁶³ und unvereinheitlichtes nationales Sonderprivatrecht für den internationalen Handel²⁶⁴. Unter Zugrundelegung dieses weiten Begriffsverständnisses lassen sich jedoch nur wenig Rückschlüsse auf den materiellen Gehalt einer lex mercatoria ziehen: Zwar wird hier der Adressat der unter dem Begriff zusammengefassten Normen

²⁶² So Schmitthoff, der die internationalen Übereinkommen neben den Handelsbräuchen als zentrale Rechtsquelle einer lex mercatoria ansieht (Schmitthoff, Commercial Law in a Changing Economic Climate, S. 16; ders., Unification, S. 6; ders., RabelsZ 28 (1964), S. 47, 61. Ein weites Begriffsverständnis legen ebenfalls zugrunde: Kappus, Lex mercatoria, S. 128 ff.; Fabricius, FS Schmitthoff, S. 101, 141; v. Hoffmann, IPRax 1984, S. 106, 107; ders., FS Mann, S. 215, 220; Horn, Uniformity and Diversity, S. 3, 16; Lando, I.C.L.Q. 34 (1985), S. 747, 749 ff.; ders., RabelsZ 56 (1992), S. 261, 266; Garro, Tulane Law Review 69 (1995), S. 1149, 1150; Siehr, Sachrecht im IPR, S. 103, 114; Boele-Woelki, Terms of Co-Existence, S. 203, 228; Weise, Lex mercatoria, S. 90 und 117 ff.; Dasser, Lex Mercatoria, S. 100 ff., 104 ff. und 125 f.; Goldstajn, Lex mercatoria and the CISG, S. 241, 247. Unklar bleibt allerdings, ob Goldstajn damit ein enges oder ein weites Begriffsverständnis propagiert: Einerseits definiert er - wie Schmitthoff - die lex mercatoria anhand des Regelungsobjekts ihrer Rechtsquellen, namentlich der internationalen Handelsbeziehungen. Benennt er jedoch die Quellen der lex mercatoria, so bezieht er die internationale Gesetzgebung teils mit ein (Goldstajn, FS Schmitthoff, S. 171, 184; ders., Autonomous Rules, S. 55, 99; ders., Lex Mercatoria and the CISG, S. 241, 247), teils schließt er sie - im selben Beitrag (!) - aus (Goldstajn, Autonomous Rules, S. 55, 86).

²⁶³ Der Begriff ist missverständlich, weil diese Gesetzgebung zwar zum großen Teil auf internationaler Ebene geschaffen wird, dann aber in die nationalen Rechtsordnungen inkorporiert werden muss. Der Begriff ist also enger als der des internationalen Einheitsrechts, da letzteres nicht zwingend Gesetzesrecht sein muss, vgl. Kropholler, Einheitsrecht, S. 1 ff.

²⁶⁴ Insbesondere handelt es sich dabei um die Außenwirtschaftsgesetze der ehemaligen Staatshandelsländer, beispielsweise das Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge (GIW) der DDR vom 5.2.1976, GBl. I Nr. 5, S. 61.

festgelegt. Ob mit diesem weiten Begriff darüber hinaus sinnvoll operiert werden kann, ist indes fraglich: Als Sammelbegriff für das faktisch einheitliche Weltrecht des Handels werden Normen zusammengefasst, deren Rechtsnatur gegensätzlicher nicht sein könnte: Die vereinheitlichte nationale und internationale Handelsgesetzgebung wird begrifflich mit dem selbst geschaffenen Recht der Praxis gleichgestellt. Während es sich bei ersterer um Recht handelt, dessen Setzung durch staatliche Organe erfolgt ist und dem die Rechtssetzungsmacht souveräner Staaten unmittelbar Geltung verleiht²⁶⁵, gehören Rechtsnatur und Geltungsgrund des letzteren zu den zentralen Streitpunkten innerhalb der *lex mercatoria* - Diskussion. Um mit dem Begriff „*lex mercatoria* i.w.S.“ sinnvoll arbeiten zu können, müsste man daher stets verdeutlichen, ob man gerade von seinem „legislativen“ oder seinem „autonomen“ Bestandteil spricht.

b. Enges Verständnis nach Goldman

Diese Unsicherheiten werden vermieden, wenn man mit Goldman von einem engen Verständnis einer *lex mercatoria* ausgeht und ihren materiellen Gehalt anhand ihrer Quellen in Abgrenzung zum Recht staatlicher Herkunft bestimmt. Goldmans Konzept liegt die Vorstellung eines heranwachsenden transnationalen Handelseinheitsrechts zugrunde, das einen gewohnheitsmäßigen und „spontanen“ Ursprung hat²⁶⁶. Das Objekt der *lex mercatoria* ist danach wie bei Schmitthoff das Recht des internationalen Handels. Darüber hinaus muss jedoch eine Einschränkung in Bezug auf die Herkunft gemacht werden: Hier ist lediglich das selbst geschaffene Recht des internationalen Handels zu berücksichtigen. Grundsätzlich schließt Goldman damit Quellen aus, die eindeutig zu einem bestimmten staatlichen Recht oder dem Völkerrecht gehören. Mit der Einbeziehung der internationalen Gesetzgebung verleihe man also einen so verstandenen „inneren Kreis“²⁶⁷ der

²⁶⁵ Vgl. Schmitthoff, *RabelsZ* 28 (1964), S. 47, 64.

²⁶⁶ Goldman, *RdC* 109 (1963 II), S. 347, 470-473; ders., *Clunet* 106 (1979), S. 475, 485 ff.; ders., *Lex mercatoria*, S. 6; ders., *The applicable law*, S. 113, 114; ders. *FS Lalive*, S. 241, 242 ff.; ebenso Sanders, *RdC* 145 (1975 II), S. 204, 263; Kahn, *FS Goldman*, S. 97, 100; Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, S. 46 und 446; Virally, *FS Goldman*, S. 373, 384.

²⁶⁷ So formuliert von Dasser, *Lex mercatoria*, S. 104.

lex mercatoria. Folgt daraus, dass supranationales Recht und vereinheitlichtes nationale Recht zwingend aus der Betrachtung auszuschließen sind? Soweit man sie lediglich aufgrund ihres Regelungsgegenstandes mit einbeziehen wollte, trifft das sicher zu. Darüber hinaus enthalten Modellgesetze und Konventionen aber nicht selten Vorschriften, die internationale Handelsbräuche wiedergeben oder international anerkannte allgemeine Rechtsgrundsätze konkretisieren. Sofern ein Abkommen so allgemein anerkannt ist, dass es als Ausdruck allgemeiner Rechtsüberzeugung auch unabhängig von seiner Einbettung in nationales Recht Beachtung und Anwendung findet, sollte es als Bestandteil der lex mercatoria i.e.S. anerkannt werden. Die internationale Gesetzgebung kann im Zusammenspiel mit ihrer „Ratifikationsdichte“ zumindest eine Indizfunktion für das Bestehen von Handelsbräuchen, Handelsgewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen übernehmen und muss insoweit auch i.R. einer lex mercatoria i.e.S. Beachtung finden. Sofern also die internationale Gesetzgebung als Bestandteil der lex mercatoria Berücksichtigung findet, geschieht dies unabhängig von ihrer völkerrechtlichen Verbindlichkeit oder innerstaatlichen Anwendbarkeit. So verstanden und begrenzt entspricht die Einbeziehung der internationalen Gesetzgebung auch der Auffassung Goldmans²⁶⁸.

c. Stellungnahme

Juristische Begriffsbildungen sollen teleologisch erfolgen, d.h. sie sind stets vor dem Hintergrund ihrer jeweiligen Fragestellung zu sehen²⁶⁹. Bei dem Begriff „lex mercatoria“ divergieren jedoch die damit verbundenen Fragestellungen in solchem Maße, dass sich allein daraus keine Aussage über seine „richtige“ oder „falsche“ Verwendung ableiten lässt. Umso deutlicher wird, dass auch für die vorliegende Untersuchung die zugrunde liegende Fragestellung entscheidenden Einfluss auf die Ein- und Abgrenzung des mit dem Schlagwort „lex mercatoria“ gekennzeichneten Problemkreises hat.

²⁶⁸ Goldman, *The applicable law*, S. 113, 114: „At least provisionally, I would here conclude that the lex mercatoria comprises rules the object of is mainly, if not exclusively, transnational, and the origin is customary and thus spontaneous, notwithstanding the possible intervention of interstate or state authorities in the elaboration and/or implementation.“

²⁶⁹ Vgl. Wank, *Juristische Begriffsbildung*, S. 151.

Ebenso deutlich wird, dass jede Behandlung des Themas bei dem derzeitigen Stand der Diskussion nur dann einen fruchtbaren Beitrag erbringen kann, wenn eine solche Abgrenzung entweder vorangestellt wird oder der Abhandlung unmissverständlich entnommen werden kann - beides trifft nur in seltenen Fällen zu²⁷⁰.

Für die vorliegende Untersuchung ist zentrales Kriterium der begrifflichen Eingrenzung die in der Einleitung dargestellte Prämisse einer *außerstaatlichen*, dezentralen Rechtsbildung durch die am internationalen Handel beteiligten Kreise. Hier liegt der Schwerpunkt der Fragestellung: Inwieweit kann dieses nicht-staatliche Recht mit Hilfe des CISG staatlich sanktionierte Bedeutung erlangen und wie geschlossen ist das daraus resultierende System aus staatlichem und nicht-staatlichem Einheitsrecht aus der Perspektive des internationalen Handels? Diese Schwerpunktbildung indiziert bereits, dass der vorliegenden Untersuchung ein an Goldman angelehntes, enges Verständnis der *lex mercatoria* zugrunde liegt. Die Frage, ob das CISG geeignet sei, Rechtssätzen einer *lex mercatoria* staatlich sanktionierte Autorität zu verleihen, ergäbe für ihren „legislativen“ Teil, der unmittelbar durch den Rechtsanwendungsbefehl eines oder mehrerer Staaten verbindlich ist, keinen Sinn: Die (wenigen) Probleme hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit wären rein völkerrechtlicher oder kollisionsrechtlicher, möglicherweise auch verfassungsrechtlicher Natur; mit dem UN-Kaufrecht stehen sie jedoch in keinerlei materiellem Zusammenhang. An dieser Stelle können daher diejenigen Gegenstände aus der Betrachtung ausgeschlossen werden, deren Geltung sich ausschließlich und unmittelbar auf staatlichen Rechtsanwendungsbefehl stützt, wie es etwa beim Völkerrecht oder staatlich gesetztem Einheitsrecht der Fall ist. Wenn also hier der Auffassung einer *lex mercatoria* i.e.S. gefolgt wird, so drückt dies aus, dass Schwerpunkt der Betrachtung nicht ihr Regelungsgegenstand, sondern der Ursprung und die Art ihrer Quellen ist.

²⁷⁰ Vgl. Vischer, Colloque de Bâle (30.-31. Oktober 1980), Diskussionsbeitrag auf S. 181; ebenso Horn, *Uniformity and Diversity*, S. 3, 11 und 15.

2. Ausgewählte Elemente der *lex mercatoria* im Überblick

Wie bereits in der Einleitung hervorgehoben, ist aufgrund des durch Art. 1 Abs. 1 CISG vorgegebenen Rahmens für die vorliegende Arbeit lediglich eine Betrachtung solcher Elemente erforderlich, die im Kontext mit „Kaufverträge[n] über Waren“ relevant werden können. Beschränkt sich die Arbeit entsprechend der begrifflichen Eingrenzung zudem auf das *selbst geschaffene* Recht des internationalen Handels, so verbleibt dennoch eine solche Vielzahl verschiedenartigster Regeln und Grundsätze unterschiedlichster Herkunft, dass für die folgende Darstellung eine weitere Kategorisierung angebracht ist. Aufgrund dieser Vielfalt kann ihre Darstellung im Rahmen dieser Arbeit nur exemplarisch und schlagwortartig erfolgen. Da sie jedoch die Substrate sowohl der Diskussion um den autonomen Charakter der *lex mercatoria* als auch der Untersuchung der Schnittstellen des UN-Kaufrechts zur Anwendung der *lex mercatoria* bilden, erscheint an dieser Stelle eine kurze Vorstellung ausgewählter Elemente gerechtfertigt²⁷¹. Dabei beschränken sich die Ausführungen auf die Darstellung des materiellen Inhalts der einzelnen Elemente und lassen Fragen nach der eigenständigen Rechts(ordnungs)qualität derselben bewusst offen²⁷². Diese Einschränkung wirkt sich auch auf die Kategorisierung aus, die sich an Inhalt und Herkunft der Regeln, nicht aber an ihrer Rechtsnatur orientiert.

a. Die kautelarjuristischen Elemente der *lex mercatoria*

Der Begriff der kautelarjuristischen Elemente der *lex mercatoria* soll nicht nur das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Formulare und Klauseln zusammenfassen, sondern umfasst auch Modellverträge, die zunächst als Grundmuster herangezogen werden, dann aber einvernehmlich an die konkrete Geschäftssituation angepasst werden²⁷³. Die Terminologie der einzelnen Begriffe ist international uneinheitlich und ihre präzise Abgrenzung

²⁷¹ Für eine ausführliche Darstellung zum materiellen Gehalt der *lex mercatoria* s. Dasser, *Lex mercatoria*, S. 77 ff.; ebenso ausführlich, jedoch in einen breiteren Kontext gesetzt: De Ly, *International Business Law*, Rn. 197 ff.

²⁷² Ausführlich wird darauf hingewiesen unten, Teil I, V eingegangen. Zu ihrer mittelbaren Anwendbarkeit über die „Schnittstellen“ des CISG s. schließlich unten, Teil II, III.

²⁷³ Ausführlich zu den Modellverträgen in Abgrenzung zu den sog. „contracts of adhesion“ Schmitthoff, *I.C.L.Q.* 17 (1968), S. 551 ff.

untereinander damit nicht möglich²⁷⁴. Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Modellverträgen, Formularen und Klauseln ist gemeinsam, dass sie bis auf wenige Ausnahmen²⁷⁵ kein staatlich gesetztes Recht darstellen, sondern der internationalen Kaufmannschaft selbst entspringen, so dass sie auch nach der hier vertretenen, engen Definition Goldmans der *lex mercatoria* zuzurechnen sind. Soweit sie für diese Untersuchung eine Rolle spielen, ist diesen Elementen ihre Standardisierung gemeinsam, ein Merkmal, das ihnen ihre Bedeutung als „quantitativ weitaus bedeutendster Beitrag zum Praxisrecht der internationalen Wirtschaftsbeziehungen“²⁷⁶ verleiht. Dieses Praxisrecht zieht sich durch zahlreiche Branchen und ist aufgrund seiner Vielfalt und Verästelung wenig überschaubar. Insbesondere im hier untersuchten Bereich des Warenhandels substituiert es weitestgehend positives staatliches Recht²⁷⁷. Neben dem branchenspezifischen Praxisrecht, das in zahlreichen AGB, Standard- und Modellverträgen von Branchenorganisationen kodifiziert und fortgeschrieben wird und seinen Ursprung somit unmittelbar in den am internationalen Handel beteiligten Kreisen hat²⁷⁸, haben auch zwischenstaatliche oder private branchenunabhängige Wirtschaftsorganisationen Anteil an der Sammlung und Kodifizierung des Praxisrechts²⁷⁹. Sie alle verfolgen das gemeinsame Ziel, moderne, praxisnahe und ausgewogene Regeln des internationalen Handels in anwendungsfreundlicher Form bereitzustellen²⁸⁰.

²⁷⁴ Vgl. Kropholler, Einheitsrecht, S. 119 ff.

²⁷⁵ Eine Sonderstellung nehmen die Allgemeinen Lieferbedingungen für den Handel zwischen den Staaten des Rats für gegenseitige Wirtschaftshilfe (ALB/RGW) ein. Es handelt sich bei ihnen nicht um AGB, sondern um vereinheitlichtes, teilweise sogar zwingendes objektives Recht, vgl. Seiffert, Das Rechtssystem des RWG, S. 133.

²⁷⁶ Stein, *Lex mercatoria*, S. 37 f.

²⁷⁷ Vgl. Stein, *Lex mercatoria*, S. 38 m.w.N.

²⁷⁸ Zu nennen sind beispielsweise die London Corn Trade Association (gegr. 1877; zusammen mit der London Cattle Food Trade Association wurde sie 1971 zur GAFTA, s. dazu unten, Fn. 284), die Bremer Baumwollbörse (1872), die Silk Association of America (1873) und die International Wool Textile Organisation (1928), vgl. Schmitthoff, *I.C.L.Q.* 17 (1968), S. 551, 555. Für aktuellere Beispiele s. De Ly, *International Business Law*, Rn. 284, Fn. 299.

²⁷⁹ Vgl. dazu bereits oben, Fn. 200.

²⁸⁰ Vgl. Stein, *Lex mercatoria*, S. 38 f.

Aufgrund der Vielzahl der existierenden Standardverträge und Klauseln ist ein auch nur annähernd vollständiger Überblick über die kautelarjuristischen Elemente im Rahmen dieser Arbeit weder sinnvoll noch möglich²⁸¹; einige für den internationalen Warenkauf relevante Beispiele sollen aber dennoch vorgestellt werden:

Mit ihrer Verbreitung in über 140 Ländern stellen die von der ICC 1933 erstmals normierten und seit dem 1.1.1994 in der Revision 1993 geltenden Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive²⁸² die wohl wichtigste Textsammlung dar, die weltweit den Gebrauch und Anwendungsbereich von Dokumenten-Akkreditiven regelt und daher als „Charta des Dokumenten-Akkreditivs“ bezeichnet wird²⁸³.

Als Schulbeispiele standardvertraglicher Regeln für den internationalen Warenkauf gelten dagegen die Verträge der Grain and Feed Trade Association (GAFTA)²⁸⁴ oder die zahlreichen Standardverträge der ECE²⁸⁵. Ein aktuelles und branchenunabhängiges Beispiel ist zudem der 1997 erschienene ICC Model International Sales Contract²⁸⁶, der beim Verfassen von Kaufverträgen über Industriewaren zum Weiterverkauf²⁸⁷ Hilfestellung geben will und entsprechende Formulierungsvorschläge bereithält. Seit 2002 existiert auf dessen Grundlage unter der Bezeichnung „Paction“ ein

²⁸¹ Einen Überblick gibt Schmitthoff, Export Trade, S. 63 ff.

²⁸² ICC Publ. Nr. 500; daher auch unter der Abkürzung ERA 500 geläufig.

²⁸³ Umstritten ist, ob es sich bei ihnen um AGB oder um kodifiziertes Handelsgewohnheitsrecht handelt. Da sich die ICC jedoch nicht auf die Sammlung und Festschreibung dieser Regeln beschränkt, sondern selbst rechtsfortbildend tätig wird, sollte man sie als AGB ansehen und folglich für ihre Verbindlichkeit eine hinreichende Bezugnahme der Parteien fordern, vgl. De Ly, International Business Law, Rn. 268 ff.; Stein, Lex mercatoria, S. 39.

²⁸⁴ Vgl. Dasser, Lex mercatoria, S. 78; De Ly, International Business Law, Rn. 284; Stein, Lex mercatoria. Beispiele aus anderen Branchen finden sich bei De Ly, International Business Law, Rn. 281 ff.; Schmitthoff, Export Trade, S. 73.

²⁸⁵ Economic Commission for Europe, vgl. UNCITRAL Yb. XIX (1988), S. 153, Nr. 31 ff. Einzelheiten zu den Standardverträgen bereits bei Schmitthoff, I.C.L.Q. 17 (1968), S. 551, 559 ff.; ders., Export Trade, S. 73 f.

²⁸⁶ ICC Publ. Nr. 556; bisher nicht in deutscher Sprache erschienen.

²⁸⁷ Nicht umfasst ist allerdings der mit einer Vielzahl von nationalen Spezialvorschriften durchgezogene Konsumentenkauf.

internetbasiertes Hilfsmittel zur Vorbereitung, Verhandlung und zum Abschluss von Warenkaufverträgen²⁸⁸.

Die geläufigste²⁸⁹ Sammlung international gebräuchlicher Klauseln findet sich in den von der ICC seit 1936 herausgegebenen INCOTERMS²⁹⁰, die bis hin zur heute gültigen Fassung der am 1.1.2000 in Kraft getretenen INCOTERMS 2000²⁹¹ ständig aktualisiert und ergänzt wurden. Länder- und branchenübergreifend regeln die INCOTERMS wesentliche Käufer- und Verkäuferpflichten für alle internationalen Lieferverträge, indem sie die Bedeutung von Klauseln wie fob, cif, frei Frachtführer etc. festlegen²⁹². Die INCOTERMS stellen keine kreative Neuschöpfung der ICC dar, sondern verstehen sich als Sammlung der in der Praxis gebräuchlichen Klauseln und ihrer üblichen Auslegung²⁹³. Die sorgfältige Erarbeitung durch die ICC und die fortlaufenden Anpassungen an die besonderen Bedürfnisse des internationalen Handels belegen die Nähe dieses Klauselwerks zu dem täglichen Leben der Kaufmannschaft. Anlass für die letzte umfangreiche²⁹⁴ Neufassung der INCOTERMS 1990²⁹⁵ waren zum einen die Berücksichtigung veränderter Transporttechniken, so v.a. die Bildung von Ladungseinheiten in Containern, der multimodale Transport und sog. RoRo²⁹⁶-Transporte mit LKW oder Eisenbahnwaggons über See, sowie zum anderen die Anpassung der Klauseln an den steigenden Einsatz des elektronischen Datenaustauschs²⁹⁷. Die INCOTERMS dürften mittlerweile trotz der Existenz

²⁸⁸ URL: <http://paction.modelcontracts.com>. Einblick in die Funktionsweise dieses Tools gibt eine frei zugängliche Demoversion, URL: <http://paction.modelcontracts.com/aclhome/shtml/Demo.shtml>.

²⁸⁹ Vgl. Winship, Int. L., Fall 1995, Vol. 29, No. 3, S. 525, 545.

²⁹⁰ Die Abkürzung steht für „International Commercial Terms“.

²⁹¹ ICC Publ. Nr. 560; abgedruckt bei Bredow/Seiffert, INCOTERMS 2000, S. 213 ff.

²⁹² Vgl. Piltz, INCOTERMS und UN-Kaufrecht, S. 20.

²⁹³ Dasser, Lex mercatoria, S. 88.

²⁹⁴ Dagegen weisen die INCOTERMS 2000 gegenüber der Fassung von 1990 lediglich Änderungen bei den Klauseln „FAS“ (Free Alongside Ship), „FCA“ (Free Carrier) und „DEQ“ (Delivered ex Quai) auf, vgl. Bredow/Seiffert, INCOTERMS 2000, Einführung, Rn. 12.

²⁹⁵ Abgedruckt bei Bredow/Seiffert, INCOTERMS 1990, S. 191 ff.

²⁹⁶ RoRo steht für „Roll on- Roll off“.

vergleichbarer konkurrierender Klauselwerke die weltweit am meisten verwendeten Handelsklauseln sein, unter deren Zuhilfenahme die am internationalen Handel beteiligten Kreise ihre Verträge gestalten²⁹⁸.

Klauselwerke müssen nicht zwingend ein so weites Regelungsangebot beinhalten wie die INCOTERMS; bisweilen werden von den formulating agencies auch einzelne Klauseln entwickelt, die lediglich einen punktuellen Bereich umfassen. Ein aktuelles Beispiel dafür sind die ICC Force Majeure Klausel und die ICC Hardship Klausel, die im Jahre 2003 in revidierter Fassung herausgebracht worden sind und verbesserte vertragliche Regelungen für Fälle höherer Gewalt (Force Majeure) und Unzumutbarkeit (Hardship) vorschlagen²⁹⁹.

b. Handelsbräuche

Mit den kautelarjuristischen Elementen der *lex mercatoria* eng verwandt sind die sich aus ihrer regelmäßigen Verwendung gegebenenfalls entwickelnden Handelsbräuche³⁰⁰. § 1-205 Abs. 2 UCC definiert Handelsbräuche als „any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question“. Die Grenzziehung zu den kautelarjuristischen Elementen verläuft fließend; eine Abgrenzung ist nicht immer möglich, da keine verbindlichen Kriterien dafür ersichtlich sind, wann sich eine wiederholte Praxis der Vertragsgestaltung zu einem Handelsbrauch verdichtet hat.

²⁹⁷ S. Bredow/Seiffert, INCOTERMS 1990, Einleitung, Rn. 7 u. 9; ausführlich zum Transport im grenzüberschreitenden Handel Day, *The Law of International Trade*, S. 11 ff.; zu den internationalprivatrechtlichen Problemen multimodaler Transportverträge Otte, FS Kegel, S. 141 ff.

²⁹⁸ Vgl. Piltz, *Internationales Kaufrecht*, § 2, Rn. 176; Dasser, *Lex mercatoria*, S. 88.

²⁹⁹ ICC Publ. Nr. 650.

³⁰⁰ So ordnet beispielsweise Weise die Handelsbräuche und -gewohnheiten dem Klauselrecht zu, vgl. Weise, *Lex mercatoria*, S. 128.

Handelsbräuche machen neben den kautelarjuristischen Elementen den prominentesten Bestandteil der *lex mercatoria* aus³⁰¹. Nicht nur hinsichtlich ihrer Rechtsnatur, sondern auch materiell unterscheiden sich die Handelsbräuche und -gewohnheiten dadurch von staatlich gesetztem Recht, dass ihr Ursprung innerhalb der unmittelbaren Einflussosphäre ökonomischer Entscheidungsträger liegt, so dass ihr Regelungsinhalt von den im internationalen Handel agierenden Subjekten selbst gewählt und ausgestaltet wird. Ihre konkrete Gestalt erhalten die einzelnen Rechtssätze nicht durch Rechtssetzung, sondern sie entwickeln sich evolutionär. Keinen Einfluss auf Rechtsnatur und materiellen Inhalt hat das in manchen Branchen übliche Vorgehen, Handelsbräuche zu sammeln und als „Kodifikation“ herauszugeben. Diese „Kodifikationen“ dienen lediglich der Rechtssicherheit; sie wollen die vorgefundene Rechtslage nicht ändern, sondern lediglich konsolidieren³⁰². Um sich zu einem „internationalen“ Handelsbrauch zu entwickeln, muss eine bestimmte Übung nicht weltumspannend verbreitet sein. Lagarde weist deutlich darauf hin, dass es nicht eine allumfassende, internationale soziale Gruppe der Kaufleute gebe, vielmehr habe man es mit vielen Untergruppen zu tun, die je nach Branche und Organisationsgrad unterschiedlich ausgeprägt sind³⁰³. Obwohl die Begriffsverwendung dies nicht erkennen lässt, beschränken sich „internationale“ Handelsbräuche also in der Regel auf bestimmte Branchen oder auch bestimmte Orte³⁰⁴.

c. „Privatkodifikationen“³⁰⁵

Angesichts der mit der legislatorischen Rechtsvereinheitlichung verbundenen Probleme³⁰⁶ bemühen sich zahlreiche internationale private und zwischenstaatliche Organisationen um die Schaffung aktueller, an die

³⁰¹ Vgl. Dasser, *Lex mercatoria*, S. 94; Goldštajn, *Autonomous Rules*, S. 55, 71 und 95; Bonell, *östJBl* 1985, S. 385.

³⁰² Vgl. Dasser, *Lex mercatoria*, S. 96.

³⁰³ Lagarde, FS Goldman, S. 125, 135 f. und 138 f.

³⁰⁴ Vgl. Dasser, *Lex mercatoria*, S. 95.

³⁰⁵ Der Begriff ist übernommen von Michaels, *RabelsZ* 62 (1998), S. 580 (im Titel). „Privat“ bedeutet dabei nicht, dass zwischenstaatliche Organisationen wie UNIDROIT als Urheber solchen Rechts ausgeschlossen sein müssen. Der Begriff soll vielmehr die Abgrenzung vom formalisierten, staatlichen Gesetzgebungsverfahren zum Ausdruck bringen.

³⁰⁶ S. oben, Teil I, II.4.a.aa(3).

Bedürfnisse des internationalen Handels anknüpfender und damit praxisnaher Regeln. Diese gehören einer eigenen Kategorie an, da sie einerseits keine Musterverträge oder -Klauseln darstellen, sondern generell-abstrakte Normen bereithalten, sich andererseits auch nicht auf die Kodifikation bestehender Handelsbräuche beschränken, sondern diese, wo immer es den Urhebern erforderlich erschien, fortgebildet haben³⁰⁷. Die beiden erfolgreichsten Ergebnisse dieser Bemühungen sind die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts und die Principles of European Contract Law.

aa. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts

Das Internationale Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts (UNIDROIT) wurde aufgrund einer Entscheidung des Völkerbundes und der italienischen Regierung im Jahre 1926 in Rom ins Leben gerufen und nahm am 30. Mai 1928 seine Arbeit auf. Die Initiative zur Gründung eines Instituts für die Vereinheitlichung des Privatrechts ging von Ernst Rabel und dem italienischen Rechtsvergleicher Vittorio Scialoja aus; letzterem oblag die Leitung von UNIDROIT. Nach dem Niedergang des Völkerbundes wurde das Institut auf der Basis eines multilateralen Abkommens, der Satzung von UNIDROIT, neugegründet. Mitglieder sind ausschließlich Staaten, die zuvor der Satzung von UNIDROIT beigetreten sein müssen. Heute gehören dem Institut mehr als 50 Staaten an. Die Mitgliedsstaaten stammen von allen fünf Kontinenten und repräsentieren damit eine Fülle unterschiedlichster Rechts-, Wirtschafts- und politischer Systeme. Die offiziellen Institutssprachen sind Englisch, Französisch, Deutsch, Italienisch und Spanisch; die Arbeitssprachen sind Englisch und Französisch³⁰⁸.

Im Jahre 1968, anlässlich des 40. Jahrestags der Gründung von UNIDROIT, wurde vom damaligen Generalsekretär Mario Mateucci erstmals die Idee aufgeworfen, eine Art Restatement des internationalen Handelsvertragsrechts

³⁰⁷ Vgl. Bonell, International Restatement, S. 30 ff.; v. Bar/Zimmermann, Grundregeln, S. XXVIII f.

³⁰⁸ Einen Kurzüberblick über Geschichte, Struktur und Organisation von UNIDROIT geben Berger, Schleichende Kodifizierung, S. 139 ff.; Kropholler, Einheitsrecht, S. 57 ff.

zu entwickeln³⁰⁹. Dies führte drei Jahre später zur Bildung einer Projektgruppe, deren Aufgabe es war, die Durchführbarkeit eines solchen Vorhabens zu prüfen³¹⁰. Da dem Projekt aufgrund anderweitiger Verpflichtungen des Instituts in den ersten Jahren nur untergeordnete Priorität zukam, dauerte es schließlich bis 1994, bis die später in zahlreiche Sprachen übersetzten³¹¹ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts präsentiert werden konnten³¹². Diese stellen nach Maßgabe ihrer Präambel „allgemeine Regeln für internationale Handelsverträge“ auf. Untergliedert in sieben Kapitel finden sich in ihren annähernd 120 Artikeln neben allgemeinen Bestimmungen (Kapitel 1) Vorschriften über den Vertragsschluss (Kapitel 2), die Wirksamkeit (Kapitel 3) und die Auslegung (Kapitel 4) von Verträgen, den Vertragsinhalt (Kapitel 5), die Erfüllung (Kapitel 6) und die Folgen der Nichterfüllung (Kapitel 7)³¹³. Sowohl in ihrem Regelungsumfang als auch in ihrer Regelungsdichte gehen die UNIDROIT Principles über das CISG hinaus³¹⁴. So behandeln beispielsweise Artt. 3.4-3.20 die Anfechtbarkeit von Verträgen wegen Irrtums, Täuschung, Drohung oder Wuchers. Im Bereich des Vertragsschlusses finden sich Regeln über das kaufmännische Bestätigungsschreiben (Art. 2.12) oder die Verwendung von AGB (Artt. 2.19-2.22). In ihrem Aufbau ähneln die UNIDROIT Principles den amerikanischen Restatements³¹⁵: Ihre Artikel enthalten jeweils einen Kommentar, manche zudem Beispielfälle. Diese sollen nicht nur dazu beitragen, den präzisen Inhalt der black letter rules zugänglich zu machen, sondern verstehen sich als integrativer Bestandteil der Principles.³¹⁶ Die durch die Principles getroffene

³⁰⁹ Matteucci, Diskussionsbeitrag auf der vierten Konferenz der mit der Rechtsvereinheitlichung befassten Organisationen, 22.-24. April 1968 in Rom, in: UNIDROIT Yb. 1967-1968, Vol. II, S. 267 f.

³¹⁰ Die Gruppe bestand aus René David, Clive M. Schmitthoff und Tudor R. Popescu, womit das civil law, das common law und der sozialistische Rechtskreis vertreten waren.

³¹¹ Zunächst wurden sie in vier der fünf offiziellen Institutssprachen übersetzt; lediglich die deutsche Fassung bereitete sowohl hinsichtlich der black letter rules als auch der Kommentare sprachliche Schwierigkeiten, vgl. Bonell, International Restatement, S. 30.

³¹² Ausführlich zur Entstehungsgeschichte der UNIDROIT Principles s. Bonell, International Restatement, S. 19 ff.

³¹³ Vgl. Bonell, International Restatement, S. 41 f.

³¹⁴ Ausführlich Bonell, International Restatement, S. 70 ff.

³¹⁵ Zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden zwischen UNIDROIT Principles und amerikanischen Restatements s. Berger, Schleichende Kodifizierung, S. 150.

³¹⁶ Vgl. Bonell, International Restatement, S. 41 ff.

Regelung ergibt sich somit erst aus der Zusammenschau von black letter rule, Kommentar und Beispielen³¹⁷.

Die Regelungsinhalte der UNIDROIT Principles wurden in jahrzehntelanger Forschungsarbeit mittels einer funktional-rechtsvergleichenden Methode weitgehend aus den bestehenden nationalen Rechtsordnungen bzw. existierendem Einheitsrecht extrahiert³¹⁸. Darüber hinaus wurden auch die im Handelsverkehr verbreiteten außerstaatlichen Regeln und Gebräuche berücksichtigt³¹⁹. Nach der Auffassung Bonells können die UNIDROIT Principles daher als „eine Art modernes ‚ius commune‘ angesehen werden oder als authentischer Ausdruck dessen, was gemeinhin ‚lex mercatoria‘ genannt wird“³²⁰. Diese Einschätzung muss aber insofern relativiert werden, als sich die UNIDROIT-Arbeitsgruppe nicht nur um die Konsolidierung bestehenden Rechts bemüht, sondern unter Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse des internationalen Handels die vorgefundenen Lösungsansätze angepasst und fortgeschrieben hat³²¹. Auch wenn sich die UNIDROIT Principles also durch eine besondere Nähe zu der Realität des internationalen Handels auszeichnen, können sie bereits deshalb nicht ohne Vorbehalte als „authentisch“ bezeichnet werden, weil sie nicht von den unmittelbar am internationalen Handel beteiligten Kreisen, sondern von Wissenschaftlern verfasst wurden³²². Dieser Vorbehalt ist bei der Zuordnung der UNIDROIT Principles zu den Rechtsquellen der lex mercatoria zu bedenken. Gegen eine Gleichsetzung von UNIDROIT Principles und lex mercatoria spricht zudem,

³¹⁷ Anschauliche Beispiele bei Bonell, International Restatement, S. 44 ff.

³¹⁸ Beteiligt waren Akademiker und Praktiker aus allen bedeutenden Rechts- und Wirtschaftssystemen der Welt, vgl. Bonell, International Restatement, S. 21 ff.; vgl. ferner Berger, Schleichende Kodifizierung, S. 142 ff., der insbesondere die rechtsvergleichende Einbeziehung der Außenwirtschaftsgesetze (ehemals) kommunistischer Rechtsordnungen hervorhebt. Zur Methode s. Berger, ZVglRWiss 94 (1995), S. 217, 225 ff. m.w.N.

³¹⁹ Hierzu gehören AGB, Musterverträge und Handelsklauseln wie die INCOTERMS, die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive der ICC, die ECE-Allgemeinen Liefer- und Montagebedingungen für den Import und Export von Maschinen und Anlagen u.v.m., vgl. Berger, Schleichende Kodifizierung, S. 147 m.w.N.

³²⁰ Bonell, RabelsZ 56 (1992), S. 274, 287.

³²¹ Vgl. Bonell, International Restatement, S. 30 ff.; Berger, ZVglRWiss 94 (1995), S. 217, 228 f.

³²² Vgl. Canaris, Die Stellung der „UNIDROIT Principles“ und der „Principles of European Contract Law“ im System der Rechtsquellen, S. 5, 14.

dass zu den zentralen Wesensmerkmalen letzterer gerade ihre Wandelbarkeit durch ihre ständige Anpassung und Veränderung durch die am internationalen Handel beteiligten Kreise selbst gehört. Die Formulierung ihrer Regeln durch die Wissenschaft kann daher bestenfalls ein temporäres Abbild dessen sein, was sich zu diesem Zeitpunkt in den Augen der akademischen Beobachter als zur *lex mercatoria* zugehörig darstellt.

Aufgrund des großen Erfolges der UNIDROIT Principles sowohl in der Vertrags- als auch in der Schiedsgerichtspraxis entschied der Direktionsrat im April 1997 die Vorbereitung eines zweiten Bandes, der eine Reihe von in der ersten Ausgabe noch nicht enthaltenen Bereichen erfassen soll. Die neuen Kapitel betreffen die Stellvertretung, Verjährung, Forderungsabtretung, Schuldübernahme und den Vertragseintritt sowie die Aufrechnung und Rechte Dritter. Sowohl die *black letter rules* als auch die Kommentierung sollten ursprünglich im Jahre 2003 publiziert werden³²³. In ihrer sechsten und bislang letzten Sitzung vom 2.-6. Juni 2003 hat die Arbeitsgruppe den zu erwartenden Erscheinungstermin jedoch auf Ende 2004 korrigiert³²⁴.

bb. Principles of European Contract Law

Die Idee zur Schaffung europaweit einheitlicher materieller Regeln des Schuldvertragsrechts kam Ole Lando anlässlich eines in Kopenhagen im Jahre 1974 abgehaltenen Symposiums über das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht. Die acht Jahre, die von der Idee bis zum November 1982 vergingen, in dem die Erste Kommission für Europäisches Vertragsrecht mit den Arbeiten an den Principles of European Contract Law (PECL) beginnen konnte, waren mit der Suche nach qualifizierten Kommissionsmitgliedern aus allen EG-Mitgliedsstaaten sowie der Beschaffung der erforderlichen Mittel

³²³ So das UNIDROIT Arbeitsprogramm 2003-2004 in seiner von der Generalversammlung anlässlich der 55. Sitzung in Rom am 7. Dezember 2001 genehmigten Fassung, vgl. URL: <http://www.unidroit.org/german/workprogramme/main.htm>.

³²⁴ S. Working Group for the Preparation of Principles of International Commercial Contracts (Part II), Sixth session, 2-6 June 2003, URL: <http://www.unidroit.org/english/principles/wg-2003.htm>.

ausgefüllt³²⁵. Im Gegensatz zu UNIDROIT war die Lando-Kommission also kein Institut, das auf langjährige rechtsvergleichende Erfahrungen zurückblicken konnte, sondern ein privater ad-hoc-Ausschuss, dessen alleinige Aufgabe die Formulierung der PECL war³²⁶. Das zu verwirklichende Projekt war den UNIDROIT Principles jedoch sehr ähnlich. Methodisch wurden die Inhalte der PECL ebenfalls mittels funktionaler Rechtsvergleichung aus einer Vielzahl von Quellen sowohl innerhalb als auch außerhalb Europas gewonnen³²⁷. Ihre Zielsetzungen waren hingegen allein an europäischen Harmonisierungsbedürfnissen ausgerichtet³²⁸.

Dreizehn Jahre später, 1995, wurde der erste Teil der PECL veröffentlicht; die dort niedergelegten Regeln gingen in geänderter Reihenfolge und überarbeiteter Form in den 1999 erschienenen PECL I und II, „Combined and Revised“, auf³²⁹. Insgesamt erhalten diese neben allgemeinen Bestimmungen (Kapitel 1) Regeln über den Vertragsschluss (Kapitel 2), die Stellvertretung (Kapitel 3), die Vertragsgültigkeit (Kapitel 4), die Vertragsauslegung (Kapitel 5), den Inhalt des Vertrages und seine Wirkungen (Kapitel 6), die Erfüllung (Kapitel 7), und schließlich die Leistungsstörungen und die den Parteien zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe (Kapitel 8 und 9). Im Jahre 2003 erschien schließlich der dritte und letzte³³⁰ Teil der PECL. Neun neue Kapitel sind hinzugekommen; sie sind überschrieben mit: „Mehrheit von Parteien“ (Kapitel 10); „Abtretung von Ansprüchen“ (Kapitel 11); „Schuldübernahme und Vertragsübertragung“ (Kapitel 12); „Aufrechnung“ (Kapitel 13); „Verjährung“ (Kapitel 14); „Rechtswidrigkeit“ (Kapitel 15); „Bedingungen“ (Kapitel 16) und schließlich „Kapitalisierung von Zinsen“ (Kapitel 17).

³²⁵ Vgl. v. Bar/Zimmermann, Grundregeln, S. XV.

³²⁶ Vgl. Lando, *RabelsZ* 56 (1992), S. 261, 268.

³²⁷ Vgl. v. Bar/Zimmermann, Grundregeln, S. XXVIII; Lando, *Salient Features*, S. 157, 170 f.

³²⁸ Genannt werden etwa die Erleichterung des grenzüberschreitenden Handels innerhalb Europas, die Stärkung des Binnenhandels, die Schaffung einer Infrastruktur für das Gemeinschaftsvertragsrecht, die Bereitstellung von Leitlinien für nationale Gerichte und Gesetzgeber und der Brückenschlag zwischen kontinentaleuropäischem Recht und common law, vgl. v. Bar/Zimmermann, Grundregeln, S. XXIII f.

³²⁹ Lando/Beale, PECL I and II, Combined and Revised; die deutsche Übersetzung, herausgegeben von Christian v. Bar und Reinhard Zimmermann, folgte 2002, s. v. Bar/Zimmermann, Grundregeln.

³³⁰ Vgl. Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, PECL III, S. IX.

Ebenso wie die UNIDROIT Principles folgen die PECL dem Beispiel der amerikanischen Restatements; ihre einzelnen Artikel sind jeweils mit Kommentaren, Beispielen und rechtsvergleichenden Hinweisen versehen³³¹. Wie bereits ein Vergleich der Titel der einzelnen Regelungsabschnitte vermuten lässt, existieren zwischen den UNIDROIT Principles von 1994 und den PECL I und II mehr Gemeinsamkeiten als Unterschiede³³², die sich nicht zuletzt auf personelle Überschneidungen zwischen der UNIDROIT working group und der Lando-Kommission zurückführen lassen³³³. Die Mehrheit der von den Vorschriften aus PECL III sowie von den Vorschriften über Stellvertretung und Rechte Dritter aus PECL I und II abgedeckten Bereiche werden auch Gegenstand des geplanten zweiten Bands der UNIDROIT Principles sein³³⁴.

Grundlegende Unterschiede zu den UNIDROIT Principles weisen die PECL zum einen hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs auf. Während sich die UNIDROIT Principles gemäß ihrer Präambel als „allgemeine Regeln für internationale Handelsverträge“ verstehen, sind die PECL „dazu gedacht, als allgemeine Regeln des Vertragsrechts in der Europäischen Union angewendet zu werden“ (Art. 1:101 Abs. 1). Indem letztere auch auf rein nationale Transaktionen sowie auf Konsumentenverträge Anwendung finden, haben sie im Vergleich mit den UNIDROIT Principles einen weiteren sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich³³⁵; hinsichtlich ihres geographischen

³³¹ Vgl. Lando, *Salient Features*, S. 157, 161 f.; ders., *RabelsZ* 56 (1992), S. 261, 267.

³³² Überblick bei Lando, *Similarities*, S. 4 ff.; für eine detaillierte Gegenüberstellung korrespondierender Vorschriften s. Bonell, *International Restatement*, S. 89 ff.; zu den Unterschieden s. S. 91 ff.

³³³ So gehörte Ulrich Drobnig als deutsches Mitglied beiden Kommissionen an; auch die jeweiligen Vorsitzenden Ole Lando und Michael J. Bonell saßen in beiden Kommissionen.

³³⁴ Vgl. Lando, *Similarities*, S. 4 f.; vgl. auch die Kapitelüberschriften der PECL mit der geplanten Einteilung der UNIDROIT Principles (oben, Text vor Fn. 323).

³³⁵ Zu den Unterschieden im sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich s. Bonell, *International Restatement*, S. 94 ff.; Lando, *Similarities*, S. 7 f. und 10. Die Anwendbarkeit der UNIDROIT Principles knüpft indes nicht an einen formalen Status als „Kaufleute“ an, sondern will - ähnlich wie das CISG in Art. 2 lit. a - lediglich die Verbraucherverträge von seinem Anwendungsbereich ausschließen, vgl. Bonell, *RabelsZ* 56 (1992), S. 274, 280. Auch wenn die PECL auf Verbraucherverträge grundsätzlich anwendbar sind, überlassen sie Verbraucherschutzfragen den nationalen Rechtsordnungen bzw. dem Gemeinschaftsrecht und

Anwendungsbereichs sind sie hingegen durch die Einschränkung auf die Mitgliedsstaaten der EU enger gefasst³³⁶. Zum anderen enthalten die PECL im Unterschied zu den UNIDROIT Principles auch rechtsvergleichende Hinweise, die die nationale Herkunft einzelner Rechtsinstitute offenbar werden lassen - eine Eigenschaft, deren Fehlen im Rahmen der UNIDROIT Principles bisweilen kritisiert wird³³⁷.

Erklärtes Ziel der Verfasser war es, eine „modern formulation of an internationally accepted law merchant or *lex mercatoria*“³³⁸ bzw. „new jus commune of contract rules“³³⁹ zu schaffen, wobei sich jedoch auch die Rolle der Lando-Kommission nicht darauf beschränkte, die ihrer Ansicht nach besten Regeln zusammenzustellen, die nationale Rechtsordnungen und existierende Handelsbräuche zu bieten hatten, sondern - wie es auch bei UNIDROIT der Fall war - gegebenenfalls eigene Lösungen für einzelne Rechtsfragen zu entwickeln³⁴⁰. Die dort bezüglich der Zuordnung zur *lex mercatoria* geäußerten Vorbehalte besitzen somit auch für die PECL Gültigkeit³⁴¹.

d. Die Transnational Law Database des Center for Transnational Law (CENTRAL)

Für Berger geht die Flexibilität „herkömmlicher“ Kodifikationen nicht weit genug, um den Anforderungen des internationalen Handels zu entsprechen³⁴².

enthalten diesbezüglich keinerlei Spezialvorschriften, vgl. v. Bar/Zimmermann, Grundregeln, S. XXVII.

³³⁶ Zu den Unterschieden im geographischen Anwendungsbereich s. Bonell, International Restatement, S. 97 f.

³³⁷ Derartige Anmerkungen würden nicht nur die Autorität der UNIDROIT Principles erhöhen, sondern sie könnten darüber hinaus eine wichtige Grundlage für ihre systemimmanente Fortbildung darstellen, so Berger, ZVglRWiss 94 (1995), S. 218.

³³⁸ Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, PECL III, S. XV; vgl. auch Lando, Salient Features, S. 157, 163; v. Bar/Zimmermann, Grundregeln, S. XXVI.

³³⁹ Lando, Similarities, S. 7.

³⁴⁰ Vgl. Lando, *RabelsZ* 56 (1992), S. 261, 267; v. Bar/Zimmermann, Grundregeln, S. XXVIII f.

³⁴¹ S. oben, Text um Fn. 322.

³⁴² Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 209.

Um diesem von ihm als „Kodifikationsdilemma“³⁴³ bezeichneten Problem zu entkommen, stellt er einen neuen methodischen Ansatz vor, die sog. „schleichende Kodifizierung transnationalen Rechts“³⁴⁴. Dessen zahlreiche und durch ihre Unterschiede in Charakter und Herkunft in ihrer Gesamtheit schwer zugängliche Quellen vereint Berger in einer offenen Liste von Prinzipien, Regeln und Standards. Derzeit enthält die Liste knapp 80 „black letter rules“, die sich der Unterstützung umfangreichen rechtsvergleichenden Materials bedienen, das im Internet durch einfachen Mausklick im Volltext und mit bibliographischen Nachweisen versehen weltweit abrufbar ist³⁴⁵. Zusammengenommen ergeben Liste und Materialien die sog. „Transnational Law Database“ (TLDB).

Von den Restatements unterscheidet sich Bergers Ansatz durch die Offenheit der Liste. Deren Nutzen veranschaulicht Berger anhand der Wechselwirkung zwischen Handelsarbitrage und Liste: Während die Liste durch die Entscheidungen der Schiedsrichter gespeist wird, können diese sich die in der Liste enthaltenen Referenzen zunutze machen, um neue Regeln oder Prinzipien des internationalen Handelsrechts zu „entdecken“³⁴⁶. Aber auch anderen Benutzern steht es offen, durch Klick auf den „Comments-Button“ am Ende eines jeden Prinzips oder einer jeden Regel per E-Mail Kommentare an das TLDB-Team von CENTRAL zu senden³⁴⁷. Die Liste ist also niemals komplett, niemals abgeschlossen. Der entscheidende Vorteil der Liste gegenüber den Restatements sei, dass jene zu ihrer Änderung ein formalisiertes Kodifikationsverfahren benötigten, während diese durch ständigen Dialog zwischen Schiedsgerichtspraxis, Rechtswissenschaft und CENTRAL stets aktuell bleibe und somit ein Abbild der *lex mercatoria* „in ihrer gegenwärtigen Form“ darstelle³⁴⁸.

³⁴³ Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 191.

³⁴⁴ Vgl. dazu Berger, *Schleichende Kodifizierung*; ders., *RIW* 2002, S. 256 ff.

³⁴⁵ URL: <http://www.tldb.de>.

³⁴⁶ Vgl. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 195.

³⁴⁷ Berger nennt als Zielgruppe neben Schiedsrichtern international tätige Praktiker, Geschäftsleute und Wissenschaftler, vgl. Berger, *RIW* 2002, S. 256, 261.

³⁴⁸ Berger, *RIW* 2002, S. 256, 259; vgl. auch oben, Text nach Fn. 322.

Ob und wie sich die Liste weiterentwickeln wird und inwieweit die TLDB Einfluss auf die Entwicklung der *lex mercatoria* nehmen wird, kann aufgrund ihrer Aktualität noch nicht beurteilt werden; konzeptionell jedenfalls steht die Transnational Law Database durch ihr Hauptaugenmerk auf die Bereitstellung von anwendungsfreundlichen „black letter rules“, befreit von rechtsdogmatischem „Ballast“, für einen Trend zu einem „neuen Pragmatismus“ innerhalb der *lex mercatoria* - Debatte³⁴⁹.

e. Allgemeine Rechtsgrundsätze

Der Versuch einer allgemeingültigen Definition des Begriffs der allgemeinen Rechtsgrundsätze stößt auf Schwierigkeiten³⁵⁰. Dennoch erfreut er sich aufgrund der mit seiner Offenheit einhergehenden Flexibilität einer gewissen gesetzgeberischen Beliebtheit, die in Form von Bezugnahmen und Verweisungen ihren Ausdruck findet³⁵¹. Auch in der Lehre und Schiedspraxis wird das Schlagwort der „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ nach dem Motto „I know it, when I see it“ gern benutzt, aber selten definiert³⁵². Um eine Präzisierung bemüht sich Dasser, der dem Begriff für den Bereich des internationalen Handels einerseits die „Leitideen, die den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen gemeinsam sind“ zuordnet, daneben aber auch solche Grundsätze einbezieht, „die der Praxis des internationalen Handels zugrunde liegen, ohne dass sie in allen wichtigen Rechtsordnungen enthalten sein müssen“³⁵³.

Allein daraus Rückschlüsse auf ihren materiellen Inhalt zu ziehen, dürfte nur bei ganz wenigen, universellen und fundamentalen Grundsätzen statthaft sein, so bei dem Grundsatz von Treu und Glauben oder dem Grundsatz „*pacta sunt servanda*“³⁵⁴. Allerdings sind diese Grundsätze ihrerseits wieder so unbestimmt, dass daraus unmittelbar kaum konkrete Rechtsfolgen abgeleitet

³⁴⁹ Berger, RIW 2002, S. 256, 257; dieser Trend ist auch bei anderen aktuellen Schriften zur *lex mercatoria* zu verzeichnen, s. dazu im einzelnen unten, Teil I, IV.

³⁵⁰ Vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 293 ff.

³⁵¹ Vgl. nur Art. 7 Abs. 2 CISG; weitere Nachweise bei Kropholler, *Einheitsrecht*, S. 152, Fn. 1.

³⁵² So die Formulierung von Dasser, *Lex mercatoria*, S. 107.

³⁵³ Dasser, *Lex mercatoria*, S. 107.

³⁵⁴ Vgl. zu diesen Grundsätzen Dasser, *Lex mercatoria*, S. 108 ff.

werden können; sie bedürfen weiterer Konkretisierung, bevor sie sich zur Subsumtion eines Sachverhaltes eignen³⁵⁵.

Hinter der Bezugnahme auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze verbirgt sich im internationalen Recht somit schwerpunktmäßig eine Aufforderung an den Rechtsanwender zur Fortbildung des Rechts, gepaart mit dem methodischen Hinweis, diese Fortbildung auf der Grundlage allgemeiner und anerkannter Grundsätze vorzunehmen³⁵⁶. Welche Grundsätze dabei heranzuziehen sind, kann sich einerseits aus dem Telos der beziehenden Normen ergeben, andererseits durch zusätzliche, in diesen Normen verankerte methodische Leitlinien³⁵⁷.

Die Zuordnung allgemeiner Rechtsgrundsätze zur *lex mercatoria* im engeren Sinne erscheint zunächst nicht unmittelbar plausibel, handelt es sich bei diesen nach der Definition Dassers doch vornehmlich um Rechtssätze des staatlichen Rechts, nicht aber um ein selbst geschaffenes Recht des internationalen Handels. Rechtssätze werden jedoch nicht durch ihre bloße Existenz in einer oder mehreren Rechtsordnungen zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen; ihnen muss vielmehr ein übereinstimmendes Rechtsbewusstsein zugrunde liegen und allgemeine Anerkennung zuteil werden. Diese Anerkennung wiederum kann sich nicht allein durch staatliche Rechtssetzung, sondern auch durch tatsächliche Übung vollziehen³⁵⁸. Die „Allgemeinheit“ der Rechtsgrundsätze liegt somit nicht zuletzt in ihrer Anerkennung durch die am internationalen Handel beteiligten Kreise begründet³⁵⁹.

³⁵⁵ Zur Differenzierung zwischen „allgemeinem Rechtsgrundsatz“ und „Regel“ s. Berger, ZVglRWiss 94 (1995), S. 217, 231 ff.

³⁵⁶ Ähnlich De Ly, International Business Law, Rn. 298.

³⁵⁷ So ordnet Art. 7 Abs. 2 CISG an, nur auf solche Generalprinzipien zurückzugreifen, die dem Übereinkommen zugrunde liegen. Zur Methode des Auffindens allgemeiner Rechtsgrundsätze i.R.d. Art. 7 Abs. 2 CISG vgl. unten, Teil II, III.2.c.aa(2)(b)(aa).

³⁵⁸ Vgl. Kappus, *Lex mercatoria*, S. 146 f.

³⁵⁹ Vgl. Dasser, *Lex mercatoria*, S. 107.

f. Die Spruchpraxis der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit

Gerichten kommt auch im kontinentaleuropäischen Raum nicht nur die Aufgabe der Auslegung und Anwendung geschriebenen Rechts zu, sondern ebenfalls die „Fortbildung und Ergänzung der gesetzgeberischen Wertungen durch eigene, richterliche Normbildung“³⁶⁰. Das Präjudiz erhält auch hier einen immer höheren rechtssystematischen Rang; insofern findet eine Annäherung zwischen dem common law und dem civil law statt³⁶¹. Die Rechtsprechung ist mithin allgemein als Rechtsquelle staatlichen Rechts anerkannt.

Fraglich ist indes, ob sich die anerkannte Rolle der staatlichen Gerichtsbarkeit für die Rechtsfortbildung auf die Rechtsprechung der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit übertragen lässt. Eine Reihe von Faktoren spricht zunächst dagegen: Zum einen fehlt es an einer Hierarchie der einzelnen Schiedsgerichte; es existiert keine oberste Berufungs- oder Revisionsinstanz, die durch ihre Aufsichtsfunktion auf eine einheitliche Rechtsfindung hinwirken könnte. Dadurch, dass staatliche Untergerichte den Entscheidungen der ihnen übergeordneten Instanzen folgen, kommt diesen ihre Präzedenzwirkung zu, die letztlich die angestrebte Rechtssicherheit durch Vorhersehbarkeit und Uniformität des Fallrechts nach sich zieht. Ein weiterer Aspekt kommt hinzu: Während die staatlichen Gerichte nach rechtsstaatlichen Grundsätzen zu urteilen haben und mit ihrem Urteil nicht nur den Parteien, sondern auch der Allgemeinheit gegenüber verpflichtet sind, kurz, in das nationale Rechtssystem ihres Sitzstaates fest eingebunden sind, ist konstitutives Element des schiedsrichterlichen Verfahrens die Schiedsvereinbarung³⁶². Die Schiedsrichter sind demnach primär den Parteien verpflichtet³⁶³. Der Schiedsspruch ist deutlich stärker auf Einzelfallgerechtigkeit und Ausgleich zwischen den Parteien ausgerichtet als der staatliche Richterspruch und stellt nicht selten einen versteckten Vergleich

³⁶⁰ Vgl. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 92.

³⁶¹ Vgl. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 94; Kropholler, *Einheitsrecht*, S. 130.

³⁶² Vgl. dazu bereits oben, Teil I, II.4.b.bb(1).

³⁶³ Vgl. Dasser, *Lex mercatoria*, S. 390.

dar³⁶⁴. Den Höhepunkt erreicht die Einzelfallorientierung, wenn die Schiedsrichter zu einer Billigkeitsentscheidung ermächtigt werden; eine solche Entscheidung braucht sich nicht mehr an generell-abstrakten Rechtssätzen, sondern nur noch an der Einzelfallgerechtigkeit zu orientieren³⁶⁵. Wenn aus dem Schiedsspruch nicht klar hervorgeht, inwieweit er auf objektivem Recht und nicht nur bloßer Billigkeit basiert, ist seine Präzedenzwirkung und damit seine Funktion als Rechtsquelle der *lex mercatoria* äußerst zweifelhaft³⁶⁶.

Ein weiteres Argument, das in der Vergangenheit immer wieder gegen die Anerkennung der Spruchpraxis internationaler Handelsschiedsgerichte als Rechtsquelle hervorgebracht wurde, ist die begrenzte öffentliche Zugänglichkeit der Entscheidungen³⁶⁷. Im Gegensatz zu staatlichen Gerichten ist es immer noch nicht die Regel, sondern vielmehr die Ausnahme, dass Schiedssprüche in größerem Umfang publiziert werden³⁶⁸ - gerade ihre Verschwiegenheit ist „einer der großen Anziehungspunkte der Schiedsgerichtsbarkeit“³⁶⁹. Mittlerweile ist jedoch eine positive Entwicklung bezüglich der Zugänglichkeit von Schiedssprüchen zu verzeichnen, so dass insoweit die potentielle Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit zur Feststellung und Fortbildung des materiellen Gehalts der *lex mercatoria* wächst. Seit 1974 werden Schiedssprüche auszugsweise im *Journal du Droit International* (Clunet) und seit 1976 im ICCA³⁷⁰ *Yearbook Commercial Arbitration* veröffentlicht. Erleichtert werden das Auffinden und der Vergleich einschlägiger Entscheidungen durch umfangreiche Inhaltsverzeichnisse³⁷¹ und

³⁶⁴ Vgl. Dasser, *Lex mercatoria*, S. 123.

³⁶⁵ Zur grundlegenden Unterscheidung zwischen einer Entscheidung nach nationalen Rechtsgrundsätzen und einer Billigkeitsentscheidung s. Mustill, FS Wilberforce, S. 149, 166 f.; Goldman, *Lex mercatoria*, S. 11 ff.

³⁶⁶ Vgl. Dasser, *Lex mercatoria*, S. 122.

³⁶⁷ Vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 309 f.; Dasser, *Lex mercatoria*, S. 124; Kropholler, *Einheitsrecht*, S. 148 f.; weitere Nachweise bei Stein, *Lex mercatoria*, S. 205 f., Fn. 8 und 9.

³⁶⁸ Vgl. bereits Kropholler, *Einheitsrecht*, S. 148; ferner Dasser, *Lex mercatoria*, S. 121 ff.

³⁶⁹ Dasser, *Lex mercatoria*, S. 121.

³⁷⁰ ICCA steht für „International Council for Commercial Arbitration“.

³⁷¹ Wie beispielsweise durch den eine ganze Reihe von Jahrgängen zusammenfassenden ICCA *Yearbook Key*.

ständig aktualisierte Adressen-, Institutions- und Schrifttumsnachweise³⁷². Seit 1986 erscheinen internationale Schiedssprüche, einschlägige Kommentare und Begleitinformationen aus der Schiedsgerichtsbarkeit im amerikanischen „Mealey’s International Arbitration Report“. Ergänzt wird diese Publikation durch „Mealey’s International Arbitration Quarterly Law Review“, das sich zwar nicht unmittelbar mit dem Fallrecht auseinandersetzt, aber eine Vermittlung von „first-hand“-Einsichten aus dem weiten Feld gerichtlicher und außergerichtlicher Streitbeilegung im internationalen Handel zum Ziel hat. Darüber hinaus hat auch die ICC in den Entscheidungssammlungen „Collection of ICC Arbitral Awards“ zwischen 1974 und 2000 erschienene Schiedssprüche zusammengestellt und mit Querverweisen und einem umfangreichen Stichwortregister versehen³⁷³. Auch die Zürcher Handelskammer, das Niederländische Institut für Schiedsgerichtsbarkeit sowie das Iran-United States Claims Tribunal betreiben eine Veröffentlichungspraxis, die in puncto Umfang und Güte den Entscheidungssammlungen staatlicher Gerichte kaum nachsteht³⁷⁴. Berger unterstreicht zudem, dass die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit hinsichtlich ihrer Verfahrensgrundsätze und durch die Entwicklung eigener Kontrollstandards echte Rechtsprechungsfunktion erfülle. Wie sich aus seiner Darstellung ergibt, reichen Mechanismen wie die Einhaltung einer durch einen „Grundkonsens über die berufsethischen Grundsätze“ begleiteten „magna Charta“ der Verfahrensgrundsätze (Berger nennt die Verpflichtung zur Gleichbehandlung und die Gewährung rechtlichen Gehörs), die Begründung und Publizierung der Schiedssprüche sowie die „horizontale Kontrolle“ durch andere Schiedsgerichte aus, um inhaltlich unerträgliche Subjektivismen weitestgehend auszuschalten³⁷⁵.

Ihre größere Freiheit bei der Rechtsfindung und ihre an den konkreten fachlichen Anforderungen orientierte personelle Zusammensetzung erlauben

³⁷² Vgl. Weise, *Lex mercatoria*, S. 134 f.

³⁷³ Aktuell ist die 2003 erschienene Ausgabe Arnaldez/Derains/Hascher, *Collection of ICC arbitral awards: 1996-2000*.

³⁷⁴ Vgl. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 60 f. mit entsprechenden Nachweisen.

³⁷⁵ Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 67 ff.

den Schiedsgerichten im Vergleich zur staatlichen Gerichtsbarkeit, Entscheidungen zu treffen, die der Realität des internationalen Handels nahe stehen und einschlägige Handelsbräuche präziser feststellen und anwenden können. Die Nähe zu den am internationalen Handel beteiligten Kreisen gibt dem Schiedsspruch ein hohes faktisches Gewicht, das bei der Anerkennung der Spruchpraxis zumindest als Erkenntnisquelle der *lex mercatoria* nicht vernachlässigt werden sollte³⁷⁶.

g. Internationales Einheitsrecht

Wie anlässlich der begrifflichen Eingrenzung der zur *lex mercatoria* zugehörigen Materien deutlich wurde, zählt das staatlich gesetzte Einheitsrecht nach der hier vertretenen Auffassung nicht zum „inneren Kreis“³⁷⁷ der *lex mercatoria*. Dennoch kann es für die vorliegende Betrachtung eine Bedeutung erlangen. Diese ergibt sich nicht aus der unmittelbaren Anwendung seiner black-letter-rules, sondern vielmehr aus der ihm eigenen Ausstrahlungswirkung im Sinne einer persuasive authority. Je nach Art und Umfang der wissenschaftlichen Arbeiten, die seinem Erlass vorausgegangen sind, ist es nicht ausgeschlossen, dass ein einheitsrechtliches Regelungswerk bzw. einzelne Normen dieses Werks einen breiten internationalen kaufmännischen Konsens repräsentieren. Letzteres ist allerdings für jeden einzelnen heranzuziehenden Rechtssatz gesondert zu belegen, so dass internationales Einheitsrecht lediglich in beschränktem Umfang zur Feststellung und Konkretisierung des materiellen Gehalts der *lex mercatoria* beitragen kann.

IV. Die „moderne lex mercatoria“ - Die Doktrin

Die Überzeugung, dass es möglich sei, die realen wirtschaftlichen Verhältnisse des Welthandels rechtsdogmatisch besser zu erfassen als dies durch das hergebrachte kollisionsrechtliche System geschieht, führte seit

³⁷⁶ Dies soll nicht den Eindruck erwecken, dass hier der Spruchpraxis der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit eine an die des objektiven Rechts angenäherte Funktion und Bedeutung zugemessen werden soll, vgl. dazu ausführlich unten, Teil I, V, insbesondere V.2.a.bb(2) und V.2.a.dd(1)(b).

³⁷⁷ So formuliert von Dasser, *Lex mercatoria*, S. 104.

Mitte der 1950er Jahre neben der Lehre der *lex mercatoria* zu zahlreichen sich parallel entwickelnden Konzepten, von denen insbesondere die Lehren vom transnationalen Recht³⁷⁸, vom Wirtschaftsvölkerrecht³⁷⁹ und vom rechtsordnungslosen Vertrag³⁸⁰ eine starke - wenn auch nicht immer positive³⁸¹ - wissenschaftliche Resonanz erfuhren³⁸².

1. Schmitthoff und Goldman als Ausgangspunkte der neuen Lehre

Auch unter dem Stichwort „*lex mercatoria*“ entwickelte sich eine schon aufgrund ihres quantitativen Ausmaßes kaum zu überblickende Meinungsvielfalt³⁸³. Die vertretenen Meinungen lassen sich bei näherem Hinsehen jedoch im Wesentlichen auf zwei Autoren zurückführen, deren Lehren zugleich die beiden Pole darstellen, zwischen denen sich die Diskussion um die *lex mercatoria* bewegt³⁸⁴.

³⁷⁸ Vgl. Jessup, *Transnational Law*; Langen, NJW 1969, 2229 ff.; ders., *Transnational Commercial Law*; ders., *Transnationales Recht*; Bonell, *RabelsZ* 42 (1978), S. 485, 496 ff. Nach dieser Konzeption soll der Richter mittels wertender Rechtsvergleichung die Konflikte zwischen zwei oder mehreren Rechtsordnungen überwinden. Transnationales Recht ist also keine supranationale, über oder neben den nationalen Rechtsordnungen stehende Rechtsordnung, sondern eine Methode richterlicher Rechtsfindung und somit *nationales* Recht, wenn auch das mehrerer Staaten.

³⁷⁹ Dieses Konzept hat v.a. sog. *state contracts*, d.h. Verträge zwischen Privaten und Staaten bzw. staatseigenen oder staatsgelenkten Unternehmen, zum Gegenstand, vgl. Mann, *BYIL* 33 (1957), S. 20 ff. Mann legt seinen Betrachtungen die feste Überzeugung zugrunde, dass neben nationalem- und dem Völkerrecht kein weiteres Recht existieren könne; die Entwicklung einer eigenen, autonomen Rechtsordnung des internationalen Handels lehnt er dementsprechend entschieden ab. Sachlich beschränkt er sich auf Verträge, an denen ein Völkerrechtssubjekt beteiligt ist. Inhaltlich sei der Gehalt dieses Rechts in den allgemeinen, von den zivilisierten Nationen anerkannten Rechtsgrundsätzen zu finden. Diesen Ansatz verfolgt auch McNair, *BYIL* 33 (1957), S. 1 ff.

³⁸⁰ Wengler, *RabelsZ* 16 (1951), S. 1, 15; Verdross, *ZaöRV* 18 (1957/58), S. 635 ff.; vgl. auch m.w.N. die kritische Abhandlung von Reimann, *Zur Lehre vom „rechtsordnungslosen“ Vertrag*. Der Unterschied zur *lex mercatoria* liegt darin, dass letztere zwar nicht *staatlicher* Natur ist, wohl aber eine *Rechtsordnung* darstellt. Ob ein Vertrag aber rechtsordnungslos ist oder nicht, beurteilt sich nicht danach, ob er einer staatlichen Rechtsordnung untersteht, sondern ob er irgendeiner Rechtsordnung und damit einer Rechtskontrolle untersteht. Letzteres ist bei der *lex mercatoria* der Fall, beim rechtsordnungslosen Vertrag hingegen nicht, vgl. Goldman, *Arch.phil.dr.* 9 (1964), S. 177, 185.

³⁸¹ Zweigert, *Ber.Dt.Ges.VöR* 5 (1964), S. 194, 198, über den rechtsordnungslosen Vertrag: „Mit Verlaub, eine perverse Idee“.

³⁸² Eine Zusammenschau der konkurrierenden Konzepte findet sich etwa bei Dasser, *Lex mercatoria*, S. 9 ff. oder Weise, *Lex mercatoria*, S. 66 ff., jeweils m.w.N.

³⁸³ Vgl. nur die Literaturübersicht bei De Ly, *International Business Law*, Rn. 333, Fn. 59, ferner Kappus, *Lex mercatoria*, S. 46 (Fn. 96): „Insofern kann die zu dieser Arbeit herangezogene Literatur bei aller Bemühung und Sorgfalt nicht vollständig sein“.

³⁸⁴ Ebenso De Ly, *FS Sandrock*, S. 179, 181; Goldštajn, *Autonomous Rules*, S. 55, 73; ähnlich Stein, *Lex mercatoria*, S. 13.

a. Schmitthoff

Bereits 1957 begann Schmitthoff mit der Entwicklung seiner Theorie von einem „New Law Merchant“³⁸⁵. Sie ging aus von der Beobachtung, dass ganz unabhängig von der Herkunft der am Handel beteiligten Parteien bei der Durchführung internationaler Transaktionen oftmals vergleichbare Rechtstechniken Anwendung fanden³⁸⁶. Schmitthoff spricht insoweit von einer zunehmend deutlicher in Erscheinung tretenden Universalität des Handelsrechts, von der Entstehung eines Welthandelsrechts³⁸⁷. Hinsichtlich der Quellen dieses Rechts betont Schmitthoff insbesondere die Bedeutung internationaler Gesetzgebung und internationaler Handelsbräuche³⁸⁸, wobei letztere nicht notwendigerweise „spontanen“ Ursprungs sein müssten, sondern auch aus der Feder - staatlicher wie nichtstaatlicher - internationaler Organisationen, der formulating agencies, stammen könnten³⁸⁹. Wie oben bereits hervorgehoben, befürwortet Schmitthoff mit der Einbeziehung der internationalen Gesetzgebung ein weites Begriffsverständnis von der *lex mercatoria*³⁹⁰, wobei er seine Betrachtungen allerdings auf Quellen internationaler Herkunft beschränkt³⁹¹.

Das New Law Merchant zeige eine Tendenz, „autonom“ zu sein³⁹². Es setze sich „über die bestehenden nationalen Rechtsordnungen hinweg“ und stütze sich „auf die überall anerkannte Vertragsfreiheit der Parteien“³⁹³. Somit habe

³⁸⁵ Schmitthoff, A New Law Merchant, S. 20 ff. (zuerst gedruckt in: Current Law and Social Problems (University Western Ontario), 129 (1961), S. 129-153).

³⁸⁶ Schmitthoff, Commercial Law in a Changing Economic Climate, S. 18 u. 19.

³⁸⁷ Schmitthoff, *RabelsZ* 28 (1964), S. 47, 58.

³⁸⁸ Schmitthoff, A New Law Merchant, S. 20, 34 ff.; ders., The Law of International Trade, S. 3, 16 ff.; ders., Unification, S. 7; ders., *RabelsZ* 28 (1964), S. 47, 64 ff.; ders., Commercial Law in a Changing Economic Climate, S. 22 ff.

³⁸⁹ Schmitthoff, The Law of International Trade, S. 3, 16; ders. *RabelsZ* 28 (1964), S. 47, 74. Dies ist ein wesentlicher Unterschied zum mittelalterlichen law merchant, dem das Charakteristikum bewusst formulierter Texte fehlte, vgl. oben, Teil I, I.2.b.

³⁹⁰ Zur Abgrenzung enges/weites Begriffsverständnis s. oben, Teil I, III.1.

³⁹¹ S. oben, Fn. 388. Kritisch zu der Beschränkung auf Rechtsquellen internationaler Herkunft De Ly, International Business Law, Rn. 417.

³⁹² Schmitthoff, *RabelsZ* 28 (1964), S. 47, 59; ders., A New law Merchant, S. 20, 31. S. zum Begriff der Autonomie sogleich unten, Teil I, IV.1.c.

³⁹³ Schmitthoff, *RabelsZ* 28 (1964), S. 47, 59.

es einen „überstaatlichen“ Charakter³⁹⁴. Diese Formulierungen geben Anlass zu Missverständnissen und verleiten zu der Annahme, dass Schmitthoff die *lex mercatoria* als eine supranationale Rechtsordnung ansehe, die gegenüber nationalem Recht Vorrang beanspruche und dieses verdränge³⁹⁵. Das Gegenteil ist indes der Fall: Die Verbindlichkeit der *lex mercatoria* basiert nach Schmitthoff auf der ausdrücklichen oder stillschweigenden Billigung der beteiligten Staaten. Er bezeichnet die nationale Souveränität als „der Weltordnung zugrunde liegend“ und als „fons et origo“ allen Rechts³⁹⁶. Letztlich seien es die staatlich gewährte Partei- und Privatautonomie, die der neuen *lex mercatoria* zu ihrer Anwendung verhelfen³⁹⁷. Hier weist Schmitthoff auch auf einen grundlegenden Unterschied des New Law Merchant zu dem eingangs dargestellten mittelalterlichen *law merchant* hin: Während im Mittelalter die Zuordnung der am Handel beteiligten Kreise zu einzelnen Nationen eine untergeordnete Rolle spielte³⁹⁸ und die *lex mercatoria* somit „wahres internationales Gewohnheitsrecht“ war, so nehme die neue *lex mercatoria* „die Existenz des souveränen Nationalstaates als gegeben an“ und „betrachte sie als ihren Ausgangspunkt“³⁹⁹.

Schmitthoff vertritt damit trotz vereinzelt drastischer Formulierungen eine konservative Auffassung von einem neuen Welthandelsrecht. Seine Lehre beschränkt sich darauf, die besondere Bedeutung selbstregulativer Aktivitäten des internationalen Handels zur Beilegung internationaler handelsrechtlicher Streitigkeiten hervorzuheben und diese in das klassische Paradigma des internationalen Handelsrechts einzuordnen⁴⁰⁰. Dabei weist er unter Berufung auf Goldstajn auf den oben⁴⁰¹ dargestellten immensen gestalterischen Spielraum hin, der sich den Parteien durch das Zusammenspiel von Privat-

³⁹⁴ Schmitthoff, *RabelsZ* 28 (1964), S. 47, 60 und 71.

³⁹⁵ Vgl. Dasser, *Lex mercatoria*, S. 43, Fn. 45; De Ly, *International Business Law*, Rn. 323.

³⁹⁶ Schmitthoff, *Commercial Law in a Changing Economic Climate*, S. 21.

³⁹⁷ Schmitthoff, *A New Law Merchant*, S. 20, 31; ders., *RabelsZ* 28 (1964), S. 47, 61 und 68 ff.; ders., *Commercial Law in a Changing Economic Climate*, S. 22.

³⁹⁸ S. dazu oben, Text um Fn. 67.

³⁹⁹ Schmitthoff, *RabelsZ* 28 (1964), S. 47, 61.

⁴⁰⁰ So auch De Ly, *FS Sandrock*, S. 179, 182.

⁴⁰¹ S. oben, Teil I, II.4.c.

und Parteiautonomie und der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit - begrenzt allein durch *ordre public* und Eingriffsnormen - eröffnet⁴⁰². Die *lex mercatoria* ist nach der Konzeption Schmitthoffs also keine Rechtsordnung, wohl aber eine eigenständige Disziplin des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs, die in das herkömmliche Rechtssystem eingebettet ist.

So ist es nicht verwunderlich, dass die Lehre Schmitthoffs kaum grundsätzlicher Kritik ausgesetzt war und somit nicht als Auslöser für die Debatte angesehen werden kann, deren Bemühungen, sie treffend zu charakterisieren, auch vor der Verwendung militärischer Termini nicht Halt machte⁴⁰³.

b. Goldman

Ganz anders verhält es sich mit der Auffassung Goldmans: Er beschreibt die *lex mercatoria* als eine eigenständige Rechtsordnung, die von den nationalen Rechtsordnungen und dem Völkerrecht verschieden und unabhängig ist⁴⁰⁴.

Dabei waren seine ersten Ansätze vorsichtig: In seinem 1964 erschienenen Aufsatz „Frontières du droit et ‚lex mercatoria‘“⁴⁰⁵ begnügte er sich noch damit, solche Besonderheiten internationaler Vertragsgestaltung unter dem Begriff „lex mercatoria“ zusammenzufassen, die sich weder in das klassische kollisionsrechtliche System noch ins Völkerrecht einordnen ließen. Dabei stellte er fest, dass diese oftmals eines Hintergrundes allgemeiner Regeln bedürften, den die Schiedsrichter jedoch nicht in einem staatlichen Gesetz oder einem internationalen Übereinkommen, sondern in einem „Gewohnheitsrecht“ des internationalen Handels suchten⁴⁰⁶. Dessen Rechtsnatur ließ er zunächst offen. Ausdrücklich hielt er jedoch fest, dass man

⁴⁰² Vgl. Schmitthoff, *Commercial Law in a Changing Economic Climate*, S. 22.

⁴⁰³ Vgl. oben, Fn. 97.

⁴⁰⁴ Goldman, *Lex mercatoria*, S. 22.

⁴⁰⁵ Goldman, *Arch.phil.dr.* 9 (1964), S. 177 ff.

⁴⁰⁶ Goldman, *Arch.phil.dr.* 9 (1964), S. 177, 183.

eine solche *lex mercatoria* nicht als vollständig autonomes System begreifen könne⁴⁰⁷.

Erst viel später konkretisierte Goldman den materiellen Gehalt „seiner“ *lex mercatoria*. Er nannte als Rechtsquellen insbesondere die „allgemeinen Rechtsprinzipien“ i.S.d. Art. 38 des Statuts des Internationalen Gerichtshofes in Den Haag⁴⁰⁸, die Vertragsmodelle und typischen Klauseln des internationalen Handels sowie kodifizierte Standardklauseln wie die INCOTERMS⁴⁰⁹. Abstrakt umschrieb er den materiellen Gehalt daher als „spontanes Recht“, das sich aus zahlreichen Quellen entwickle⁴¹⁰ und schloss somit staatliches und staatsvertragliches Recht grundsätzlich⁴¹¹ aus. Zu seiner Einschätzung, dass die *lex mercatoria* eine autonome Rechtsordnung sei, die sich von den staatlichen Rechtsordnungen und dem Völkerrecht unterscheide, kam er erst spät⁴¹². Zuvor beschrieb er unter dem Terminus „*lex mercatoria*“ ein transnationales Rechtssystem, das zwar geeignet sei, objektives Recht zu sein⁴¹³, dessen Anwendung aber eine Gratwanderung zwischen Parteiwillen und objektivem Recht darstelle⁴¹⁴.

Die Rechtsordnungsqualität der *lex mercatoria* begründet Goldman ausgehend von einem funktionalen Ansatz. Zunächst stellt er fest, dass ihre Regeln von den am internationalen Handel beteiligten Kreisen tatsächlich beachtet würden, was den Schluss zulasse, dass sie sich daran in gleicher Weise

⁴⁰⁷ Goldman, Arch.phil.dr. 9 (1964), S. 177, 189: „Quoi qu’il en soit, il nous apparaît que le caractère de *règles* ne peut pas être refusé aux éléments constitutifs de la *lex mercatoria*, bien que celle-ci ne forme pas un système entièrement autonome.“

⁴⁰⁸ S. URL: <http://www.uno.de/charta/statut.htm>.

⁴⁰⁹ Vgl. Goldman, *Realité et perspectives*, S. 475, 477 ff. und 485 ff.

⁴¹⁰ Goldman, *Realité et perspectives*, S. 475, 478.

⁴¹¹ Vgl. Goldman, *Lex mercatoria*, S. 6. S. jedoch oben, Fn. 268.

⁴¹² Vgl. Goldman, *Lex mercatoria*, S. 22 f. Dabei nimmt Goldman für die *lex mercatoria* keinen Monopolstatus für die Behandlung internationaler Handelsstreitigkeiten in Anspruch. „Autonom“ bedeute nicht „völlig unabhängig“. Zum einen entnehme die *lex mercatoria* allgemeine Rechtsgrundsätze auch dem staatlichen Recht; zum anderen müsse sich das gefundene Ergebnis an *ordre public*-Grundsätzen messen lassen, wobei Goldman freilich einem internationalen *ordre public* im oben dargestellten Sinne den Vorzug gibt, s. Fn. 252 und 253.

⁴¹³ Vgl. Goldman, *Clunet* 106 (1979), S. 475, 490 ff.

⁴¹⁴ Vgl. Goldman, *Clunet* 106 (1979), S. 475, 502.

gebunden fühlten, wie im Binnenhandel die Bindung an nationales Recht selbstverständlich sei⁴¹⁵. Diese gemeinsame Rechtsüberzeugung manifestiere sich auf der Ebene der Streitbeilegung in der Anwendung dieser Normen durch die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit⁴¹⁶. Als weitere Argumente für die Annahme einer Rechtsordnung *lex mercatoria* führt er ihre mittelbare Anerkennung durch die nationalen Gesetzgeber in Form der Gestattung einer Wahl nicht-nationalen Rechts im Schiedsverfahren⁴¹⁷ sowie die Anwendung kodifizierter Handelsbräuche durch die nationalen Gerichte ins Feld⁴¹⁸.

Als Konsequenz der Annahme einer eigenständigen Rechtsordnung stellt die Lehre Goldmans die *lex mercatoria* insofern staatlichen Rechtsordnungen gleich, als sie die Zulässigkeit einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl zugunsten der *lex mercatoria* auch vor staatlichen Gerichten befürwortet⁴¹⁹. Daraus folgt wiederum, dass sich die Parteien nach der Ansicht Goldmans durch eine entsprechende Rechtswahl auch über die zwingenden Regeln der *lex fori* hinwegsetzen können⁴²⁰. Noch weiter zieht Goldman die Grenzen für die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit: Dort soll allein die Internationalität des Vertrages „als transnationale Kollisionsnorm zur Anwendung der *lex mercatoria* führen“⁴²¹. Die direkte Anwendung der *lex mercatoria* ohne Vorschaltung herkömmlicher kollisionsrechtlicher Erwägungen entspreche ohnehin gängiger schiedsrichterlicher Praxis⁴²².

⁴¹⁵ Die Idee gemeinsamer Rechtsüberzeugungen einer „*societas mercatorum*“ stammt allerdings nicht von Goldman, sondern geht zurück auf Kahn, vgl. Kahn, *La vente commerciale internationale*, S. 6 f., 14 und 365 ff.

⁴¹⁶ Vgl. Goldman, *Lex mercatoria*, S. 8 ff.

⁴¹⁷ Vgl. Goldman, *Lex mercatoria*, S. 13, vgl. ausführlicher dazu oben, um Fn. 233.

⁴¹⁸ Vgl. Goldman, *Lex mercatoria*, S. 14 ff. Diese Anerkennung erfolge zum einen durch die Anwendung kodifizierter Bräuche, auf die sich die Parteien nicht ausdrücklich bezogen hatten (z.B. die INCOTERMS und die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive), zum anderen durch die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen, die sich ganz oder teilweise auf die *lex mercatoria* stützten.

⁴¹⁹ Vgl. Goldman, *Colloque de Bâle* (30.-31. Oktober 1980), Diskussionsbeitrag auf S. 129.

⁴²⁰ Vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 331.

⁴²¹ So formuliert von Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 79, mit Verweis auf Goldman, *Clunet* 117 (1990), S. 433, 440.

⁴²² Vgl. Goldman, *The Applicable Law*, S. 113, 118; vgl. dazu die Einschätzung Steins, unten, Text nach Fn. 549.

Goldmans „autonomistisches“ Verständnis einer lex mercatoria kann somit zu Recht als der theoretische Gegenpol des „positivistischen“ Verständnisses Schmitthoffs angesehen werden⁴²³.

c. Goldman und Schmitthoff als Extrempunkte der weltweiten lex mercatoria - Debatte: Darstellung am Beispiel des Begriffs der „Autonomie“

Die Lehren Schmitthoffs und Goldmans stellen mithin die beiden Pole oder „Extrempositionen“⁴²⁴ dar, innerhalb derer sich eine weltweite Diskussion um eine lex mercatoria entwickelte. Der Antagonismus der Auffassungen Goldmans und Schmitthoffs verbirgt sich sprachlich hinter der gemeinsamen Verwendung eines zentralen Begriffs der lex mercatoria - Debatte, dem Begriff der „Autonomie“. Auffällig ist nämlich, dass beide trotz ihrer gegenläufigen Positionen ein „autonomes“ Handelsrecht zum zentralen Gegenstand ihrer jeweiligen Lehre erhoben. Daran wird offenkundig, dass der Begriff der Autonomie klärungsbedürftig ist.

Zum einen kann Autonomie die Freiheit bedeuten, in Verfahren, Form und Inhalt vom Staat unabhängig und eigenständig neue Regeln zu schaffen - freilich innerhalb der Grenzen, die diesen von staatlicher Seite her gesetzt sind. Der Autonomiebegriff wird also mit Blick auf die - in diesem Fall im gleichen Lager stehenden - Normgeber und Normadressaten definiert. Eine so verstandene Autonomie kann man auch als relative Autonomie bezeichnen, weil sie mit den staatlich verliehenen und zugleich begrenzten Rechtssetzungsbefugnissen in Beziehung zu setzen ist und auch die Verbindlichkeit dieser Regeln vom staatlichen Recht abgeleitet wird. Ein solcher relative Autonomiebegriff fügt sich damit nahtlos in die Lehre Schmitthoffs ein⁴²⁵.

⁴²³ Die Untergliederung in „Positivisten“ und „Autonomisten“ ist angelehnt an Dasser, Lex mercatoria, S. 43 ff. bzw. 48 ff.

⁴²⁴ So die Formulierung von Stein, Lex mercatoria, S. 193.

⁴²⁵ Vgl. Schmitthoff, Commercial Law in a Changing Economic Climate, S. 22.

Zum anderen kann Autonomie aber auch mit Blick auf die Norm selbst definiert werden. Dann bedeutet Autonomie die Loslösung der Norm von jeglichem staatlichem Recht, gleich ob nationaler oder völkerrechtlicher Natur. Eine solche Norm setzt im Grundsatz weder ihre Billigung durch staatliches Recht voraus, noch leitet sie ihre Verbindlichkeit von diesem ab. Daher kann eine solche Betrachtungsweise als absolut bezeichnet werden. Ein so verstandenes autonomes Welthandelsrecht beschreibt in der Tat eine eigenständige, „dritte“, supranationale Rechtsordnung, die über den nationalen Rechtsordnungen und neben dem Völkerrecht angesiedelt ist - und entspricht somit der Ansicht Goldmans⁴²⁶.

Daraus folgt zweierlei: Wann immer der Begriff der Autonomie verwendet wird, ist zunächst immer zu klären, welche Bedeutung der betreffende Autor diesem Begriff zu Grunde legt. Zum anderen ist eine gewisse Zurückhaltung angebracht mit vorschneller Kritik an der Lehre von der *lex mercatoria*, zumindest soweit diese Kritik sich begrifflich allein am Postulat der „Autonomie“ dieses Welthandelsrechts entzündet. Wenn in dieser Arbeit im Folgenden von einer „autonomistischen“ Auffassung von der *lex mercatoria* im Gegensatz zu einer „positivistischen“ Auffassung⁴²⁷ die Rede ist, so soll diese Unterscheidung in ihren Grundzügen das Gegensatzpaar Goldman und Schmitthoff repräsentieren. Der Begriff der Autonomie wird vorliegend mithin im Sinne Goldmans verwendet.

2. Der „neue Pragmatismus“ und seine Hintergründe

Im letzten Jahrzehnt hat die *lex mercatoria* durch eine Reihe monographischer Abhandlungen wieder verstärkte Beachtung in der Literatur erhalten⁴²⁸. Die dargestellten Extreme zum Ausgangspunkt nehmend, unterteilen auch die neueren Abhandlungen die bisher vorgetragenen Ansichten in „positivistische“ und „autonomistische“ Auffassungen bzw. unterscheiden zwischen einem „empirisch-deskriptiven Verständnis“, das keine rechtsquellentheoretischen Ambitionen hegt, sondern den staatlichen

⁴²⁶ Ebenso Nygh, *Autonomy*, S. 178.

⁴²⁷ Vgl. zur Herkunft dieser Begriffe oben, Fn. 423.

⁴²⁸ Vgl. dazu die Einzeldarstellungen, unten, Teil I, IV.3.

Rechtsanwendungsbefehl zum Ausgangspunkt nimmt und einem ebenfalls als „autonomistisch“ bezeichneten Verständnis, das von einem objektiven, von staatlichen Rechtsordnungen und Völkerrecht losgelösten Sonderrecht der internationalen Wirtschaft ausgeht⁴²⁹.

Die genannten Autoren erkennen die Antinomie der Standpunkte Schmitthoffs und Goldmans, die sich in den Lehren ihrer jeweiligen Anhänger zunächst unvermindert fortgesetzt hatte⁴³⁰. Es ist die Tendenz erkennbar, den „ungelösten Streit um die Anerkennung der *lex mercatoria* als eine eigenständige nichtnationale Rechtsordnung nicht weiter zu forcieren und sich stärker praktischen Anwendungsfragen zu widmen“⁴³¹. Die Frage nach der theoretischen und methodischen Existenzberechtigung der *lex mercatoria* tritt mehr und mehr an den Rand des Blickfelds⁴³². Sie weicht einer

⁴²⁹ Stein, *Lex mercatoria*, S. 200 f.

⁴³⁰ Goldmans Konzept von einer autonomen Rechtsordnung *lex mercatoria* folgen im Grundsatz: Kahn (FS Schmitthoff, S. 215, 240; ders., FS Goldman, S. 97 ff.); Fouchard (*L'arbitrage commercial international*, S. 401 ff.; ders., FS Goldman, S. 67 ff.); Derains (RdA 1973, S. 122 ff.; ders., *Possible Conflict of Law Rules and the Rules Applicable to the Substance of the Dispute*, S. 169, 185 ff.); Loquin (Loquins Ansatz war zunächst - wie der Goldmans - vorsichtig: Er untersuchte anfangs den Zusammenhang zwischen *lex mercatoria* und der schiedsrichterlichen Entscheidung *ex aequo et bono* (*amiable composition*), s. Loquin, *L'amiable composition*. Erst später brachte er zum Ausdruck, dass er die *lex mercatoria* als nicht-nationales Rechtssystem anzuerkennen bereit sei, s. Loquin, *L'apport de la jurisprudence arbitrale* 1986, S. 67, 73 ff. und 113 ff.); Sanders (RdC 145 (1975 II), S. 204, 263 ff.); Virally (FS Goldman, S. 373 ff.); Lalive (I.C.L.Q. 13 (1964), S. 987, 1006 ff.); mit Schwerpunkt auf historischen und soziologischen Betrachtungen wohl auch Berman und Kaufman (Berman/Kaufman, HILJ 19 (1978), S. 221 ff.). Eine mit Schmitthoff vergleichbare Auffassung vertreten dagegen Goldstajn (FS Schmitthoff, S. 171 ff., ders., *Lex mercatoria and the CISG*, S. 241, 251); Cremades und Plehn (BUILJ 1984, S. 317 ff.); Lew (*Applicable Law*, Rn. 345 und 346); Tallon (*The Law Applied by Arbitration Tribunals - II*, S. 154, 157, der den Begriff „*lex mercatoria*“ allerdings nicht ausdrücklich verwendet); Bucher (*Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Rn. 280 ff.); Horn (*Das Recht der internationalen Anleihen*, S. 519 ff. und 529); Siehr (*Sachrecht im IPR*, S. 103, 115 ff.); Grigera Naón (FS Juenger, S. 65, 70); Enderlein (*The Law of International Trade: A New Task for National Legislators or a New "Lex Mercatoria"?*, S. 447, 451); und Eörsi (JBL 1967, S. 144 ff.). Darüber hinaus ist die *lex mercatoria* Gegenstand zahlreicher anerkennender Abhandlungen geworden, ohne dass sich die Verfasser der Goldmanschen oder der Schmitthoffschen Konzeption angeschlossen hätten, eine ausführliche, nach Staaten geordnete Übersicht findet sich bei De Ly, *International Business Law*, Rn. 316 ff.

⁴³¹ So Stein, *Lex mercatoria*, S. 9; im gleichen Sinne Berger, ZVglRWiss 94 (1995), S. 217, 236: „Es geht nicht mehr um die theoretische Legitimierung der *lex mercatoria*, sondern um die Frage nach der „richtigen“ Technik zu ihrer Kodifizierung“.

⁴³² Vgl. Lalive, *Colloque de Bâle* (30.-31. Oktober 1980), Diskussionsbeitrag auf S. 135, der hervorhebt, dass es für die Praxis völlig unerheblich sei, ob es sich bei der *lex mercatoria* um ein geschlossenes Rechtssystem handle oder nicht; für den Schiedsrichter sei vielmehr die sachgerechte Lösung des Einzelfalls von zentralem Interesse. Ähnlich drückt es Carbonneau aus: „The issue is not whether an arbitral law merchant exists, but rather: what form does it

pragmatischen, funktionalen Betrachtungsweise, einem „dialektischen Verständnis der Wechselbeziehungen von Recht und Wirtschaftsleben“⁴³³. Die von Goldman und Schmitthoff geprägte Diskussion um eine „new lex mercatoria“ erfährt dadurch einen Perspektivenwechsel, den Fortier im Jahre 2001 provokant mit „The New, New *Lex Mercatoria*, or, Back to the Future“ charakterisierte⁴³⁴.

Zu dieser geänderten Denkweise dürfte neben der Erkenntnis der Pattsituation in der vergangenen Diskussion und der zunehmenden Öffnung auch nationaler Schiedsrechte gegenüber anationalem Recht⁴³⁵ eine Reihe von jüngeren Entwicklungen beigetragen haben, die im Folgenden kurz skizziert werden sollen:

a. CISG

Ein wesentlicher Faktor ist der weltweite Erfolg⁴³⁶ des CISG, das - wenn auch sachlich in eng begrenztem Umfang⁴³⁷ - den Beweis für ein funktionierendes, international einheitliches Recht für den internationalen Handel liefert und die damit einhergehenden Vorteile⁴³⁸ in der Praxis spürbar werden lässt⁴³⁹. Es könnte daher das Potential besitzen, das Streben nach einem einheitlichen transnationalen Wirtschaftsrecht aus den oben zitierten „Studierstuben“⁴⁴⁰ heraus in die Realität des internationalen Handels zu transportieren. Wie dies rechtstechnisch geschehen könnte, d.h. die Rolle der *lex mercatoria* im

take, how effective is it as a body of law, how extensive its scope, and does it have a mandatory character?“, Carbonneau, *Design and Destiny*, S. 23, 35.

⁴³³ Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 211 f.

⁴³⁴ Fortier, *ISCID Review* 16/1 (2001), S. 10.

⁴³⁵ Vgl. oben, Teil I, II.4.b.bb(2).

⁴³⁶ S. dazu unten, Teil II, II.1.c.cc

⁴³⁷ Zum Anwendungs- und Regelungsbereich des UN-Kaufrechts s. unten, Teil II II.2.

⁴³⁸ S. dazu unten, Teil II, II.3.c.

⁴³⁹ Lando stellt die Vermutung auf, dass der Erfolg des CISG den aus verschiedenen Rechtstraditionen stammenden Mitgliedern der Lando-Kommission eine Hilfestellung war, herkunftsbedingte Vorbehalte gegenüber fremden Lösungen leichter zu überwinden, vgl. Lando, *RebelsZ* 56 (1992), S. 261, 272.

⁴⁴⁰ S. oben, Fn. 110.

Anwendungsbereich des CISG, wird Gegenstand des 2. Teils dieser Arbeit sein.

b. Die Suche nach einem einheitlichen europäischen Vertragsrecht - „Auf dem Weg zu einem europäischen Zivilgesetzbuch“?⁴⁴¹

In Europa wurde auf Veranlassung des Europäischen Rats von Tampere 1999 durch die Mitteilung der Kommission zum europäischen Vertragsrecht⁴⁴² ein Konsultations- und Diskussionsprozess in Gang gesetzt, der klären soll, wie die sich aus den Differenzen der nationalen Vertragsrechte der EU-Mitgliedsstaaten ergebenden Probleme auf europäischer Ebene gelöst werden können. Die Kommission selbst bot vier Lösungsvorschläge an, die sich allerdings lediglich als Anregungen für die Erarbeitung möglicher neuer Konzepte verstanden wissen wollten und rief neben dem Rat und dem Parlament alle „interessierten Kreise einschließlich der Wirtschaft, der Juristen aus Praxis und Wissenschaft und der Verbraucherverbände“⁴⁴³ zu Stellungnahmen auf. Zur Wahrung der Transparenz des Konsultationsverfahrens wurde das Internet als Forum für die zusammenfassende Veröffentlichung der eingegangenen Stellungnahmen genutzt⁴⁴⁴. Dieses Vorgehen ist ein Beispiel für die fortschreitende Aufwertung der Disziplin der Rechtsvergleichung, die mehr und mehr das ausschließlich wissenschaftlich-theoretische Niveau hinter sich lässt und im realen Prozess rechtlicher Integration eine nicht mehr wegzudenkende Rolle einnimmt⁴⁴⁵. Jüngst folgte eine weitere Mitteilung der Kommission, in der sie einen Aktionsplan für ein kohärentes europäisches Vertragsrecht vorstellt⁴⁴⁶.

⁴⁴¹ So titelte Schulze in NJW 1997, S. 2742.

⁴⁴² KOM (2001) 398 endgültig vom 11.7.2001; URL: http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/cont_law_02_de.pdf.

⁴⁴³ KOM (2001) 398 endgültig vom 11.7.2001, S. 2.

⁴⁴⁴ URL: http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/summaries/sum_en.pdf.

⁴⁴⁵ Vgl. Goff, I.C.L.Q. 1997, S. 745, 748: „Comparative law may have been the hobby of yesterday, but it is destined to become the science of tomorrow.“

⁴⁴⁶ KOM(2003) 68 endgültig vom 12.2.2003; URL: http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/com_2003_68_de.pdf.

Dieser schlägt unter Berücksichtigung der eingegangenen Stellungnahmen eine Kombination aus gesetzgeberischen (Verordnungen, Richtlinien, Empfehlungen) und nicht-gesetzgeberischen Maßnahmen (Koregulierung, Selbstregulierung, freiwillige Vereinbarungen auf Branchenebene, Methode der offenen Koordinierung, finanzielle Maßnahmen, Informationskampagnen) vor⁴⁴⁷.

Dieses zielgerichtete und organisierte gemeinsame Vorgehen von Rat, Parlament, Kommission und interessierten privaten Kreisen, das den erklärten Schwerpunkt auf die effektive Lösung realer Probleme und nicht etwa auf die Frage der rechtstheoretischen und methodischen Existenzberechtigung der vorgeschlagenen Lösungswege legt, fördert ein vom Pragmatismus geprägtes Denk- und Diskussionsklima.

c. Der wachsende Bestand gesicherter materieller Regeln der lex mercatoria

Wie im vorhergehenden Kapitel aufgezeigt, muss den Stimmen, die der lex mercatoria stets vorhielten, sie sei zu vage, abstrakt und unpraktisch, um in der Realität des internationalen Handels von Nutzen zu sein, eine Absage erteilt werden. Nicht nur die fortschreitende Arbeit an den zwei bekannten „Privatkodifikationen“ (UNIDROIT Principles und PECL), sondern auch neue Konzepte wie die Transnational Law Database stellen einen umfangreichen Fundus von konkreten, anwendungsfähigen Normen und Prinzipien bereit, die durch die Spruchpraxis der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit eine fortlaufende Rechtsfortbildung erfahren⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ Das Ziel eines „europäischen Zivilgesetzbuches“ rückt damit weiter in die Ferne. So heißt es auch im Grünbuch der Kommission vom 14.1.2003 über die Umwandlung und Aktualisierung des Übereinkommens von Rom: „Aus Sicht der Kommission ist das Ziel des Projekts ‚Europäisches Vertragsrecht‘ gegenwärtig weder eine völlige Angleichung des Vertragsrechts der Mitgliedsstaaten noch die Schaffung eines ‚Europäischen Zivilgesetzbuchs‘. Die Kommission hat bereits angekündigt, dass sie Anfang 2003 ein Folgedokument veröffentlichen will. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass selbst bei einer stärkeren Harmonisierung des Vertragsrechts auf europäischer Ebene nur bestimmte besonders wichtige Aspekte erfasst werden. Folglich wird man auch weiterhin das anwendbare Recht in den nicht harmonisierten Bereichen bestimmen müssen. Die Regeln des Internationalen Privatrechts behalten also ihre Relevanz für grenzüberschreitende Transaktionen heute und in Zukunft.“, KOM(2002) 654 endgültig, S. 15; URL s. oben, Fn. 148.

⁴⁴⁸ S. dazu ausführlich Fortier, ISCID Review 16/1 (2001), S. 10, 14 ff.

3. Die Frage nach dem Rechtsanwendungsbefehl

Aller Hang zum Pragmatismus vermag jedoch über ein zentrales Problem nicht hinwegzuhelfen: Es handelt sich dabei um die Frage nach dem Rechtsanwendungsbefehl, der den Normen einer wie auch immer verstandenen *lex mercatoria* Verbindlichkeit verleiht. Fehlt er, so kann von einem „dialektischen Verständnis der Wechselbeziehungen von Recht und Wirtschaftsleben“⁴⁴⁹ keine Rede sein, da in diesem Falle zwar die Realität die Theorie zu beeinflussen vermag, die Einflussnahme der mittels der Theorie gefundenen Regeln auf die Realität jedoch wegfällt⁴⁵⁰. Mit ihm steht und fällt mithin auch die Charakterisierung der Idee der *lex mercatoria* als *lex*. Es geht hier also um die Suche nach der „Grundnorm“⁴⁵¹, die der *lex mercatoria* neben der soziologisch-empirischen Geltung juristische Geltung als objektives Recht verleiht. Dabei ist „Rechtsanwendungsbefehl“ weit zu verstehen: Gemeint ist jedes Moment, das den konkreten Regeln rechtliche Verbindlichkeit verleiht, ohne dass von vornherein festgelegt wäre, ob dieses äußeren Ursprungs oder aber der *lex mercatoria* immanent ist.

Die Fragestellung lässt sich verdeutlichen mit einer begrifflichen Anleihe bei der Diskussion um den Rechtsquellencharakter des Richterrechts. Dort habe es sich eingebürgert, zwischen Rechtsgeltungs- und Rechtserkenntnisquellen zu unterscheiden. Aus den Rechtserkenntnisquellen, zu denen Gerichtsentscheide nach herkömmlicher Ansicht gehörten, ließe sich lediglich entnehmen, was rein faktisch als Recht praktiziert werde. Die Sichtweise sei dabei nicht eine Normative, sondern lediglich eine rein Tatsächliche. Die Qualifizierung als Rechtsgeltungsquelle schließe dagegen mit ein, dass man den zugehörigen Regeln zuerkenne, dass sie den Rechtsanwender auf der Ebene des rechtlichen Sollens binden, also Befolgung nicht nur beschreiben, sondern verlangen könnten⁴⁵².

⁴⁴⁹ S. oben, Fn. 433.

⁴⁵⁰ A.A. Teubner, *Rechtshistorisches Journal* 1996, S. 255, 264: „Die Debatte um die *lex mercatoria* ist zugleich einer der seltenen Fälle, in denen praktische Rechtsentscheidungen unmittelbar von rechtstheoretischen Weichenstellungen abhängen.“

⁴⁵¹ Vgl. zum Begriff Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, S. 154 ff.

⁴⁵² Vgl. die einführende Darstellung bei Canaris, *Die Stellung der „UNIDROIT Principles“ und der „Principles of European Contract Law“ im System der Rechtsquellen*, S. 5, 8 f.

Ob die *lex mercatoria* nach dieser Terminologie eine echte Rechtsgeltungsquelle oder lediglich eine Rechtserkenntnisquelle darstellt, hängt also davon ab, ob ihr ein Rechtsanwendungsbefehl immanent ist, durch den sie nicht lediglich durch Ableitung ihrer Rechtsverbindlichkeit von staatlichem Recht an einem ihr fremden Geltungsanspruch teilhaben, sondern einen solchen aus sich selbst heraus entfalten kann. Die Suche nach einem solchen Rechtsanwendungsbefehl gestaltet sich als vielschichtiges Vorhaben: Er kann je nach Anwendungsebene (Vertragsdurchführung oder Streitbeilegung), Forum (Schiedsgericht oder staatliches Gericht) oder dogmatischer Einordnung der *lex mercatoria* (Rechtsordnung oder keine Rechtsordnung, autonom oder derivativ) verschiedenen Ursprungs und unterschiedlicher Reichweite sein und muss zudem mit staatlichem Recht interagieren oder kann mit ihm in Konflikt treten. In dem folgenden Überblick soll nun untersucht werden, ob die proklamierte Abkehr von den rechtstheoretischen „Grabenkämpfen“ um eine *lex mercatoria* hin zum „neuen Pragmatismus“ eine Antwort auf die Frage nach dem Rechtsanwendungsbefehl zu geben vermag.

a. Dasser

aa. Dogmatische Erfassung

Eine solche Abkehr wird bereits in der 1989 erschienenen Dissertation von Felix Dasser deutlich: Auf Grundlage der Erkenntnis, dass die Gegner innerhalb der rechtstheoretischen Grundsatzdiskussion um die *lex mercatoria* von unvereinbaren Prämissen über die Bedeutung von „Recht“ und „Rechtsordnung“ ausgehen⁴⁵³, über die bislang keine verbindliche Entscheidung getroffen werden konnte⁴⁵⁴, zeigt sich seine Denkrichtung

⁴⁵³ Besonders deutlich wurde dies im Verlauf des bereits mehrfach zitierten Colloque de Bâle: Gegner und Befürworter der *lex mercatoria* redeten teilweise derart aneinander vorbei, dass Vitta ihre Stellungnahmen als „Verkündung einer Weltanschauung“ oder „eine Art Glaubensbekenntnis“ bezeichnete, s. Vitta, Colloque de Bâle (30.-31. Oktober 1980), Diskussionsbeitrag auf S. 125.

⁴⁵⁴ Dasser weist exemplarisch auf die Theorien von Kelsen und Romano hin: „Zwischen den Theorien von Kelsen und Romano klaffen Welten, ohne daß sich je die eine oder die andere als falsch erwiesen hätte“, Dasser, *Lex mercatoria*, S. 76 und 392.

pragmatisch: Dasser erkennt die Existenz einer lex mercatoria in der Form selbst geschaffenen Spontanrechts des internationalen Handels als tatsächliches Phänomen an und bemüht sich - zunächst ohne jeden Bezug auf die Frage, ob diese nun eine autonome Rechtsordnung darstellt oder nicht - ihren materiellen Gehalt zu durchleuchten und ihre praktische Relevanz zu untersuchen.

Die bisher zur lex mercatoria vertretenen Auffassungen unterteilt er in zwei Lager. Zunächst nennt er diejenigen, die sie als Ausdruck faktischer Vereinheitlichung des Rechts des internationalen Handels ansehen und unterteilt sie in die Gruppe der „Positivisten“, die einen mit Schmitthoff vergleichbaren, von der Abhängigkeit der Regeln der lex mercatoria von staatlichem Recht ausgehenden Ansatz verfolgten⁴⁵⁵ und die der „Pragmatiker“, die auf eine Beurteilung der Rechtsnatur der lex mercatoria verzichteten⁴⁵⁶. Ihnen stünden die „Autonomisten“ gegenüber, die die lex mercatoria mit Goldman als eine eigenständige Rechtsordnung betrachteten⁴⁵⁷. Für eine eigene Einschätzung der autonomistischen Ansicht nimmt Dasser naheliegenderweise die Lehre Goldmans zum Ausgangspunkt. Er geht dabei in zwei Schritten vor:

Zuerst prüft er, ob die Regeln der lex mercatoria überhaupt objektives Recht sein können. Die Antwort fällt differenziert aus: Zwar sei die Akzeptanz von allgemeinen Rechtsgrundätzen als positives Recht allgemein anerkannt⁴⁵⁸; etwas anderes gelte jedoch für Standardverträge, Handelsklauseln und Handelsbräuche: Solange diese sich nicht zu Gewohnheitsrecht verdichtet hätten, bedürften diese zu ihrer Wirksamkeit grundsätzlich der ausdrücklichen oder stillschweigenden - vertraglichen Vereinbarung.

In einem zweiten Schritt geht Dasser auf das Problem der Anerkennung der lex mercatoria als Rechtsordnung ein. Dabei weist er zunächst Behauptungen,

⁴⁵⁵ Dasser, Lex mercatoria, S. 43 ff.

⁴⁵⁶ Dasser, Lex mercatoria, S. 46 ff.

⁴⁵⁷ Dasser, Lex mercatoria, S. 48 ff.

⁴⁵⁸ Vgl. Dasser, Lex mercatoria, S. 107 ff., insbes. 118.

„eine dritte Rechtsordnung könne es von vornherein nicht geben“ bzw. „eine autonome lex mercatoria könne vor einer ‚illusionslosen Rechtsquellenlehre‘ nicht bestehen“ als wenig überzeugend zurück⁴⁵⁹. Auf der anderen Seite jedoch vermisst er einleuchtende Begründungen für die Anerkennung der lex mercatoria als Rechtsordnung⁴⁶⁰. Ein eigentlicher Gesetzgeber des Handels fehle; zudem sei die Gemeinschaft der international tätigen Kaufleute zu wenig homogen und organisiert, um Recht setzen zu können; schließlich sei auch der immer wieder anzutreffende Verweis auf die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit kein hinreichendes Argument, da die Schiedsrichter nur den Parteien, nicht aber einer übernationalen Gemeinschaft von Kaufleuten verpflichtet seien⁴⁶¹.

Entscheidend ist für Dasser letztlich nicht die rechtstheoretische Anerkennung der lex mercatoria als „dritte“ Rechtsordnung, sondern die Frage, ob sie eine taugliche Grundlage für schiedsrichterliche Entscheidungen darstellt und somit die *Funktion* einer Rechtsordnung zu erfüllen in der Lage ist. Aus der Perspektive der Handelsschiedsgerichtsbarkeit bejaht Dasser diese Frage vorsichtig, freilich ohne die Berufung auf die lex mercatoria als Königsweg darzustellen⁴⁶².

bb. Anwendungsfragen

Aufgrund der zumindest funktionalen Anerkennung der lex mercatoria stellt sich für Dasser in einem nächsten Schritt die Frage, auf welche Weise diese Regeln zur Anwendung gelangen. Bei der Antwort konzentriert er seine Betrachtungen ganz auf die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit; die Frage der Anwendbarkeit vor staatlichen Gerichten wird nicht thematisiert.

⁴⁵⁹ Dasser, Lex mercatoria, S. 392.

⁴⁶⁰ Vgl. Dasser, Lex mercatoria, S. 71 und 391.

⁴⁶¹ Vgl. Dasser, Lex mercatoria, S. 390.

⁴⁶² „Verweisungen auf eine lex mercatoria erscheinen so in aller Regel als Verlegenheitslösungen, als Kompromisse, denen die Beteiligten vielleicht selbst nicht viel Praktikabilität zutrauen.“, Dasser, Lex mercatoria, S. 392 f.

„Absolute“, d.h. „von jeglicher rechtlichen Kontrolle“ losgelöste⁴⁶³ Priorität komme zunächst der Rechtswahl der Parteien zu. Sie werde stets beachtet, und dies oftmals völlig ohne die Frage nach dem anwendbaren IPR aufzuwerfen, allein aufgrund der universalen Anerkennung der Parteiautonomie⁴⁶⁴. Hinsichtlich der objektiven Anknüpfung sieht Dasser dagegen weitergehenden Begründungsbedarf: Zunächst weist er auf die mittlerweile anerkannte weitreichende schiedsrichterliche Autonomie bei der Bestimmung und Anwendung des Kollisionsrechts hin. Diese habe sich nicht nur in der Schiedspraxis etabliert, sondern finde auch durch Staatsverträge und nationale Schiedsrechte zunehmend Unterstützung, indem diese mehr und mehr auf eine Verpflichtung zur Anwendung staatlichen IPR verzichteten⁴⁶⁵.

Aufgrund der daraus folgenden immensen Bandbreite theoretisch denkbarer Anknüpfungsmethoden beschränkt Dasser seine Darstellung mit Blick auf die Praxis der ICC auf einige „bewährte“ Varianten. Relevante Methoden objektiver Anknüpfung seien einerseits die Anwendung des IPR des Sitzstaates, andererseits die Anwendung von in allen beteiligten Internationalen Privatrechten gleichermaßen enthaltenen Kollisionsregeln sowie im Falle divergierender Regelungen der Rückgriff auf allgemeine Grundsätze des IPR⁴⁶⁶. Mehr und mehr Schiedsgerichte gingen schließlich dazu über, das am besten geeignete Sachrecht direkt, d.h. ohne Rückgriff auf das IPR, anzuwenden („voie directe“). Dasser macht allerdings darauf aufmerksam, dass es eine „direkte“ Anknüpfung im wörtlichen Sinne nicht gebe. Es bedürfe immer einer Kollisionsregel. Unter Berufung auf die „voie directe“ verzichte der Schiedsrichter lediglich auf Erläuterung und Begründung der von ihm angewandten Regel und nehme die Anknüpfung nach dem aus seiner subjektiven Sicht engsten Zusammenhang für den Einzelfall vor⁴⁶⁷. Diese Vorgehensweise habe bereits Eingang in einzelne

⁴⁶³ Dasser, *Lex mercatoria*, S. 171.

⁴⁶⁴ Vgl. Dasser, *Lex mercatoria*, S. 170 f. und 262 f.; eine Besprechung ausgewählter Schiedssprüche erfolgt auf S. 180 ff.

⁴⁶⁵ Vgl. Dasser, *Lex mercatoria*, S. 167 ff.

⁴⁶⁶ Vgl. Dasser, *Lex mercatoria*, S. 172 ff.; eine Besprechung ausgewählter Schiedssprüche erfolgt auf S. 206 ff.

⁴⁶⁷ Vgl. Dasser, *Lex mercatoria*, S. 177.

Gesetze gefunden⁴⁶⁸. Insgesamt übten jedoch die Schiedsrichter bei der objektiven Anknüpfung an nicht-staatliches Recht erheblich mehr Zurückhaltung als bei der - ausnahmslos befolgten - Rechtswahl der Parteien. Viele Schiedsrichter seien der Auffassung, mangels Auftrages der Parteien komme als Vertragsstatut ausschließlich staatliches Recht in Frage. Insgesamt sei die Schiedspraxis in dieser Frage derzeit noch nicht eingespielt; eine klare Praxis zur objektiven Anknüpfung fehle⁴⁶⁹.

Dasser steht der in der schiedsrichterlichen Praxis anzutreffenden Methodenvielfalt grundsätzlich kritisch gegenüber; sie verleite zu „recht kuriosen Begründungen und Abklärungen“ und grenze an „Methodenwillkür“. Gleichzeitig gibt er jedoch zu bedenken, dass es näherer Untersuchung bedürfe, ob und inwieweit dadurch die Vorhersehbarkeit und somit die Rechtssicherheit geschmälert werde. Auf ein abschließendes rechtspolitisches Urteil verzichtet Dasser⁴⁷⁰. Die durch die tendenziell liberalere staatliche und staatsvertragliche Gesetzgebung bewirkte kollisionsrechtliche Freiheit der Schiedsrichter lasse jedoch den Schluss zu, dass die wichtigste Hemmschwelle vor der Anwendung nicht-staatlichen Rechts weggefallen sei; v.a. die „voie directe“ erleichtere den Zugang zur *lex mercatoria* erheblich, da die Schiedsrichter hier von der Pflicht befreit seien, Kollisionsregeln formulieren und begründen zu müssen⁴⁷¹.

Eine besondere Rolle komme jedoch den Handelsbräuchen zu. Geltungsgrund und Reichweite dieser Bräuche stellen sich bei Dasser widersprüchlich dar: Einerseits könne die Verbreitung von Handelsbräuchen in einem relativ geschlossenen Kreis von Kaufleuten so weit gehen, dass sich eine Partei nach Treu und Glauben auch dann daran festhalten lassen muss, wenn sie die Existenz dieser Bräuche gar nicht gekannt hat⁴⁷². Hier wirke der Brauch faktisch wie objektives Recht, entfalte seine Wirkung aufgrund des letztlich

⁴⁶⁸ Dasser, *Lex mercatoria*, S. 168 nennt an dieser Stelle u.a. auf den oben bereits erwähnten Art. 1496 NCPC, vgl. oben, 235.

⁴⁶⁹ Vgl. Dasser, *Lex mercatoria*, S. 263 f. und 265.

⁴⁷⁰ S. Dasser, *Lex mercatoria*, S. 179.

⁴⁷¹ Vgl. Dasser, *Lex mercatoria*, S. 179 f.

⁴⁷² Vgl. Dasser, *Lex mercatoria*, S. 77 ff. und 389.

immer noch vertraglichen Geltungsgrundes allerdings nur innerhalb der durch das *ius cogens* des anwendbaren nationalen Rechts gesetzten Grenzen⁴⁷³. Andererseits gelte unabhängig vom jeweiligen Vertragsstatut der Grundsatz, dass Teilnehmer am internationalen Handel an einschlägige Handelsbräuche gebunden seien. Dieser vormals ungeschriebene Grundsatz habe seit der Aufnahme in Art. 7 des Europäischen Übereinkommens über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit⁴⁷⁴ seinen Niederschlag in mehr und mehr staatlichen Schiedsrechten gefunden. Unabhängig davon, ob das jeweils anwendbare materielle Recht dies vorsehe oder nicht, müssten die Schiedsrichter „in jedem Fall“ die Handelsbräuche der betroffenen Branche und Region anwenden⁴⁷⁵. Ob diese „positivrechtliche“ Begründung im Gegensatz zur „vertragsautonomen“ Begründung eine Vorrangstellung auch gegenüber zwingendem nationalem Recht beinhaltet, lässt Dasser offen. Die Rechtsnatur der Handelsbräuche bezeichnet er denn auch konsequenterweise als „unklar“⁴⁷⁶.

cc. Ergebnis

Auch wenn Dasser eine funktionale Analyse ausgewählter Elemente der *lex mercatoria* in den Vordergrund seiner Betrachtungen stellt und somit eine pragmatische Annäherung an die *lex mercatoria* wählt, ist klar zu erkennen, dass er sich von der autonomistischen Auffassung Goldmans distanziert. In der *lex mercatoria* sieht er keine autonome Rechtsordnung, die losgelöst von jeglichem nationalem Recht aus eigener Kraft Verbindlichkeit beansprucht. Im Gegenteil: Stets stützt Dasser die Anwendung nationaler Regeln auf staatliches Recht. Es sei die staatlich gewährte Loslösung der Schiedsrichter vom IPR, die ihnen die Anwendung nationaler Rechts ermögliche. Neben der subjektiven Rechtswahl durch die Parteien sei auch eine objektive Anknüpfung an die *lex mercatoria* theoretisch denkbar, methodisch aber wenig gesichert. Eine gewisse Annäherung an objektives Recht attestiert Dasser allein den Handelsbräuchen. Aber auch hier weist er Unsicherheiten

⁴⁷³ Vgl. Dasser, *Lex mercatoria*, S. 389.

⁴⁷⁴ S. oben, Fn. 229.

⁴⁷⁵ Dasser, *Lex mercatoria*, S. 263.

⁴⁷⁶ Dasser, *Lex mercatoria*, S. 395.

bezüglich des Geltungsgrundes und des Verhältnisses zu zwingendem nationalen Recht nach, so dass Existenz und Befolgung der Handelsbräuche einen autonomistischen Ansatz nicht zu stützen vermögen.

b. De Ly

aa. Dogmatische Erfassung

Etwa gleichzeitig mit Dasser veröffentlichte Filip De Ly seine Dissertation über die *lex mercatoria*⁴⁷⁷. Diese diente als Grundlage für ein 1992 erschienenes Werk, in dem die *lex mercatoria* in den erweiterten Kontext der Quellen des internationalen Handelsrechts eingegliedert wird⁴⁷⁸. Auch De Ly hält zunächst fest, dass die verschiedenen zur *lex mercatoria* vertretenen Auffassungen auf zwei grundlegende Konzepte, nämlich den positivistischen Ansatz Schmitthoffs und den autonomistischen Ansatz Goldmans, zurückzuführen seien⁴⁷⁹.

Seine anschließende, sehr gründliche und nach Nationalität der besprochenen Autoren geordnete Analyse der bisher zur *lex mercatoria* geäußerten Ansichten setzt er ebenso wie Dasser stets mit der Lehre Goldmans in Bezug⁴⁸⁰. Seiner eigenen Beurteilung der *lex mercatoria* als autonome Rechtsordnung legt De Ly ähnlich wie Dasser zunächst einen funktionalen Ansatz zugrunde. Anders als Dasser kommt er jedoch zu dem Ergebnis, dass die *lex mercatoria* aufgrund der Unbestimmtheit ihres Anwendungsbereichs und ihres materiellen Gehalts einerseits und aufgrund des völligen Fehlens von Schutzmechanismen für Dritt- oder Allgemeininteressen andererseits derzeit noch nicht als Rechtssystem angesehen werden könne, das in der Lage sei, umfassende Lösungen für die sich im internationalen Handel ergebenden Probleme zu liefern. Bereits aus diesem Grund sei die Theorie Goldmans von

⁴⁷⁷ De Ly, *De lex mercatoria*.

⁴⁷⁸ Vgl. De Ly, *International Business Law*, im Vorwort, ferner unten, Fn. 483.

⁴⁷⁹ Zu Schmitthoff: De Ly, *De lex mercatoria*, Rn. 22 ff.; ders., *International Business Law*, Rn. 322 ff. Zu Goldman: De Ly, *De lex mercatoria*, Rn. 32 ff.; ders., *International Business Law*, Rn. 325 ff und 415 ff.; ders., FS Sandrock, S. 179, 181.

⁴⁸⁰ Vgl. De Ly, *De lex mercatoria*, Rn. 53 ff.; ders., *International Business Law*, Rn. 319 ff.

einer autonomen *lex mercatoria* abzulehnen⁴⁸¹. Beziehen sich die Parteien in ihrem Vertrag auf eine „*lex mercatoria*“ und kommt die Auslegung desselben zu dem Ergebnis, dass dieser Verweisung ein autonomistisches Verständnis i.S. Goldmans zugrunde lag, so kann dies nach der Auffassung von De Ly lediglich als eine Inkorporation materieller Rechtssätze der *lex mercatoria* in den Vertrag berücksichtigt werden - die kollisionsrechtliche Wahl einer Rechtsordnung, die es nicht gibt, könne schlichtweg auch nicht umgesetzt werden⁴⁸².

bb. Anwendungsfragen

(1) Staatliche Gerichtsbarkeit

Im Gegensatz zu Dasser widmet sich De Ly auch der Frage der Verbindlichkeit anationaler Regeln⁴⁸³ vor staatlichen Gerichten. Die Zulässigkeit der parteiautonomen Wahl anationalen Rechts hält er dabei für weitgehend unproblematisch⁴⁸⁴, weist jedoch darauf hin, dass es Sache der *lex fori* sei, Zulässigkeit und Reichweite einer entsprechenden Rechtswahl zu bestimmen⁴⁸⁵. Weitaus stärkeren Vorbehalten begegnet hingegen die Anwendung anationalen Rechts bei fehlender Rechtswahl. Das klassische

⁴⁸¹ Vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 447; zum mangelnden Systemcharakter auch Rn. 422.

⁴⁸² Grundsätzlich gelte dies gleichermaßen für Verfahren vor staatlichen Gerichten wie vor Schiedsgerichten. De Ly räumt jedoch ein, dass einem Schiedsspruch in aller Regel Anerkennung und Vollstreckung nicht deshalb versagt würden, weil sich die Schiedsrichter bei ihrer Entscheidung auf die *lex mercatoria* gestützt hätten, gleichgültig, ob es sich dabei lediglich um die Anwendung einzelner materieller Normen der *lex mercatoria* oder um die Beachtung einer Rechtswahl der Parteien zugunsten der *lex mercatoria* gehandelt habe, vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 451 f. Etwas anderes gelte freilich, wenn sich die Schiedsrichter durch die Anwendung der *lex mercatoria* über eine getroffene Rechtswahl hinwegsetzen würden, vgl. Rn. 453.

⁴⁸³ De Ly behandelt die Theorie der *lex mercatoria* als einen Teilbereich des Gesamtkomplexes „*International Business Law*“. Daher stellen die Erörterungen zur *lex mercatoria* lediglich einen - wenn auch bezüglich Differenziertheit und Umfang den größten Teil ausmachenden - Gliederungspunkt des vierten Kapitels „Recent Theories on the Sources of *International Business Law*“ dar. Die Probleme der Anwendbarkeit anationalen Rechts behandelt er daher nicht allein aus der Perspektive der *lex mercatoria*, sondern im breiteren Kontext des „*International Business Law*“. Daher ist im Folgenden zunächst nicht explizit von der *lex mercatoria*, sondern allgemein von anationalem Recht die Rede. Später erklärt De Ly die allgemeinen Ausführungen allerdings weitestgehend als auf die *lex mercatoria* anwendbar, vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 426 f.

⁴⁸⁴ Vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 105.

⁴⁸⁵ Vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 113 und 426.

Kollisionsrecht verweise stets auf staatliche Rechtsordnungen, so dass damit der Weg zur Anwendung nicht-nationalen Rechts verschlossen erscheine. Allerdings weist De Ly unter Verweis auf Böckstiegel auf Stimmen hin, welche die Auffassung, die schon abstrakt ausschließlich nationales Recht und Völkerrecht als kollisionsrechtlich zuordnungsfähige Sachnormsysteme ansieht und damit die Existenz anderer Rechtsquellen verleugnet, mit Anerkennung nicht-nationaler Regeln als Rechtsquelle als überholt ansehen⁴⁸⁶. Denkbar sei, dass anationales Recht auch ohne Rechtswahl vor staatlichen Gerichten zur Anwendung gelangt, sofern beispielsweise in Anwendung der *closest connection rule* der Vertrag die engste Verbindung nicht zu einer nationalen Rechtsordnung, sondern zu nicht-nationalen Regeln aufweist. Dies könne bei komplexen Verträgen mit einer Vielzahl von Parteien der Fall sein, aber ebenso bei „*transactions in outer space or on the high seas*“⁴⁸⁷.

Gelangt De Ly auf diesem Wege zu einer - wenn auch äußerst zurückhaltend formulierten - Bejahung der Möglichkeit der Anwendung anationalen Rechts vor staatlichen Gerichten sowohl durch subjektive Rechtswahl als auch durch objektive Anknüpfung, so beschränkt er dieses Ergebnis auf solche Regelungssysteme, die sowohl gewisse Mindeststandards in Hinblick auf ihre Fähigkeit zur Schließung eigener Lücken erfüllen als auch zwingendes Recht enthalten, das Gewähr für die Wahrung öffentlicher Interessen und den Schutz schwächerer privater Vertragsparteien oder Dritter bietet⁴⁸⁸. Sofern diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, schlägt De Ly vor, eine entsprechende kollisionsrechtliche Rechtswahl der Parteien lediglich als materielle Verweisung aufzufassen, die sich nur im Rahmen der einfach-zwingenden Regeln des nach dem IPR des Forumstaates anwendbaren nationalen Rechts auswirkt⁴⁸⁹. Daher kann nach De Ly trotz der grundsätzlichen Möglichkeit der Anwendung anationalen Rechts durch staatliche Gerichte als Vertragsstatut

⁴⁸⁶ Vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 108 mit Verweis auf Böckstiegel, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, S. 111 f.

⁴⁸⁷ De Ly, *International Business Law*, Rn. 107.

⁴⁸⁸ Vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 108 ff.

⁴⁸⁹ De Ly, *International Business Law*, Rn. 113.

die *lex mercatoria* bei ihrem derzeitigen Entwicklungsstand⁴⁹⁰ lediglich insoweit Anwendung finden, als die konkurrierenden Normen des nach dem IPR des Forumstaates anwendbaren Rechts dispositiv ausgestaltet sind.

(2) Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit

Seinen Ausführungen über die Anwendbarkeit nationalen Rechts durch die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit stellt De Ly die Feststellung voran, dass die Vertragsparteien das Schiedsverfahren nicht von staatlichem Recht lösen könnten, wenn die Loslösung in diesem keine rechtliche Grundlage finde. Es bleibe nationalem Recht vorbehalten, zu bestimmen, ob und inwieweit der Staat Einfluss auf internationale Handelsschiedsverfahren nehmen will. Die nationalen Schiedsrechte weisen insofern große nationale Unterschiede auf, von denen De Ly exemplarisch einige darstellt⁴⁹¹. Dennoch stimmt er mit Dasser darin überein, dass Schiedsgerichte im Unterschied zu nationalen Gerichten nicht von vornherein auf das Kollisionsrecht der *lex fori* festgelegt seien. Es müsse also zunächst festgestellt werden, welche Kollisionsnormen vom Schiedsgericht anzuwenden sind⁴⁹².

Die hierzu vertretenen Ansichten seien vielfältig und differenziert; sie lassen sich nach De Ly aber in zwei Grundströmungen unterteilen, nämlich zum einen in diejenigen, die nationales Kollisionsrecht anwenden, den Sachverhalt also auch kollisionsrechtlich zunächst in einer bestimmten nationalen Rechtsordnung lokalisieren wollen⁴⁹³ und zum anderen in die Anhänger einer autonomistischen Theorie, nach der die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit eigene, von nationalem IPR unabhängige Kollisionsregeln besitze⁴⁹⁴. De Ly steht der Lokalisierung internationaler Sachverhalte zur Ermittlung des anzuwendenden Kollisionsrechts kritisch

⁴⁹⁰ S. oben, Text vor Fn. 481.

⁴⁹¹ S. De Ly, *International Business Law*, Rn. 125 ff.

⁴⁹² Vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 133.

⁴⁹³ Innerhalb dieser Gruppe besteht wiederum Streit, nach welchen Kriterien das anzuwendende Kollisionsrecht ermittelt werden soll. So werden der Sitz des Schiedsgerichts, die Nationalität oder der Sitz der Schiedsrichter oder der Parteien, bei institutioneller Arbitrage der Sitz der Schiedsinstitution oder auch das auf den Vertrag anwendbare Sachrecht zur Lokalisierung herangezogen, vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 137-141.

⁴⁹⁴ Vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 142.

gegenüber. Ihr hafte neben ihrer Praxisferne ein willkürliches Element an; insbesondere fehle es oftmals an einer inhaltlichen Verbindung zwischen Streitsache und Schiedsort. Zudem führe diese Methode zu dem kuriosen Ergebnis, dass bei fehlender Rechtswahl zunächst nach einer Kollisionsnorm zur Ermittlung des Kollisionsrechts gesucht werden müsse. Auch die übrigen, auf nationales Kollisionsrecht zielenden Ansätze seien überzeugend widerlegt worden⁴⁹⁵. Der autonomistische Ansatz hingegen finde in zahlreichen Konventionen und nationalen Schiedsrechten Unterstützung, die eine weitgehende Freiheit der Schiedsrichter bei der Bestimmung des anwendbaren Sachrechts für den konkreten Einzelfall zwar im Grundsatz billigten, ihnen jedoch zugleich auch ihre Grenzen setzten⁴⁹⁶.

Ein autonomes System schiedsspezifischer Kollisionsregeln lasse sich allein daraus allerdings noch nicht ableiten⁴⁹⁷. Ein solches System bedürfte wegen des eingangs schon hervorgehobenen Vorbehalts der Einflussnahme staatlichen Rechts auf das Schiedsverfahren der Kompatibilität mit nationalem Kollisionsrecht⁴⁹⁸. De Ly untersucht im weiteren Verlauf sehr ausführlich die Interaktion von staatlichem Recht und dem schiedsrichterlichen Verfahren⁴⁹⁹ und stellt im Einzelnen die Grenzen dar, die staatliches Recht einem autonomen, schiedsrichterlich entwickelten und fortgebildeten Kollisionsrecht setzt. Er kommt zu dem Schluss, dass im Rahmen des geltenden Rechts durchaus ein gewisser Raum für die

⁴⁹⁵ Vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 138-141.

⁴⁹⁶ Einen Anfang bilde Art. VII Abs. 1 des Europäischen Übereinkommens über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit (S. oben, Fn. 229), der es den Parteien erlaubt, das anwendbare Recht direkt zu wählen und im Falle fehlender Rechtswahl den Schiedsrichtern die freie Wahl des anwendbaren Kollisionsrechts gestattet. Weiter gingen moderne Regelungen wie Art. 1496 NCPC, die die Schiedsrichter sogar im Falle fehlender Rechtswahl durch die Parteien die direkte Anwendung des geeignet erscheinenden Rechts gestatten, ohne sie zu kollisionsrechtlichen Erwägungen zu verpflichten, vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 143 ff.; vgl. auch oben, Fn. 235.

⁴⁹⁷ Vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 147.

⁴⁹⁸ Vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 148.

⁴⁹⁹ Diese sei auf verschiedenen Ebenen denkbar: Bei der Schiedsvereinbarung, dem Prozessrecht, der gerichtlichen Revision eines Schiedsspruchs im Aufhebungsverfahren und schließlich anlässlich der Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs, vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 150 ff.

Entwicklung autonomer Kollisionsregeln sei⁵⁰⁰, jedoch müsse autonomes Kollisionsrecht die gleichen Funktionen erfüllen wie sein staatliches Pendant. Insbesondere müsse es sicherstellen, dass das Sachrecht, auf das es verweist, Mindeststandards hinsichtlich der Berücksichtigung von Allgemein- und Drittinteressen einhalte, ferner müsse das autonome Kollisionsrecht Systemcharakter, also einen umfassenden Regelungsumfang und Instrumente zur Schließung auftretender Lücken besitzen, die einem Bedürfnis nach dem Rückgriff auf subsidiäres nationales Kollisionsrecht zuvorkommen⁵⁰¹. Die Existenz eines derartigen Systems sei derzeit jedoch noch nicht erkennbar⁵⁰².

(3) Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass De Ly der Anwendbarkeit anationalen Rechts sowohl vor staatlichen Gerichten als auch vor internationalen Schiedsgerichten grundsätzlich aufgeschlossen gegenübersteht. In beiden Fällen erscheint eine subjektive Rechtswahl - wenn auch mit unterschiedlicher Reichweite - weitgehend unproblematisch, während der objektiven Anknüpfung sowohl des Richters als auch des Schiedsrichters derzeit durch staatliches Recht deutlich engere Grenzen gesetzt sind. Die Abhängigkeit der grundsätzlich nicht in Frage stehenden kollisionsrechtlichen Freiheit der Schiedsrichter von staatlichem Recht stellt De Ly weit stärker als Dasser ins Zentrum seiner Betrachtungen. Innerhalb der von diesem auferlegten Grenzen sieht De Ly die Chance für die Anwendbarkeit anationalen Sach- und Kollisionsrechts umso größer, je eher das resultierende System Ausgleichsfunktionen zum Schutz der Interessen schwächerer Parteien, Dritter oder der Allgemeinheit beinhaltet und ferner in der Lage ist, bestehende Lücken ohne Rückgriff auf nationales Recht auszufüllen, sich also bei funktionaler Betrachtungsweise einer staatlichen Rechtsordnung annähert. Einen solchen hinreichenden Systemcharakter will De Ly der *lex mercatoria* derzeit jedoch noch nicht attestieren. Damit bekennt sich De Ly im Grundsatz ebenfalls zu einer positivistischen Auffassung im

⁵⁰⁰ Vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 151-190 sowie die Schlussfolgerungen in Rn. 191.

⁵⁰¹ Vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 192-195; s. auch die Kritik in Rn. 430 a.E.

⁵⁰² Vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 432 und 447.

Sinne Schmitthoffs und erteilt dem autonomistischen Ansatz Goldmans eine Absage⁵⁰³.

cc. Neue Perspektiven?

In einer neueren Publikation setzt sich De Ly erneut mit Goldmans Theorie von einer autonomen Rechtsordnung auseinander. Ausgangspunkt seiner Betrachtungen ist die fortschreitende Globalisierung, die seiner Ansicht nach zu einem erneuten Aufgreifen der alten Frage zwingt, ob das traditionelle kollisionsrechtliche System mit seiner Zwangsnationalisierung internationaler Sachverhalte für internationale handelsrechtliche Probleme angemessene Lösungen bereitstellt⁵⁰⁴. De Ly regt zum einen an, sich der *lex mercatoria* mittels der ökonomischen Analyse des Rechts zu nähern und zu überlegen, ob die fortschreitende Globalisierung aus Gründen der Reduzierung von Transaktionskosten und Steigerung der Effizienz gebiete, die internationale Wirtschaftstätigkeit mit Instrumenten zu regulieren, die sich außerhalb der nationalen Rechtsordnungen befänden⁵⁰⁵. Des Weiteren dürfe man sich nicht der Tatsache verschließen, dass die Entwicklung und Befolgung selbst geschaffener Regeln durch die am internationalen Handel beteiligten Kreise höchst effizient sei. Dies werfe die Frage auf, ob nicht eine soziologische Herangehensweise vorzugswürdig erscheine, welche die *lex mercatoria* weniger als „black letter law“ denn als „law in action“ begreife⁵⁰⁶. Diese „emerging new perspectives“ sind jedoch vorsichtig und ausdrücklich aus rechtspolitischer Perspektive als Denkanstöße formuliert⁵⁰⁷ und deuten nicht darauf hin, dass De Ly von seiner ablehnenden Haltung gegenüber einer autonomen *lex mercatoria* als *lex lata* Abstand genommen hätte.

⁵⁰³ Das hindert De Ly nicht daran, auch an Schmitthoffs Konzeption Kritik zu üben; zweifelhaft sei insbesondere dessen Beschränkung auf internationale Rechtsquellen, vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 417.

⁵⁰⁴ Vgl. De Ly, FS Sandrock, S. 179, 189 und 203.

⁵⁰⁵ Vgl. De Ly, FS Sandrock, S. 179, 192 ff. Diesen Ansatz lässt er in einer späteren Veröffentlichung allerdings mangels hinreichender empirischer Erkenntnisse über Kosten und Nutzen einer *lex mercatoria* wieder fallen, vgl. De Ly, *Lex Mercatoria: Globalisation and International Self-Regulation*, S. 159, 169.

⁵⁰⁶ De Ly, FS Sandrock, S. 179, 196 ff.

⁵⁰⁷ So ausdrücklich De Ly, FS Sandrock, S. 179, 189.

c. Weise

aa. Dogmatische Erfassung

Anders als Dasser und De Ly zeigt sich Paul-Frank Weise dem autonomistischen Verständnis Goldmans gegenüber höchst aufgeschlossen. Seine Begründung für die Bejahung der Rechtsordnungsqualität der *lex mercatoria* erfolgt mehrstufig. Zunächst setzt er sich mit drei grundlegenden Einwänden auseinander, die der Lehre von der *lex mercatoria* immer wieder entgegen gehalten würden: Erstens müsse man sich für den Begriff der Rechtsquelle im internationalen Recht von national unterschiedlichen und letztlich unbeweisbaren Geltungstheorien verabschieden, nach denen sich Rechtsquellen lediglich durch ihren formellen Geltungsgrund definierten. In den Vordergrund müsse ein funktionaler Ansatz rücken, der einen „Pluralismus der Rechtsquellen“ zulasse, so dass grundsätzlich auch Klauselrecht, allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Schiedsrichterrecht Rechtscharakter zugesprochen werden müsse⁵⁰⁸. Des Weiteren sei der Einwand überholt, es könne keine Rechtsordnung jenseits der staatlichen Rechtsordnungen oder dem Völkerrecht geben; als Gegenbeispiel nennt er das Kirchenrecht⁵⁰⁹. Der dritte Einwand, dem Weise begegnet, ist der angeblich mangelnde Systemcharakter der *lex mercatoria*. Auch hier ist die Argumentation knapp: Nicht nur die *lex mercatoria*, sondern alles Recht, also auch die nationalstaatlichen Rechtsordnungen, entwickle sich durch die Beiträge vieler bewusster und unbewusster Faktoren fort und sei damit ebenso lückenhaft bzw. „offen“ wie diese. Insgesamt ergäben sich damit keine grundsätzlichen rechtsdogmatischen Einwände gegen die Annahme einer eigenständigen Rechtsordnung *lex mercatoria*⁵¹⁰.

bb. Anwendungsfragen

Nach dieser Feststellung forscht Weise nach dem Geltungsgrund der Regeln der *lex mercatoria*. Dabei könne nicht wie im nationalen Recht die

⁵⁰⁸ Weise, *Lex mercatoria*, S. 62 f.

⁵⁰⁹ Vgl. Weise, *Lex mercatoria*, S. 63 f.

⁵¹⁰ Vgl. Weise, *Lex mercatoria*, S. 64 f.

Erzwingbarkeit einer Norm entscheidend sein, vielmehr komme es auch hier auf eine umfassendere, funktionale Betrachtungsweise an⁵¹¹: Die *lex mercatoria* gründe ihre Geltung auf „die gleichzeitig wirkende Anerkennung, Respektierung und Tolerierung durch private Rechtssubjekte, Völkerrechtssubjekte und internationale Organisationen“⁵¹². Hinzu kämen koordinierende Faktoren wie der Erfahrungs- und Wissensaustausch unter Schiedsrichtern und die Förderung der Bildung homogener Grundsätze durch internationale Organisationen wie die ICC. Schließlich weist Weise noch auf die begrenzten Möglichkeiten der Einflussnahme staatlicher Gerichte auf die Anwendung der *lex mercatoria* durch Schiedsgerichte hin⁵¹³. Er zieht daraus zusammenfassend den Schluss, dass es sich bei der *lex mercatoria* um eine „offene Rechtsordnung“ handle, die weder „nationalem noch Völkerrecht, sondern einer eigenen Stufe besonderen einheitlichen Rechts mit pluralistischer Rechtsquellenstruktur zuzuordnen sei“⁵¹⁴.

Um das Verhältnis einer so verstandenen *lex mercatoria* zu den nationalen Rechtsordnungen darzustellen, bedient Weise sich der von Martiny eingeführten Kategorien, der sog. Subsidiaritätstheorie, der Gleichstellungstheorie und der Vorrangtheorie⁵¹⁵. Obwohl Weise wie Goldman in der *lex mercatoria* eine autonome Rechtsordnung erblickt, bleibt er bezüglich des Verhältnisses zu den nationalen Rechtsordnungen hinter dessen Lehre zurück. Während Goldman außer für den Fall einer anderweitigen Rechtswahl vor Schiedsgerichten allein aufgrund der Internationalität des Sachverhalts von einer unmittelbaren Anwendbarkeit der *lex mercatoria* ausgeht und mithin der Vorrangtheorie zugeordnet werden

⁵¹¹ Eine ähnliche Begründung finde sich im Völkerrecht: Dieses schöpfe seine Geltungskraft aus der „allgemein anerkannten Ordnungsfunktion sich unterscheidender Rechtssubjekte und Gemeinschaften“. Zudem fehle wie der *lex mercatoria* auch dem Völkerecht eine zwingende höchste Instanz, die allerdings durch eine „beträchtliche Koordinationsfunktion kompensiert“ werde; s. Weise, *Lex mercatoria*, S. 114 f.

⁵¹² Weise, *Lex mercatoria*, S. 114.

⁵¹³ Vgl. Weise, *Lex mercatoria*, S. 115.

⁵¹⁴ Weise, *Lex mercatoria*, S. 114 ff., 116.

⁵¹⁵ Vgl. Weise, *Lex mercatoria*, S. 111; ferner Reithmann/Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, Rn. 37 und 38; kritisch dazu Stein, *Lex mercatoria*, S. 195 f.

kann⁵¹⁶, lehnt Weise diese unter Hinweis auf Art. 28 Abs. 2 des UNCITRAL-Modellgesetzes⁵¹⁷ ab und schreibt ihr einen „programmatischen Charakter“ zu⁵¹⁸. Vorzugswürdig sei die Gleichstellungstheorie. Nach dieser Theorie komme die *lex mercatoria* neben anderen Rechtsordnungen gleichberechtigt als Vertragsstatut in Betracht. Sie sei als Vertragsstatut wählbar und unterliege dabei denselben Anforderungen wie sonstiges ausländisches Recht. Folgerichtig bewertet Weise eine objektive Anknüpfung als „eher zweifelhaft“⁵¹⁹, da über sie keines der im internationalen Vertragsrecht geläufigen Kriterien zur *lex mercatoria* führe⁵²⁰. Zudem sei die Wahl der *lex mercatoria* zum Vertragsstatut vor staatlichen Gerichten „de lege lata nur sehr eingeschränkt möglich“; in Frage komme allerdings die Interpretation als materiellrechtliche Verweisung sowie die subsidiäre Anwendung zur Lückenfüllung⁵²¹. Anwendungsvoraussetzung sei folglich neben dem Vorliegen eines schiedsfähigen Sachverhalts und einer gültigen Schiedsklausel, dass entweder die Parteien die *lex mercatoria* per Rechtswahl zum Vertragsstatut erhoben oder die Schiedsrichter zu einer Billigkeitsentscheidung ermächtigt haben oder aber sonstige Faktoren ersichtlich sind, die auf einen gemeinsamen Parteiwillen zur Anwendung nicht-nationalen Rechts schließen lassen⁵²².

cc. Ergebnis

Dogmatisch nähert sich Weise durch Anerkennung der *lex mercatoria* als eigenständige Rechtsordnung zunächst an Goldman an. Die Betonung der Notwendigkeit einer funktionalen Betrachtungsweise bei der Bewertung der

⁵¹⁶ Vgl. näher oben, Teil I, IV.1.b.

⁵¹⁷ URL s. oben, Fn. 180. Art. 28 Abs. 2 bestimme eindeutig, dass ein Schiedsgericht zumindest kollisionsrechtliche Überlegungen anstellen müsse, mithin also nicht - wie von der Vorrangtheorie vertreten - ohne Rückgriff auf ein nationales Kollisionsrecht zur Anwendung der *lex mercatoria* gelangen dürfe, vgl. Weise, *Lex mercatoria*, S. 112 f.

⁵¹⁸ Weise, *Lex mercatoria*, S. 138.

⁵¹⁹ Weise, *Lex mercatoria*, S. 112.

⁵²⁰ „Der Wohnsitz des Erbringers der charakteristischen Leistung, der Erfüllungsort und ähnliche Sachgesichtspunkte streben immer auf eine in ihrem räumlichen Anwendungsbereich begrenzte Rechtsordnung zu, um den Sachverhalt in gewisser Weise zu ‚lokalisieren‘“, Weise, *Lex mercatoria*, S. 140.

⁵²¹ Weise, *Lex mercatoria*, S. 169.

⁵²² Vgl. Weise, *Lex mercatoria*, S. 137 ff.

Rechtsordnungsqualität und der Hinweis auf die allgemeine „Respektierung und Tolerierung“ als Antwort auf die Frage nach dem „Geltungsgrund“⁵²³ beschränkt Weise jedoch auf die Ebene der Vertragsdurchführung.

Kommt es zwischen den Parteien zum richterlich oder schiedsrichterlich zu entscheidenden Streitfall, so schwenkt Weise im Wege der Bevorzugung der „Gleichstellungstheorie“ auf die „positivistische“ Linie ein und macht die Anwendbarkeit einer *lex mercatoria* letztlich ebenfalls von der Duldung durch nationales Recht abhängig.

d. Kappus

aa. Dogmatische Einordnung und Anwendbarkeit

1990 beschäftigt sich auch Andreas Kappus mit der Frage nach der Rechtsordnungsqualität der *lex mercatoria*. Er unterstellt seine Untersuchung der Prämisse, dass „eine Grundlegung der ‚lex mercatoria‘ sich dem Rahmen des geltenden Kollisionsrechts zu unterstellen“ habe⁵²⁴ und erteilt damit dem autonomistischen Ansatz Goldmans eine Absage: In Abgrenzung zum Einheitsrecht, welches das IPR mittels staatlicher Rechtfertigung „von außen“ überwinde, versuche die Lehre von der *lex mercatoria* dies im Rahmen der nationalen Kollisionsrechte „von innen“⁵²⁵.

Kappus stellt die auf Konfliktvermeidung ausgerichtete Funktion der *lex mercatoria* in den Mittelpunkt der Betrachtung⁵²⁶. Zur Anwendung gelange sie primär kraft Parteivereinbarung. Da Partei- und Privatautonomie jedoch vom staatlichen Recht gewährt würden, setze dieses der Parteivereinbarung auch ihre Grenzen⁵²⁷. Innerhalb dieser Grenzen kommt Kappus zu dem Ergebnis, dass die *lex mercatoria* zwar nicht mit „weitgehend geschlossenen“ staatlichen Systemen vergleichbar wäre⁵²⁸, aber dennoch eine „offene

⁵²³ Weise, *Lex mercatoria*, S. 114.

⁵²⁴ Kappus, *Lex mercatoria*, S. 134.

⁵²⁵ Kappus, *Lex mercatoria*, S. 135.

⁵²⁶ So auch die Einschätzung von De Ly, *International Business Law*, Rn. 323, Fn. 13.

⁵²⁷ Vgl. Kappus, *Lex mercatoria*, S. 135 ff.; zu den Grenzen i.E. s. S. 149 ff.

⁵²⁸ Kappus, *Lex mercatoria*, S. 199.

Rechtsordnung“ darstelle, die „zwischen den innerstaatlichen Rechten und dem Völkerrecht“ angesiedelt sei⁵²⁹ und von den Parteien zum Vertragsstatut erhoben werden könne⁵³⁰. Zwar erkennt Kappus an, dass staatliches IPR nicht ausdrücklich die kollisionsrechtliche Wahl einer nationalen Ordnung wie der *lex mercatoria* zulässt; dennoch ließen sich ihre wesentlichen Bestandteile, namentlich Vertragsinhalt⁵³¹, Handelsbrauch⁵³² und allgemeine Rechtsgrundsätze⁵³³ in ihrer Gesamtheit zum Vertragsstatut erheben. Lediglich in den Fällen, in denen die Heranziehung allgemeiner Rechtsgrundsätze keine Rechtsentscheidung ermögliche, gehe eine Rechtswahl zugunsten der *lex mercatoria* fehl und es müsse auf das nach dem IPR der *lex fori* anwendbare nationale Recht zurückgegriffen werden⁵³⁴. Die Anerkennung eines *lex mercatoria* -Wahlstatuts führe dazu, dass sich die *lex mercatoria* grundsätzlich auch vor staatlichen Gerichten wie jedes andere mittels subjektiver Anknüpfung ermittelte nationale Recht über die zwingenden Normen der *lex fori* hinwegsetze und eine Begrenzung erst durch Normen mit *ordre public* - Gehalt erfahre⁵³⁵.

Anders verhält es sich nach Kappus, wenn es an einer - auch stillschweigenden - Rechtswahl durch die Parteien fehlt. Ein Blick auf Art. 4 Abs. 1 EVÜ⁵³⁶ sowie eine kurze rechtsvergleichende Umschau ergäben, dass es sich bei dem vom staatlichen Richter nach kollisionsrechtlichen Grundsätzen im Wege objektiver Anknüpfung zu ermittelnden Recht um

⁵²⁹ Kappus, *Lex mercatoria*, S. 148.

⁵³⁰ Vgl. Kappus, *Lex mercatoria*, S. 139 ff.; auf S. 149 formuliert er ein Muster für eine Rechtswahlklausel zugunsten der *lex mercatoria*, die die Anwendung staatlichen Rechts nur subsidiär zulässt.

⁵³¹ Vgl. Kappus, *Lex mercatoria*, S. 139 ff.

⁵³² Handelsbräuche seien zwar keine Rechtsnormen, sondern lediglich im Handelsverkehr tatsächlich beachtete kaufmännische Übung. Da jeder Marktteilnehmer jedoch redlicherweise auf ihre Befolgung vertrauen dürfe, seien sie zur ergänzenden Auslegung und Lückenfüllung des Schuldvertrages heranzuziehen, vgl. Kappus, *Lex mercatoria*, S. 143.

⁵³³ Vgl. Kappus, *Lex mercatoria*, S. 143 ff.

⁵³⁴ Vgl. Kappus, *Lex mercatoria*, S. 148. Zu einem gegensätzlichen Ergebnis gelangt De Ly, der zumindest für den Fall, dass die Auslegung der Rechtswahl zu dem Ergebnis gelangt, dass die Parteien von einer autonomen *lex mercatoria* im Sinne Goldmans ausgegangen sind, ein Fehlgehen der gesamten Wahl sieht und folglich eine getrennte Betrachtung der einzelnen Bestandteile zur Erhaltung der Rechtswahl ausschließt, vgl. oben, vor Fn. 482.

⁵³⁵ Vgl. Kappus, *Lex mercatoria*, S. 150 ff., insbes. S. 154 f.

⁵³⁶ Zum EVÜ s. oben, Fn. 139.

nationales Sachrecht handele⁵³⁷. Der Schiedsrichter hingegen sei nach vorzugswürdiger Ansicht frei in der Bestimmung der von ihm anzuwendenden Kollisionsregeln; dabei sei er nicht auf die Wahl staatlicher Kollisionsregeln beschränkt sondern dürfe sogar die auf den Einzelfall passende Kollisionsregel selbst formulieren⁵³⁸. Diese kollisionsrechtliche Freiheit erlaube dem Schiedsrichter mithin auch eine objektive Anknüpfung an die *lex mercatoria*⁵³⁹.

bb. Ergebnis

Damit bewegt sich Kappus zwischen den Ansichten Schmitthoffs und Goldmans. Während er hinter dem autonomistischen Ansatz Goldmans insofern zurückbleibt, dass er die *lex mercatoria* dem Rahmen des geltenden Kollisionsrechts unterstellt, geht er über die Ansicht Schmitthoffs hinaus, indem er die *lex mercatoria* als auch vor staatlichen Gerichten durch Rechtswahl zum Vertragsstatut wählbare Rechtsordnung ansieht. Mittels objektiver Anknüpfung finde die *lex mercatoria* jedoch mangels staatlicher Kollisionsnormen, die auf nichtstaatliches Recht verweisen, lediglich im Rahmen eines schiedsrichterlichen Verfahrens Anwendung.

e. Stein

aa. Dogmatische Erfassung

Ursula Stein gibt in ihrer Habilitationsschrift einen Überblick über den Entwicklungsstand der *lex mercatoria* im Jahre 1995 und untersucht die Bedeutung dieser Materie für die Kautelarpraxis einerseits und die Schiedspraxis andererseits. Die Untersuchung gliedert sich in zwei Teile. Der erste Teil ist eine umfassende Bestandaufnahme („Die Realität der *lex mercatoria*“), während sich der zweite Teil der theoretischen Erfassung des Phänomens widmet.

⁵³⁷ Vgl. Kappus, *Lex mercatoria*, S. 169 ff., insbes. S. 171.

⁵³⁸ Vgl. Kappus, *Lex mercatoria*, S. 174 f.

⁵³⁹ Vgl. Kappus, *Lex mercatoria*, S. 177.

Dort setzt sie sich zunächst mit zwei zentralen Einwänden gegen die Lehre von der *lex mercatoria* auseinander, nämlich dem angeblich fehlenden Bedürfnis nach anationalem Recht einerseits und dem mangelnden Rechtsordnungscharakter der *lex mercatoria* andererseits. Dem Einwand, man bedürfe ihrer nicht, stehe bereits „die Evidenz alltäglicher Rechtsanwendung und ihre Anerkennung durch staatliche Gerichte entgegen“⁵⁴⁰. Was jedoch die Anerkennung der *lex mercatoria* als Rechtsordnung anbetrifft, verzichtet Stein auf ein abschließendes Urteil. Dieser Verzicht beruht auf einer Einsicht, die sie mit Dasser teilt: Ausgehend von der Erkenntnis, dass die Gegnerschaft innerhalb der rechtstheoretischen Grundsatzdiskussion um die *lex mercatoria* auf der wohl nicht aufzulösenden Unvereinbarkeit der Ansichten über die Bedeutung von „Recht“ und „Rechtsordnung“ beruht⁵⁴¹, stellt sie den Bezug zwischen (empirischer) „Realität“ und (juristischer) „Theorie“ mittels rechtspolitischer Erörterungen her⁵⁴². Ihre Untersuchung erfolgt mithin nicht *de lege lata*, sondern - zumindest soweit man die juristische und nicht die empirische Behandlung des Themas in den Vordergrund stellt - *de lege ferenda*. Vorangestellt - und bejaht - wird allerdings die Frage, ob die *lex mercatoria* gewisse Mindestanforderungen in Bezug auf Rechtlichkeit, Systemcharakter und Effektivität erfülle, ohne die sie bereits bei rein funktionaler Betrachtungsweise schlechterdings keine Rechtsordnung sein könne⁵⁴³. Stein schließt mit der Feststellung der Vereinbarkeit sowohl des Geltungsanspruchs als auch der Norminhalte der *lex mercatoria* mit staatlichen Interessen⁵⁴⁴ und stellt ihr aus rechtspolitischer Sicht im Gegensatz zu De Ly eine Unbedenklichkeitsbescheinigung aus.

⁵⁴⁰ Stein, *Lex mercatoria*, S. 256.

⁵⁴¹ Stein, *Lex mercatoria*, S. 239: „Was darunter zu verstehen sei, ist weder per decretum festgelegt, noch wäre es angesichts einer zweitausendfünfhundertjährigen Theoriengeschichte zum Wesen des Rechts [...] anders als naiv anzunehmen, ein wissenschaftlicher Konsens hierüber sei erzielbar.“

⁵⁴² So ausdrücklich Stein, *Lex mercatoria*, S. 256, s. auch S. 243 ff.

⁵⁴³ Vgl. Stein, *Lex mercatoria*, S. 240 ff.

⁵⁴⁴ Vgl. Stein, *Lex mercatoria*, S. 244 ff.

bb. Anwendungsfragen

Ihre Zurückhaltung gegenüber einem abschließenden Urteil bezüglich der Rechtsordnungsqualität der *lex mercatoria* hindert Stein nicht daran, konkrete Fragen aufzugreifen, die sich im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit ihrer materiellen Regeln stellen. Dabei nimmt sie eine klare Trennung zwischen internationalen Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten vor.

(1) Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit

Stein beschreibt zunächst die kollisionsrechtliche Ausgangslage des Schiedsrichters im Unterschied zu der des staatlichen Richters: Aufgrund der mittlerweile weitestgehend anerkannten Delokalisierung⁵⁴⁵ der Schiedsgerichte besäßen diese keine *lex fori*, die das anzuwendende Kollisionsrecht zwingend vorgeben würde. Folglich müsse der Schiedsrichter selbst die richtige Kollisionsnorm finden und das in der Sache anwendbare Recht danach bestimmen. Während der zweite Schritt sich nicht von der Subsumtionsarbeit unterscheide, die auch der staatliche Richter zu leisten hat, sei der erste Schritt mangels einer global einheitlichen „Superkollisionsnorm“ für die Ermittlung der einschlägigen Kollisionsnorm problematisch⁵⁴⁶. Dazu trage die große methodische Bandbreite der möglichen kollisionsrechtlichen Instrumente bei, die dem Schiedsrichter zur Wahl stehen: Genannt werden der Rückgriff auf staatliches IPR⁵⁴⁷ ebenso wie die Anwendung nichtstaatlicher Kollisionsregeln, wobei zur Gewinnung letzterer eine Vielfalt von Methoden existiere, die von rechtsvergleichender Extraktion gemeinsamer Prinzipien aus den internationalen Kollisionsrechten über die Herausbildung „allgemeiner Grundsätze des Kollisionsrechts“ bis hin zur direkten

⁵⁴⁵ Zum Begriff s. oben, Fn. 257. Das delokalisierte Schiedsgericht sei heutzutage ein Faktum: „Bedenken gegen die Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit anationaler Schiedssprüche sind praktisch ausgeräumt, Einwände gegen die Zweckmäßigkeit anationaler Schiedsverfahren durch modernisierte Schiedsrechte in zahlreichen Staaten überholt, auch der Wissenschaft gilt die Delokalisierung - der Gewöhnungseffekt war rapide - kaum noch als skandalös, ihre praktische Durchführbarkeit als gesichert.“, Stein, *Lex mercatoria*, S. 87.

⁵⁴⁶ Stein, *Lex mercatoria*, S. 123. Darin stimmt sie mit De Ly überein, vgl. oben, Teil I, IV.3.b.bb(2).

⁵⁴⁷ Dazu könne zunächst das Kollisionsrecht des Sitzstaates herangezogen werden. Vorzugswürdig seien jedoch „sog. kumulative Methoden, bei denen der Schiedsrichter mehrere, die wichtigsten oder alle staatlichen Kollisionsrechte zur Prüfung heranzieht, die mit dem Streitfall in irgendeiner sachlichen Beziehung stehen“, Stein, *Lex mercatoria*, S. 128 f.

Sachrechtswahl („voie directe“) ohne Vorschaltung einer eigentlichen Kollisionsnorm⁵⁴⁸ reiche⁵⁴⁹.

Ungeachtet dessen wendeten die Schiedsrichter die *lex mercatoria* in der Praxis letztlich aufgrund einer eigenständigen, einzelfallorientierten Wertung an („better law approach“). Diese entsprechen - kollisionsrechtlich gesprochen - weitgehend der international etablierten „closest connection rule“⁵⁵⁰, wobei hier allerdings die engste Verbindung nicht in territorialen Kategorien verstanden werde, sondern der Sachbezug allein nach qualitativen Kriterien zu bemessen sei⁵⁵¹. Die in den Begründungen schiedsrichterlicher Entscheidungen oft anzufindenden ausführlichen kollisionsrechtlichen Erwägungen dienen der Einschätzung Steins zufolge nicht der Determinierung des anwendbaren Rechts; vielmehr handele es sich um Methoden bzw. Erklärungsmuster zur Rechtfertigung der bereits aufgrund eigenständiger Wertungen getroffenen Wahl⁵⁵². Diese „argumentativen Seiltänze“⁵⁵³, bei denen sich die Schiedsrichter zu Legitimationszwecken der anerkannten kollisionsrechtlichen Terminologie bedienen, seien erforderlich aus Vorsicht und begründetem Misstrauen gegenüber dem Vorwurf willkürlichen Umgangs mit der schiedsrichterlichen kollisionsrechtlichen Autonomie. Der Zwang zum „kollisionsrechtlichen Mimikry“ zur Bestandssicherung des Schiedsspruchs lasse sich nicht aufheben, solange die *lex mercatoria* als potentiellies Vertragsstatut kollisionsrechtlich nicht anerkannt ist⁵⁵⁴.

⁵⁴⁸ Stein weist zutreffend darauf hin, dass die direkte Sachrechtswahl keineswegs das Fehlen einer kollisionsrechtlichen Entscheidung bedeute. Der Unterschied zum klassischen Kollisionsrecht liege vielmehr darin, dass erstere den Wertungsschwerpunkt nicht mehr auf die Angemessenheit der Kollisionsnorm legt, sondern auf die Geeignetheit und Qualität der in der Sache anzuwendenden Norm für den konkreten Einzelfall, vgl. Stein, *Lex mercatoria*, S. 131 f.

⁵⁴⁹ Vgl. Stein, *Lex mercatoria*, S. 127 ff.

⁵⁵⁰ Vgl. dazu oben, Fn. 140.

⁵⁵¹ Vgl. Stein, *Lex mercatoria*, S. 147.

⁵⁵² Vgl. Stein, *Lex mercatoria*, S. 137.

⁵⁵³ Stein, *Lex mercatoria*, S. 231.

⁵⁵⁴ Stein, *Lex mercatoria*, S. 231.

Offen bleibe mithin die Frage, welche Momente einen direkten Geltungsanspruch der Rechtssätze der *lex mercatoria* „ohne das Erfordernis eines Anwendungsbefehls durch ein nach üblichen Anknüpfungsregeln gegebenenfalls berufenes staatliches Recht“ begründen⁵⁵⁵. Zu diesem Problem sei der Kenntnisstand noch „recht dürftig“ und auch die empirische Forschung „weitgehend defizitär“⁵⁵⁶. Dem publizierten Spruchmaterial sowie literarischen Äußerungen etablierter Schiedsrichter sei jedoch zu entnehmen, dass die *lex mercatoria* als ausschließliches Vertragsstatut keine große Rolle spiele, sondern lediglich punktuell zur Lösung bestimmter auftretender Rechtsfragen oder in Form internationaler Standards bei gewissen Vertragstypen zur Anwendung gelange⁵⁵⁷.

(2) Staatliche Gerichtsbarkeit

Ihren Ausführungen über die Anwendbarkeit der *lex mercatoria* vor staatlichen Gerichten stellt Stein die ebenso nüchterne wie zutreffende Feststellung voran, dass es allein staatlichem Recht vorbehalten sei, darüber zu entscheiden, ob staatliche Richter sie anwenden dürften oder müssten. Ob die *lex mercatoria* ihrerseits einen solchen Anspruch erhebt oder nicht, sei völlig unbeachtlich. Ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen staatliches Kollisionsrecht zur Anwendung einer *lex mercatoria* führen kann, lässt Stein offen. Ob es rechtspolitisch wünschenswert wäre, wenn staatliche Rechtsordnungen ihren eigenen Richtern die Anwendung einer *lex mercatoria* vorschreiben würden, erscheint Stein aufgrund der mangelnden Erfahrung staatlicher Richter im Umgang mit internationalen Normen mit wenig präziser Ausprägung äußerst zweifelhaft. Konsequenterweise zeigt sie sich denn auch der Ansicht zugeneigt, eine parteiautonome Wahl der *lex mercatoria* vor staatlichen Gerichten lediglich als eine materielle rechtliche Verweisung auf die einschlägigen Handelsbräuche und Gewohnheiten zu verstehen⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ Stein, *Lex mercatoria*, S. 145.

⁵⁵⁶ Stein, *Lex mercatoria*, S. 146.

⁵⁵⁷ Vgl. Stein, *Lex mercatoria*, S. 146.

⁵⁵⁸ Vgl. zum Ganzen Stein, *Lex mercatoria*, S. 246 f.

cc. Ergebnis

Stein beschreibt die Verbindlichkeit einer *lex mercatoria* vor staatlichen Gerichten als *de lege lata* problematisch und auch rechtspolitisch wenig wünschenswert. Die Ableitung der kollisionsrechtlichen Freiheit der Schiedsrichter von nationalem Recht, die v.a. De Ly und Kappus in den Mittelpunkt ihrer Betrachtungen stellen, versteckt sich in Steins Darstellung in Nebensätzen⁵⁵⁹, wird jedoch im Ergebnis durch den verhalten formulierten Wunsch nach kollisionsrechtlicher Akzeptanz der *lex mercatoria* als potentiellies Vertragsstatut unterstützt⁵⁶⁰. Deutlich weist Stein auf die in der Praxis anzutreffende Methodenvielfalt hin, die letztendlich zu der Vornahme eigenständiger schiedsrichterlicher Einzelfallwertungen im Sinne eines *better law approaches* führe. Die Bedeutung der kollisionsrechtlichen Methodik beschränke sich in der internationalen Schiedspraxis auf eine Erklärungs- und Legitimationsfunktion. Die alternative Idee eines einer *lex mercatoria* innewohnenden, eigenständigen Rechtsanwendungsbefehls lehnt Stein nicht grundsätzlich ab, weist jedoch darauf hin, dass es dahingehend an gesicherten Erkenntnissen fehle und verzichtet mit Hinweis auf die mangelnde praktische Bedeutung dieser Frage auf eine entsprechende Analyse.

*f. Berger**aa. Dogmatische Erfassung*

Zeitnah mit Stein, im Jahre 1996, widmet auch Klaus Peter Berger der Analyse der *lex mercatoria* eine monographische Abhandlung⁵⁶¹. Darin nimmt er zunächst eine begriffliche und inhaltliche Eingrenzung und Präzisierung der Idee einer *lex mercatoria* vor⁵⁶² und widmet sich anschließend der zentralen Frage, ob diese eine eigene Rechtsordnung zwischen staatlichem Recht und Völkerrecht darstelle oder nicht⁵⁶³. Er setzt sich dazu ausführlich mit den gegen die Anerkennung der *lex mercatoria* als Rechtsordnung immer

⁵⁵⁹ Vgl. das Zitat oben in Fn. 545.

⁵⁶⁰ Vgl. Stein, *Lex mercatoria*, S. 231.

⁵⁶¹ Berger, *Schleichende Kodifizierung*.

⁵⁶² Vgl. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 29 ff.

⁵⁶³ Vgl. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 38.

wieder ins Feld geführten Argumenten auseinander⁵⁶⁴ und schenkt dabei der Frage, ob die *lex mercatoria* ein „autonomes Rechtssystem“⁵⁶⁵ sei, besondere Aufmerksamkeit. Dabei weist er auf die Mehrdeutigkeit des Systembegriffs hin und lehnt ein rein positivistisches Systemverständnis, welches die Vorrangstellung staatlich gesetzter Normen zur Prämisse erhebt, ab⁵⁶⁶. Hinzugefügt wird, dass man bei der *lex mercatoria* zur Beurteilung ihres Systemcharakters nicht die gleichen strengen Maßstäbe hinsichtlich der Vollständigkeit und Lückenlosigkeit anlegen dürfe, wie es bei einer nationalen Rechtsordnung der Fall sei: Die *lex mercatoria* sei eine offene Rechtsordnung, eine „law in the making“, also noch in der Entwicklung befindlich und keinesfalls „fertig“ oder „in sich abgeschlossen“⁵⁶⁷.

Mithin stelle sich die Frage, ob dieses so gefundene System ein Rechtssystem sei. Die Antwort erfolgt unter Hervorhebung der Mehrdeutigkeit des Rechtsbegriffs. Hier wählt auch Berger einen funktionalen Ausgangspunkt und stellt Kriterien auf, die verbindliche Rechtsnormen von unverbindlichen sittlichen Geboten unterscheiden sollen. Rechtsnormen müsse eine „Garantiefunktion“ hinsichtlich ihrer Befolgung zukommen⁵⁶⁸. Kern der Annahme einer supranationalen Rechtsordnung sei mithin ein „Grundkonsens über die gemeinschaftlichen Werte und die Befolgung dieser Bewertungen auch um den Preis eines jeweiligen Einzelinteresses“, wobei die Motivation im Einzelfall gerade nicht vom betroffenen Individuum ausgehen müsse, sondern durch das „unerfreuliche Moment“ des Zwangscharakters der Rechtsnormen begründet sein könne⁵⁶⁹. Die Durchsetzung der Befolgung von

⁵⁶⁴ Diese seien das Fehlen einer methodischen Grundlage; die Einschätzung einer Entscheidung auf Grundlage der *lex mercatoria* als Billigkeitsentscheidung; die fehlende Publizität; die fehlende Legitimation durch ein hinreichend gesichertes Verfahren; die Umgehung von Normen mit *ordre-public*-Gehalt; die mangelnde Anerkennung der *lex mercatoria* durch nationale Gesetzgeber und schließlich ihr mangelnder Systemcharakter, vgl. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 38-107.

⁵⁶⁵ Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 85 ff.

⁵⁶⁶ Vgl. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 86 f.

⁵⁶⁷ Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 88.

⁵⁶⁸ Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 99 ff.

⁵⁶⁹ Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 101; nach De Ly geht dieser soziologische Ansatz zurück auf Georges Scelle, vgl. De Ly, *Lex Mercatoria: Globalisation and International Self-Regulation*, S. 159, 168.

Normen sei nun aber gerade nicht auf das Vorhandensein eines staatlichen Erzwingungsmechanismus angewiesen⁵⁷⁰; vielmehr motiviere sich die „societas mercatorum“ zur Regelbefolgung durch „schwarze Listen“, Entzug von Mitgliedschaftsrechten, Verfall von Kautionen und der Gefahr kommerzieller Rufschädigung selbst. Der „commercial good will“ und das „standing“ innerhalb dieser Gemeinschaft sind nach Bergers Ansicht hinreichende Anreize zur Befolgung der dort aufgestellten Regeln⁵⁷¹.

Flankiert würden diese Anreize durch die Kontrollkompetenz der Schiedsgerichtsbarkeit, der - sollte das Vertrauen in die Regelbefolgung durch den Vertragspartner einmal enttäuscht werden - hinsichtlich ihrer Einflussnahme im Sinne einer „Homogenität der Normbefolgung“ die konsensuale Basis der Streitbeilegung, also die gemeinsam getroffene Schiedsabrede zugute komme⁵⁷²: Komme es zum Schiedsverfahren, so sei dies lediglich ein „Perspektivenwechsel“ - das Vertrauen in die Normbefolgung durch den Vertragspartner werde ersetzt durch das Vertrauen in die Kompetenz, Neutralität und Objektivität des Schiedsgerichts. Nicht nur die Teilnahme am Rechtsverkehr, sondern auch die Kontrolle der Normbefolgung beruhen auf derselben Rechtsidee: dem Vertrag⁵⁷³.

Im Gegensatz zu Stein belässt Berger es also nicht bei der empirischen Beobachtung des *lex mercatoria* - Phänomens, sondern er kommt zu dem Schluss, dass es sich dabei um eine - wenn auch noch im Entstehen begriffene - Rechtsordnung zwischen staatlichem Recht und dem Völkerrecht handele⁵⁷⁴.

⁵⁷⁰ Der Staat sei vielmehr eine unter vielen denkbaren Institutionen, die die Durchsetzung sicherstellen können: „Die Besonderheit des staatlich garantierten Rechts reduziert sich damit auf die spezielle Technik seiner Durchsetzung in einem rechtlich organisierten Erzwingungsverfahren“, Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 99.

⁵⁷¹ Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 101 ff., ders., *ZVglRWiss* 94 (1995), S. 217, 223 f.

⁵⁷² Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 103; aktuell s. auch Berger, *Transnational Commercial Law*, S. 12.

⁵⁷³ Berger, *Transnational Commercial Law*, S. 12 f.

⁵⁷⁴ Vgl. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 107.

bb. Anwendungsfragen

Die Anerkennung der *lex mercatoria* als Rechtsordnung erfolgte bei Berger durch die Bejahung der Verbindlichkeit ihrer Rechtssätze auf der Ebene der Vertragsdurchführung. Auf der Ebene der Streitbeilegung unterscheidet Berger bezüglich der Anwendbarkeit dieser Rechtsordnung zwischen der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit und der staatlichen Gerichtsbarkeit.

(1) Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit

Einen Anwendungsvorrang der *lex mercatoria* allein durch die Internationalität des Vertrages als „transnationale Kollisionsnorm“ lehnt Berger ab und begibt sich insoweit ausdrücklich in Distanz zu Goldman⁵⁷⁵. Aufgrund der komplexen Interessenstruktur internationaler Vertragsverhandlungen sei primär auf den ausdrücklichen oder konkludenten Parteiwillen abzustellen. Die Möglichkeit, die *lex mercatoria* mittels subjektiver Rechtswahl zum Vertragsstatut zu erheben, finde auch in staatlichen Schiedsrechten zunehmend Unterstützung⁵⁷⁶.

Für die objektive Anknüpfung scheine die Rechtslage dagegen zunächst für die zwingende Anknüpfung an ein staatliches Recht zu sprechen, wie beispielsweise das UNCITRAL-Modellgesetz durch die engere Formulierung des Art. 28 Abs. 2 im Verhältnis zu Abs. 1 zeige⁵⁷⁷. Daraus lasse sich jedoch kein Argument gegen die prinzipielle Zulässigkeit einer objektiven kollisionsrechtlichen Anknüpfung herleiten. Die engere Formulierung solle vielmehr vor schiedsrichterlichen Willkürentscheidungen schützen und Missbrauch einer allzu weit verstandenen kollisionsrechtlichen Freiheit verhindern. Fehle es an einer Rechtswahl, so sei eine objektive Anknüpfung an die *lex mercatoria* nicht schlechthin unzulässig, jedoch bedürfe es stets

⁵⁷⁵ „Entgegen der zu weitgehenden Ansicht von Goldman kann aber die Internationalität des Vertrages allein nicht als transnationale Kollisionsnorm zur Anwendung der *lex mercatoria* führen“, so Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 79.

⁵⁷⁶ Vgl. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 76 ff.

⁵⁷⁷ URL s. oben, Fn. 180. Abs. 2, der die objektive Anknüpfung betrifft, ist mit der Formulierung „law“ enger gefasst als der die subjektive Anknüpfung betreffende Abs. 1 („rules of law“). Vgl. dazu näher oben, Text um Fn. 234.

konkreter objektiver Anhaltspunkte, die ihre Anwendung rechtfertigen⁵⁷⁸. Da - wie auch Weise schon zu bedenken gegeben hat⁵⁷⁹ - über eine objektive Anknüpfung keines der im internationalen Vertragsrecht geläufigen Kriterien zur *lex mercatoria* führe, behilft sich Berger, indem er selbst Kriterien vorschlägt, nach denen eine objektive Anknüpfung geboten erscheine. Als Beispiele nennt er die „besondere Natur der betreffenden Rechtsprobleme, die einer Lösung durch nationales Recht nicht zugänglich sind“ oder ein „auf die Ablehnung von nationalem Recht gerichtetes Verhalten der Parteien“⁵⁸⁰. Insoweit geht er über Weise hinaus, der eine objektive Anknüpfung als „zweifelhaft“ zurückweist⁵⁸¹.

(2) Staatliche Gerichtsbarkeit

Auch Berger leugnet die Bindung staatlicher Gerichte an nationales Kollisionsrecht nicht. Da dieses lediglich auf staatliches Recht verweist, dränge es sich auf, die Möglichkeit staatlicher Gerichte, an die *lex mercatoria* anzuknüpfen, zu verneinen. Damit gibt sich Berger jedoch nicht zufrieden. Zunächst weist er auf Stimmen hin, die eine subjektive Anknüpfung an die *lex mercatoria* im Hinblick auf die umfassende Anerkennung der Parteiautonomie im Bereich des internationalen Vertragsrechts für möglich erachten, vertieft diesen Ansatz jedoch nicht weiter⁵⁸². Aber auch die objektive Anknüpfung an die *lex mercatoria* sei auf der Grundlage des geltenden Kollisionsrechts nicht undenkbar. Zum einen weist Berger auf den schon im Jahre 1931 geäußerten Vorschlag Rabels hin, der beinhaltet, dass „statt einer Qualifikation nach der *lex fori* auf rechtsvergleichender Grundlage gebildete autonome Begriffe als Anknüpfungstatbestände gebildet werden“⁵⁸³. Warum und wie diese Anknüpfungstatbestände jedoch eine Anknüpfung an die *lex mercatoria* ermöglichen sollen, lässt Berger offen. Sogar bei einer „echten Transnationalisierung der richterlichen Rechtsfortbildung“, bei der der

⁵⁷⁸ Vgl. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 76 ff.

⁵⁷⁹ Vgl. oben, Fn. 520.

⁵⁸⁰ Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 81.

⁵⁸¹ Vgl. oben, Fn. 519.

⁵⁸² Vgl. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 83.

⁵⁸³ Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 83 f.

Richter rechtsvergleichend gewonnene allgemeine Rechtsgrundsätze anstelle einer nationalen Rechtsordnung anwendet, sieht Berger die Grenzen staatlichen Kollisionsrechts jedenfalls dann nicht überschritten, wenn das anwendbare staatliche Recht nicht ermittelt werden kann⁵⁸⁴. Insgesamt ist den Ausführungen Bergers zu entnehmen, dass er eine kategorische Ablehnung einer objektiven Anknüpfung staatlicher Gerichte an anationales Recht zurückweist, ohne dass dadurch jedoch die Anknüpfungsmöglichkeit an eine Gesamtrechtsordnung *lex mercatoria* begründet wäre. Auch nach der Auffassung Bergers ist es daher letztlich dem nationalen Gesetzgeber überlassen, Zulässigkeit und Grenzen einer objektiven Anknüpfung durch staatliche Gerichte zu befinden.

cc. Ergebnis

Für Berger stellt sich die *lex mercatoria* mithin als eine dritte Rechtsordnung „neben staatlichem Recht und Völkerrecht“⁵⁸⁵ dar. Auf der Ebene der Vertragsdurchführung attestiert er ihr Rechtsqualität aufgrund ihrer Garantiefunktion, bereitgestellt allein durch interne Kontroll- und Sanktionsmechanismen der *societas mercatorum*.

Auf der Ebene der Streitbeilegung kann die *lex mercatoria* - aus dem Blickwinkel des IPR gesehen - sowohl mittels objektiver als auch subjektiver Anknüpfung unter Ausschaltung der zwingenden Normen nationaler Rechtsordnungen zur *lex contractus* erhoben werden⁵⁸⁶.

Obwohl Berger zur Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit einer *lex mercatoria* vor internationalen Handelsschiedsgerichten sprachlich wie argumentativ das klassische IPR zum Ausgangspunkt nimmt, sieht er in diesem keine unverrückbare Grenze. So resümiert Berger in seiner Schlussbetrachtung: „Das IPR alleine kann aber diese Aufgabe der Neubestimmung angesichts des Facettenreichtums der *lex mercatoria* nicht leisten. Vielmehr bedarf es, entsprechend der hybriden, klassisch wirtschaftsrechtliche und völkerrechtliche Elemente verbindenden

⁵⁸⁴ Vgl. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 84.

⁵⁸⁵ Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 213.

⁵⁸⁶ Vgl. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 107 f.

Rechtsnatur der *lex mercatoria*, eines interdisziplinären Ansatzes. Dieser muß IPR, Privatrecht und Rechtsvergleichung einerseits und öffentliches Recht und (Wirtschafts-)Völkerrecht andererseits miteinbeziehen.⁵⁸⁷

V. Die moderne lex mercatoria: Schlussfolgerungen und eigene Einschätzung

Die vorgestellten Autoren lassen in der Tat erkennen, dass sie es mit der proklamierten Abkehr von den viel zitierten „Grabenkämpfen“ ernst meinen. Die Auseinandersetzung ist sachlich und argumentativ; der „neue Pragmatismus“ äußert sich in der beinahe unisono vorgetragenen Forderung, bei der Beurteilung der Rechtsordnungsqualität einer *lex mercatoria* eine funktionale Betrachtungsweise zugrunde zu legen⁵⁸⁸.

Um die Frage, ob die *lex mercatoria* eine Rechtsordnung darstellt oder nicht, wurde bekanntlich viel und heftig gestritten; die vorstehende Übersicht weckt jedoch Zweifel daran, dass mit ihrer Beantwortung für die aus praktischer Sicht im Interessenmittelpunkt stehende Frage nach der Anwendbarkeit und Reichweite ihrer Regeln im konkreten Einzelfall viel gewonnen ist:

1. Zum beschränkten Nutzen des Rechtsordnungsbegriffs

Vielfach wird auf die terminologischen Schwierigkeiten hingewiesen⁵⁸⁹, die mit der *lex mercatoria* - Debatte offenbar fest verbunden sind. Trotz des Bewusstseins dieses Missstandes konnten auch die vorgestellten Autoren die begrifflichen Schwierigkeiten nicht vollständig ausräumen. Besonders deutlich wird dies am Beispiel der Begriffsverwendung „Rechtsordnung“. Die Differenzen liegen dabei aufgrund der vergleichbaren funktionalen Ansätze nicht so sehr in den Voraussetzungen, die ein Normenbestand erfüllen muss,

⁵⁸⁷ Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 211.

⁵⁸⁸ Die in diesem Abschnitt teilweise sehr knapp zusammengefassten Argumente stammen, sofern sie nicht mit eigenen Nachweisen versehen sind, aus den oben vorgestellten Einzelbesprechungen (Teil I, IV.3.1-IV.3.6). Um Wiederholungen zu vermeiden, sei an dieser Stelle global auf die obigen Einzeldarstellungen verwiesen.

⁵⁸⁹ Beispielsweise widmet Dasser der Terminologie einen eigenen Abschnitt, den er bezeichnenderweise mit „Bemerkungen zum Begriffs-Wirrwarr“ betitelt, s. Dasser, *Lex mercatoria*, S. 63 ff.; Berger prangert „Terminologische Verwirrungen“ an, s. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 32 ff.; kritisch zur Terminologie auch Stein, *Lex mercatoria*, S. 1 ff.

um als „Rechtsordnung“ zu gelten, sondern in den Folgen, die sich aus dieser Einschätzung ergeben. Die Bandbreite möglicher Ergebnisse erweitert sich zudem dadurch, dass der Begriff der „Rechtsordnung“ mit Adjektiven wie „eigenständig“⁵⁹⁰ oder „autonom“⁵⁹¹ versehen wird oder die in der *lex mercatoria* gefundene Ordnung als sog. „dritte Rechtsordnung“⁵⁹² mit dem Völkerrecht bzw. nationalem Recht in Relation gesetzt wird.

Nach De Ly, der der *lex mercatoria* als einziger Autor sogar ihre Fähigkeit abspricht, die Funktion einer Rechtsordnung zu übernehmen, übt Dasser die größte Zurückhaltung, indem er zunächst auf eine rechtstheoretische Aussage über die Rechtsordnungsqualität einer *lex mercatoria* verzichtet, ihr im Ergebnis aber attestiert, die Funktion einer Rechtsordnung zumindest als schiedsrichterliches Sachrecht erfüllen zu können. Ähnlich ist die aus rechtspolitischer Perspektive formulierte Position Steins. Etwas weiter geht Kappus, der einer *lex mercatoria* nicht nur ausdrücklich Rechtsordnungsqualität bescheinigt, sondern auch zu dem Schluss gelangt, dass diese auch vor staatlichen Gerichten als subjektiv wählbares Recht zur Verfügung stehe. Allen genannten Ansichten ist gemeinsam, dass sie in der *lex mercatoria de lege lata* einen Normenkomplex mit derivativer, d.h. vom Staat abgeleiteter Autorität sehen.

Allein Berger und Weise erkennen der *lex mercatoria* den Status einer autonomen, d.h. von staatlicher Autorität unabhängigen, Rechtsordnung zwischen den nationalen Rechten und dem Völkerrecht zu, den sie in ihrer allgemeinen Akzeptanz und einem korrespondierenden Befolgungswillen innerhalb einer ausreichend homogenen „*societas mercatorum*“ begründet sehen.

⁵⁹⁰ So Weise, *Lex mercatoria*, S. 63 f.

⁵⁹¹ S. zur Mehrdeutigkeit des Begriffs „Autonomie“ bereits oben, Teil I, IV.1.c.; ferner Dasser, *Lex mercatoria*, S. 71; Weise, *Lex mercatoria*, S. 116; Stein, *Lex mercatoria*, S. 195 ff.; De Ly, *International Business Law*, Rn. 424 ff.; Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 85 ff.

⁵⁹² So Dasser, *Lex mercatoria*, S. 62; Kappus, *Lex mercatoria*, S. 148; Weise, *Lex mercatoria*, S. 116; Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 107.

Während jedoch Weise diese Rechtsordnung mittels der „Gleichstellungstheorie“ einer fremden staatlichen Rechtsordnung gleichstellt und ihre Anwendbarkeit somit von kollisionsrechtlichen Erwägungen abhängig macht, erkennt allein Berger die unmittelbare Rechtsgeltung der *lex mercatoria* an. Der allgemeinen Akzeptanz und einen Willen zur Regelbefolgung innerhalb der *societas mercatorum* stünden die Existenz und Wirksamkeit von staatsunabhängigen, privaten Streitbeilegungs- und Sanktionsmechanismen zur Seite, denen eine „Garantiefunktion“ zur Befolgung der Regeln der *lex mercatoria* notfalls auch über das individuelle Interesse hinaus zukomme. Diese Ansicht geht über die bloße Zulässigkeit einer kollisionsrechtlichen Anknüpfung hinaus. Sie begreift die *lex mercatoria* nicht erst auf der Ebene der (schieds-)richterlichen Streitbeilegung als „law in action“, sondern bereits auf der Ebene der Vertragsdurchführung als verbindliches, objektives Recht. Diese Auffassung reicht in ihren Konsequenzen am weitesten, da sie rechtsquellenindifferent die Verbindlichkeit einer Gesamtordnung „*lex mercatoria*“ postuliert. Bezogen auf die übergeordnete Frage nach dem Rechtsanwendungsbefehl liegt der Unterschied zu den konservativeren Ansichten darin, dass jene eines Rechtsanwendungsbefehls bedürfen, der „von außen“ kommt, während Bergers Konzept auf der Ebene der Vertragsdurchführung von einem der *lex mercatoria* innewohnenden Anwendungsbefehl ausgeht.

Dieser Überblick zeigt, dass eine rechtstheoretische Aussage über die Rechtsordnungsqualität der *lex mercatoria* für sich genommen noch keine Aussage über ihren Anwendungsbefehl enthält. Dieses Ergebnis bestätigt die Auffassung Bonells aus dem Jahre 1987, der zu bedenken gibt: „Let it be assumed that whether or not the *lex* qualifies as a law, it has sufficient solidity to be capable in appropriate circumstances of controlling the rights of the parties; then the question must be asked, from where does its normative power arise?“⁵⁹³. Fünf Jahre später stellt auch Mertens zutreffend fest, dass die rechtstheoretische Einschätzung allein keinerlei juristische Autorität beanspruchen könne: „Wie immer man sie einschätzt, als maßgebliche Instanz

⁵⁹³ Mustill, FS Wilberforce, S. 149, 160.

für die Frage, ob sich der Richter auf nationales Recht beziehen darf, versagt sie einfach deshalb, weil nicht ersichtlich ist, wieso sie für den Richter überhaupt verbindlich sein sollte⁵⁹⁴.

Aus der Rechtsanwendungsperspektive ist somit festzuhalten, dass dem Praktiker, der sich die Frage stellt, ob und ggf. welche Rechtssätze einer *lex mercatoria* für seinen konkreten Vertrag verbindlich sind oder nicht, mit einer Aussage über die Rechtsordnungsqualität der *lex mercatoria* keine hinreichende Antwort gegeben ist.

2. Kategorisierung und Beurteilung der verschiedenen Ansätze

Bonell zufolge gibt es zwei Wege, „das Problem der Rechtsgrundlage der im internationalen Handelsverkehr tatsächlich befolgten Regeln zu lösen: Entweder handelt es sich um positive Normen, die aus eigener Kraft Anwendung finden, oder es sind Regeln rechtsgeschäftlicher Natur, deren Wirksamkeit im Einzelfall auf vertraglicher Basis begründet werden muss“⁵⁹⁵. Dieser nur zwei Alternativen zulassende Vorschlag vermag die Frage nach dem Rechtsanwendungsbefehl der *lex mercatoria* jedoch nicht hinreichend zu erfassen: Auch nationale Rechtsordnungen sind allesamt positives Recht, doch im internationalen Kontext (und das Vorliegen eines internationalen Vertrages ist die grundlegendste Voraussetzung dafür, die Anwendung der *lex mercatoria* überhaupt in Erwägung zu ziehen) kommen sie gerade nicht „aus eigener Kraft“ zur Anwendung, sondern durch das IPR, das den Sammelbegriff darstellt für die „Rechtsanwendungsbefehle bei Sachverhalten mit einer Verbindung zum Recht eines ausländischen Staates“⁵⁹⁶.

Die Suche nach der Antwort auf die Frage nach der Anwendbarkeit der *lex mercatoria* auf einen konkreten Fall kombiniert somit die Rechtsordnungsproblematik mit kollisionsrechtlichen Elementen, die je nach Forum (staatliches Gericht oder privates Schiedsgericht) oder Parteiverhalten

⁵⁹⁴ Mertens, FS Odersky, S. 857, 866, wobei Mertens mit „Richter“ primär den Schiedsrichter meint, vgl. a.a.O.

⁵⁹⁵ Bonell, *RabelsZ* 42 (1978), S. 485, 486.

⁵⁹⁶ Spickhoff, *RabelsZ* 56 (1992), S. 116, 117.

(Rechtswahl oder keine Rechtswahl) unterschiedlicher Natur und Reichweite sein können und dadurch ebenso vielfältige Folgeprobleme insbesondere in Bezug auf das Verhältnis zu nationalem Recht nach sich ziehen. Die dargestellten Auffassungen sollen daher in drei Grundströmungen unterteilt werden, deren Voraussetzungen und Schlussfolgerungen einer theoretischen Würdigung unterzogen und anschließend aus der Perspektive des Rechtssuchenden auf ihre praktischen Auswirkungen hin untersucht werden sollen.

a. Lex mercatoria als autonome Rechtsordnung mit immanentem Rechtsanwendungsbefehl („absolute Autonomie“⁵⁹⁷)

Den stärksten Bedenken begegnet dabei die Auffassung, die aufgrund tatsächlicher Akzeptanz und systemimmanenter Erzwingungsmechanismen die unmittelbare Verbindlichkeit einer Rechtsordnung *lex mercatoria* konstruieren will.

aa. Zur Methodik: Positive und negative Begründung der Rechtsgeltung

Sowohl Weise als auch Berger widmen der Entkräftung der gegen die Lehre von der *lex mercatoria* vorgetragenen Argumente erhebliche Aufmerksamkeit. Die Kritik an einer Beschränkung auf positivistische Geltungstheorien oder die Widerlegung des Vorwurfs, der *lex mercatoria* fehle es an einer hinreichenden methodischen Grundlage vermögen jedoch für sich genommen keinerlei positive Aussage darüber zu treffen, ob den Normen einer *lex mercatoria* Rechtsverbindlichkeit zukommt oder nicht. Gleiches gilt für die Zurückweisung der Vorwürfe, es fehle der *lex mercatoria* an hinreichender Legitimation durch ein wie auch immer geartetes Verfahren, die Entscheidung nach einer *lex mercatoria* sei eine bloße Billigkeitsentscheidung oder es mangle ihr an hinreichender Systematik. Die Ergebnisse, zu denen die Autoren zu diesen Kritikpunkten gelangen, sind allein in der Lage, die Aussage, eine Rechtsordnung *lex mercatoria* könne es von vornherein auch theoretisch nicht geben, zu widerlegen. Berger selbst räumt ein, dass die Frage nach der Legitimation „privatisierter“ Rechtsbildung unter erheblichem

⁵⁹⁷ Vgl. zur Unterscheidung „absolute“ und „relative“ Autonomie oben, Teil I, IV.1.c.

theoretischen Rechtsfertigungsdruck stehe⁵⁹⁸. Die „Darlegungslast“ für die Rechtsverbindlichkeit liegt auf der Seite der Mercatoristen. Soweit die Argumente, die der Kritik an der lex mercatoria - Lehre entgegen gebracht werden, nicht in der Lage sind, positive Belege für eine Verbindlichkeit des Normenkomplexes bereitzustellen, lassen sie sich zur Herleitung eines Rechtsanwendungsbefehls nicht heranziehen.

bb. Die funktionale Herleitung der rechtlichen Verbindlichkeit: Tatsächliche Regelbefolgung und Garantiefunktion

Zur positiven Begründung der Rechtsverbindlichkeit einer lex mercatoria stellt Berger ihre tatsächliche Beachtung in den Vordergrund. Er betont die rechtsetzende Kraft der sozialen Interaktion der internationalen Kaufleute und ihrer Organisationen, die zwar nicht die Aufhebung der Unterscheidung zwischen soziologischen und rechtsdogmatischen Beurteilungen erforderlich mache, diese aber insofern einander annähern müsse, dass die Frage nach der Natur des „Rechts“ anhand funktioneller Kriterien zu beantworten sei. Eckpfeiler seiner Argumentation sind die Annahme einer dauerhaften und homogenen Gemeinschaft der internationalen Kaufleute („societas mercatorum“), die ein Grundkonsens über ihre gemeinsamen Werte und die Bereitschaft zur Befolgung der daraus abgeleiteten Regeln verbinden sowie die systeminterne Gewährleistung der Unverletzlichkeit des sich dadurch entwickelnden Normenbestands (Garantiefunktion)⁵⁹⁹. Aus rechtsdogmatischer Sicht überraschend wird versucht, allein aus einer empirischen Beobachtung der lex mercatoria auf deren Rechtscharakter zu schließen. Die rechtliche Geltung der lex mercatoria wird mit deren tatsächlicher Beachtung und Verbreitung im internationalen Wirtschaftsverkehr begründet, Akzeptanz innerhalb einer bestimmten sozialen Gruppe wird mit Rechtsgeltung gleichgesetzt. Der Geltungsbegriff, den Berger seinen Beobachtungen zugrunde legt, erweist sich als mit dem soziologischen Geltungsbegriff des Rechts kongruent, den Alexy wie folgt

⁵⁹⁸ Vgl. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 26 f., 38; ders., *ZVglRWiss* 94 (1995), S. 217, 223.

⁵⁹⁹ Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 99 ff.; s. zum Erfordernis der Garantiefunktion auch oben, Text vor Fn. 568.

definiert: „Eine Norm gilt sozial, wenn sie entweder befolgt wird oder ihre Nichtbefolgung sanktioniert wird.“⁶⁰⁰

Vor dem Hintergrund der Erkenntnis, dass über die Bedeutung von „Recht“ und „Rechtsordnung“ kein verbindliches Urteil gefällt werden kann⁶⁰¹, erscheint die gewählte Herangehensweise mit soziologischem Schwerpunkt grundsätzlich legitim. Bedenken bestehen jedoch zum einen am Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen, auf die Berger die Rechtsverbindlichkeit der *lex mercatoria* stützt, zum anderen aber auch hinsichtlich der Konsequenzen, die sich aus der Anerkennung eines systemimmanenten Rechtsanwendungsbefehls insbesondere in Bezug auf das Verhältnis zum IPR ergeben:

(1) Zur Garantiefunktion der internen Zwangsmechanismen einer „societas mercatorum“

Insbesondere Lagarde hat darauf hingewiesen, dass sich ein derartiger soziologischer Ansatz keinesfalls mit dem Anspruch der *lex mercatoria* vereinbaren ließe, ein universelles Handelsrecht mit branchen- bzw. marktunabhängigem Anwendungsbereich zu sein. Es gebe schlicht keine allumfassende internationale soziale Gruppe der Kaufleute, vielmehr habe man es mit vielen Untergruppen zu tun, die je nach Branche und Organisationsgrad unterschiedlich ausgeprägt sind. Zudem könne nicht von einer homogenen Gruppe von Kaufleuten die Rede sein; sich schnell entwickelnde Märkte führten zu anderen Organisationsstrukturen als es bei längst erschlossenen Märkten der Fall sei. Darüber hinaus variere die Bereitschaft, sich in Branchenverbänden zu organisieren, von Geschäftszweig zu Geschäftszweig erheblich. Alles in allem könne es nach dieser Begründung keine *lex mercatoria* geben, sondern allenfalls eine Vielzahl von *leges mercatoriae*, die anstelle eines Meeres an Einheitlichkeit allenfalls kleine Inseln der Selbstregulierung darstellten⁶⁰².

⁶⁰⁰ Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, S. 139.

⁶⁰¹ Vgl. dazu oben, Fn. 454 und 541.

⁶⁰² Vgl. Lagarde, FS Goldman, S. 125, 135 f. und 138 f.

Die Argumente Lagardes haben in einem Zeitalter, in dem die Entstehung, Entwicklung und Veränderung von Märkten durch verbesserte Informations- und Kommunikationsmittel immer rascher erfolgen, nichts an Aktualität eingebüßt. Dennoch gehen seine Schlussfolgerungen zu weit. Die sich aus der Vielfalt der Handelszweige ergebende Vielfalt der Bräuche steht einem universellen Anwendungsanspruch der *lex mercatoria* nicht entgegen. Denn ein solcher setzt nicht voraus, dass branchenspezifische Bräuche und Gewohnheiten, die bereits „tatbestandlich“ auf andere Zweige nicht anwendbar sind, globalen Geltungsanspruch erheben müssten. Bestandteil einer universell verstandenen *lex mercatoria* ist vielmehr die Verpflichtung, entsprechende Bräuche und Gewohnheiten bei Branchenzugehörigkeit auch zu beachten. Eine solche Verpflichtung wiederum kann in ihrer Allgemeinheit für alle noch so unterschiedlichen Branchen Geltung beanspruchen.

Bezüglich der hier im Mittelpunkt stehenden Frage nach einem der *lex mercatoria* immanenten Anwendungsbefehl geben die Argumente Lagardes hingegen Anlass zu Zweifeln, ob die von Berger dargestellten Kontrollmechanismen der internationalen Kaufmannschaft tatsächlich eine zur Herleitung der Verbindlichkeit der *lex mercatoria* hinreichende Zwangswirkung entfalten: Zwar kann aufgrund der Natur von Gewohnheiten und Bräuchen von einem weit verbreiteten Willen zu ihrer grundsätzlichen Befolgung ausgegangen werden (andernfalls handelte es sich bei entsprechenden Regeln nicht um Gewohnheiten und Bräuche). Die von Lagarde betonte mangelnde Homogenität der internationalen Kaufmannschaft lässt jedoch die den Kontrollmechanismen wie der Führung von „schwarzen Listen“ etc. zugeschriebene Garantiefunktion zur Regelbefolgung im Einzelfall „auch um den Preis eines jeweiligen Einzelinteresses“⁶⁰³ als unsicher erscheinen. Der nach Berger mit dem opportunistischen, regelwidrigen Verhalten einer Vertragspartei einhergehende Verlust des „commercial good will“ bzw. des „standing“ setzt geschlossene Märkte voraus, beherrscht von homogenen Gruppen, gepaart mit Transparenz und schnellem Informationsfluss, wenn er ökonomische Folgen nach sich ziehen

⁶⁰³ Vgl. oben, Text vor Fn. 569.

soll⁶⁰⁴. Solche Konstellationen stellen jedoch im weltweiten Handel eine Randerscheinung dar⁶⁰⁵. Wenn aber die ökonomischen Folgen regelwidrigen Verhaltens ausbleiben, so kann schwerlich von einer Garantiefunktion zur Regelbefolgung ausgegangen werden, was der Annahme einer aus sich selbst heraus verbindlichen Rechtsordnung eine wesentliche Grundlage entzieht.

(2) Zur Garantiefunktion der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit als autonome Kontrollinstanz

Als zweite Säule der nichtstaatlichen Gewährleistung der Regelbefolgung zieht Berger die Kontrollkompetenz der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit als „zwar privat konstituiertes, aber dennoch ‚echtes‘ Rechtsprechungsorgan“ heran⁶⁰⁶. Die aus der Betonung der konsensualen Basis der Streitbeilegung hergeleitete Unabhängigkeit des durch Kautelarpraxis und schiedsrichterliche Rechtsfortbildung entstehenden Rechts von der Anerkennung durch die staatlichen Rechtsordnungen setzt jedoch voraus, dass die Schiedsgerichtsbarkeit ihre Überwachungsfunktion ohne Inanspruchnahme staatlicher Unterstützung, namentlich in Form der Anerkennung und Vollstreckung, wahrnehmen kann; sie steht und fällt daher mit der Bereitschaft zur „spontanen“ Erfüllung der Schiedssprüche durch die unterlegene Partei.

An dem für die „Mercatoristen“ harmonischen und damit bequemen Bildnis von der internationalen Handelsarbitrage als Institution der „konsensualen Wirtschaftsregulierung“⁶⁰⁷ wird in neuerer Zeit jedoch verstärkt gerüttelt: Dazu berufen sich die Kritiker auf eine 1996 erschienene „soziologische“ Untersuchung von Dezalay und Garth⁶⁰⁸. Diese beobachten eine zunehmende

⁶⁰⁴ Vgl. Whitley, *The Institutional Structuring of Business Transactions*, S. 73, 78 ff. und 89 f. Die hier behandelten Mechanismen bezeichnet er als „reputational control“.

⁶⁰⁵ Vgl. Martiny, *Private and Commercial Law Rules Under Global Transactions*, S. 123, 133. Seltene Ausnahmen seien beispielsweise im internationalen Diamantenhandel anzutreffende kleine, homogene Gruppen mit effektiver sozialer Kontrolle.

⁶⁰⁶ Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 103.

⁶⁰⁷ Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 103.

⁶⁰⁸ Dezalay/Garth, *Dealing in Virtue*. Die Bezeichnung „soziologisch“ stammt von De Ly, FS Sandrock, S. 179, 199. Ferner berufen sich auf Dezalay und Garth: Nottage, *Arbitration International Vol. 16* (2000), S. 53 ff.; Fortier, *ISCID Review 16/1* (2001), S. 10, 12 ff.

Formalisierung des Schiedsverfahrens und somit eine Annäherung von Arbitrage und dem Verfahren vor staatlichen Gerichten⁶⁰⁹. Grund dafür sei ein Generationenwechsel unter den Schiedsrichtern: Als die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit zur Zeit der „Wiederentdeckung“ der *lex mercatoria*⁶¹⁰ ihre Bedeutung für die Beilegung von Streitigkeiten insbesondere mit Beteiligung staatlicher oder staatsnaher Unternehmen etablieren konnte, seien die Schiedsgerichte mit den sog. „grand old men“ besetzt gewesen, Juristen, die auf einen reichen Erfahrungsschatz langjähriger Tätigkeit in Recht und Wirtschaft zurückblicken konnten. Ihr Prestige und ihre soziale Kompetenz seien es, die sie für die Ausübung dieses Dienstes qualifizierten⁶¹¹. Die Autorität dieser Generation habe sich widergespiegelt in Schiedsparteien, die aus der Schiedsabrede die Konsequenz zogen, auch ein unterliegendes Urteil anzuerkennen und spontan, d.h. ohne dass es dazu weiterer, insbesondere staatlicher Zwangsmaßnahmen bedurft hätte, zu erfüllen⁶¹².

Schon bald aber sei die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vornehmlich von großen amerikanischen und britischen Kanzleien als Marktlücke entdeckt worden, die Arbitrage professionell, einzelfall- und erfolgsorientiert als Dienstleistung verkauften. Sie seien weniger um das Prestige der Arbitrage als „Institution“, sondern vielmehr um effiziente Streitbeilegung im Dienste des einzelnen Klienten bemüht. Der Aura, dem Charisma und dem Idealismus der Älteren setzten sie Spezialisierung und höchste technische Kompetenz entgegen. Diese „Technokraten“ entwickelten prozessuale Taktiken, die sich vor allem im Anwendungsbereich der Schiedsordnungen der institutionellen Arbitrage als Erfolg versprechend herausstellten. Institutionen wie die ICC reagierten mit Revisionen ihrer

⁶⁰⁹ Die von Dezalay und Garth in monographischer Form dargestellten Beobachtungen sind in ihren wesentlichen Punkten allerdings nicht so neu, wie sie in den zitierten Abhandlungen dargestellt werden: Bereits 1978 weist Derains auf die Annäherung hin und spricht 1980 von einer „Banalisierung“ der Arbitrage, vgl. Derains, *Clunet* 105 (1978), S. 976 und *Clunet* 107 (1980), S. 949 f. 1987 bringt es Mustill auf den Punkt: „Winning is what matters“, Mustill, FS Wilberforce, S. 149, 182.

⁶¹⁰ S. dazu oben, Teil I, II.1.

⁶¹¹ Vgl. Dezalay/Garth, *Dealing in Virtue*, S. 34 f.

⁶¹² Vgl. bereits Mustill, FS Wilberforce, S. 149, 181.

Schiedsordnungen und „Professionalisierung“ durch Schulung ihrer Schiedsrichter und Anwälte; eine Gesamtentwicklung, die zu einer zunehmenden Formalisierung des Schiedsverfahrens führte. Die Arbitrage wurde entmystifiziert und rationalisiert⁶¹³.

Zeitgleich mit Dezalay und Garth beschrieb Bühring-Uhle diese Wandlung sehr anschaulich folgendermaßen:

„International arbitration has undergone a metamorphosis from a ‚gentleman’s game‘, where commercial disputes were resolved informally among peers, to a highly sophisticated judicial procedure with amounts at stake that are 10 to 100 times larger than they used to be 30 years ago and where the parties fiercely defend their legal positions. The resulting proceduralisation is manifested in protracted battles over procedural technicalities, both within the arbitral proceedings and in parallel, ‘collateral’ court litigation”⁶¹⁴.

Wo Prestige und Charisma professionelles Taktieren entgegen gesetzt wird, schwindet auch die Bereitschaft der unterlegenen Parteien, den Schiedsspruch spontan zu befolgen⁶¹⁵. Zwar wird in der Literatur die Bedeutung der staatlichen Vollstreckung dadurch heruntergespielt, dass auf eine „Spontanerfüllungsquote“ von 90-95 % hingewiesen wird⁶¹⁶. Diese hohe Quote muss jedoch im Zusammenhang mit der in der Regel ohnehin

⁶¹³ Vgl. Zum Ganzen Dezalay/Garth, *Dealing in Virtue*, S. 36 ff.; Nottage, *Arbitration International* Vol. 16 (2000), S. 53, 59 ff.; Fortier, *ISCID Review* 16/1 (2001), S. 10, 13 ff. Es ist zu beachten, dass „Verrechtlichung und Formalisierung“ auf der anderen Seite einen nicht zu unterschätzenden Beitrag zur Stärkung und Ausweitung der Bedeutung der Handelsschiedsgerichtsbarkeit leisten. Die Erweiterung ihres Verfahrensangebots vermag staatliche Verfahren in dem Maße zurückzudrängen, wie es zu dem Angebot gleichwertiger prozessualer Möglichkeiten beiträgt. Durch die Befreiung vom „Ruch einer ominösen, a-rechtlichen Geheimjustiz“ (Stein, *Lex mercatoria*, S. 68.) und der Wandlung hin zu einem „veritablen international geprägten System privater Streitentscheidung“ (Stein, *Lex mercatoria*, S. 65) kommt die Handelsschiedsgerichtsbarkeit aufgrund der damit verbundenen Anhebung ihres qualitativen Niveaus den Bedürfnissen der Praxis durchaus entgegen (vgl. umfassend Stein, *Lex mercatoria*, S. 60 ff.).

⁶¹⁴ Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, S. 149.

⁶¹⁵ Vgl. De Ly, *International Business Law*, Rn. 121 und 149.

⁶¹⁶ Vgl. Stein, *Lex mercatoria*, S. 84, m.w.N. in Fn. 88.

gegebenen Vollstreckbarkeit gesehen werden⁶¹⁷. Dasser weist zu Recht darauf hin, dass es an Zahlen fehle, die belegen könnten, dass Schiedsentscheide auch dann in neun von zehn Fällen erfüllt würden, wenn die unterlegene Partei von fehlender Vollstreckbarkeit überzeugt wäre⁶¹⁸. Die „spontane“ Erfüllung der Schiedssprüche lässt daher nur bedingt Schlüsse auf die Fähigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit zu, die von Berger zu Recht als wesentliches Element einer autonomen Rechtsordnung *lex mercatoria* charakterisierte Garantiefunktion für die Beachtung ihrer Rechtssätze wahrzunehmen. Das „selbstgeschaffene Recht des Welthandels“⁶¹⁹ erfüllt somit nicht unmittelbar seine ordnende Funktion innerhalb der Gemeinschaft der Kaufleute⁶²⁰, sondern lediglich mittelbar durch die latente Vollstreckungsdrohung staatlicher Gewalt⁶²¹. Damit verliert das Argument der „Garantiefunktion“ der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit seine Durchschlagskraft⁶²².

cc. Das rechtsquellenpluralistische Argument Weises

Nach Weises Ansatz⁶²³, der offenbar auf Romanos Theorie eines Pluralismus der Rechtsquellen basiert⁶²⁴, kann nicht nur der Staat, sondern jede Gemeinschaft rechtlich verbindliche Regeln produzieren. Diese Theorie vermag zwar die vielfache und in vielfacher Gestalt auftretende Existenz selbstregulativer Elemente, also auch der *lex mercatoria*, theoretisch zu erfassen; gleichzeitig fehlt ihr aber jedes normative Element. Auf die Spitze getrieben, müsste sie auch der Mafia oder anderen Verbänden organisierter Kriminalität die Fähigkeit zusprechen, verbindlich Recht zu setzen. Dies führt

⁶¹⁷ Vgl. v. Hoffmann, IPRax 1986, S. 337.

⁶¹⁸ Vgl. Dasser, *Lex mercatoria*, S. 352; in seinem Sinne auch MüKo/Sonnenberger, Einl. IPR, Rn. 245.

⁶¹⁹ Bonell, *RabelsZ* 42 (1978), S. 485.

⁶²⁰ So aber Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 106.

⁶²¹ Ähnlich auch Mustill, *FS Wilberforce*, S. 149, 181 f.

⁶²² So auch MüKo/Sonnenberger, Einl. IPR, Rn. 244: „Die rechtliche Geltungskraft der vom Schiedsgericht angewendeten Entscheidungsnormen zeigt sich erst, wenn der Schiedsspruch in Kontakt mit staatlichen Gerichten kommt, weil diese ihm neben seiner inhärenten sozialen Kraft rechtliche Durchsetzungskraft verleihen sollen“.

⁶²³ Vgl. oben, Text vor Fn. 508.

⁶²⁴ Vgl. Romano, *Die Rechtsordnung*, S. 88 ff.

zu der von dieser Theorie ebenfalls unbeantworteten Frage nach dem (Rang-)Verhältnis dieser Rechtsordnungen untereinander. Für sich genommen vermag der rechtsquellenpluralistische Ansatz somit ebenfalls nicht die Verbindlichkeit der Regeln einer *lex mercatoria* zu erklären.

dd. Konsequenzen und Folgeprobleme der Annahme einer autonomen Rechtsordnung lex mercatoria

Sollte man - allen soeben dargestellten Unstimmigkeiten zum Trotz - die Existenz einer autonomen Rechtsordnung *lex mercatoria* einmal unterstellen, so blieben dennoch eine Reihe von Anwendungsproblemen ungelöst. Diese lassen sich in zwei Kategorien unterteilen. Zunächst sollen die Schwierigkeiten, die sich aus der privaten Natur einer solchen Rechtsordnung ergeben, einer genaueren Betrachtung unterzogen werden; anschließend sei noch schlagwortartig auf eine Reihe von praktischen Anwendungsproblemen eingegangen.

(1) Notwendigkeit und Folgen einer separaten Betrachtung der Ebenen „Vertragsdurchführung“ und „(schieds-)richterliche Streitbeilegung“

Die Frage nach dem Rechtsanwendungsbefehl kann sich bei der Erfassung des *lex mercatoria* - Problems auf zwei Ebenen stellen, zum einen auf der Ebene der Vertragsdurchführung, zum anderen auf der Ebene der (schieds-)richterlichen Streitbeilegung. Wie die Divergenzen zwischen den vorstehend dargestellten Ansichten belegen, kann der Rechtsanwendungsbefehl einerseits aus staatlichem Recht abgeleitet werden, andererseits aber auch mit der Struktur und dem Verhalten der „*societas mercatorum*“ selbst begründet werden.

Betrachtet man zunächst ausschließlich nationales Recht, so gehen beide Anwendungsebenen von einem identischen Rechtsanwendungsbefehl aus: Die Verbindlichkeit des materiellen Rechts liegt sowohl bei der Vertragsdurchführung als auch im gerichtlichen Verfahren in der staatlichen Hoheitsgewalt begründet. Die Bewehrung des staatlichen materiellen Rechts mit dem staatlichen Erzwingungsapparat erfüllt die von Berger für die Rechtsordnungsqualität als unerlässlich angesehene Garantiefunktion. Dies

erscheint so selbstverständlich, dass eine isolierte Fragestellung nach der Verbindlichkeit staatlichen materiellen Rechts auf der Vertragsdurchführungsebene unter Ausklammerung der ebenfalls auf staatlicher Hoheitsgewalt beruhenden Durchsetzungsmechanismen konstruiert und wirklichkeitsfremd wirkt.

Bei der *lex mercatoria* hingegen kann die Annahme einer autonomen, ausschließlich auf das Verhalten einer *societas mercatorum* gestützte Annahme einer autonomen Rechtsordnung zu einer Inkongruenz der beiden Rechtsanwendungsebenen führen.

(a) Inkongruenz bei Streitbeilegung vor staatlichen Gerichten

Besonders deutlich zeigt sich dies, wenn die *lex mercatoria* von staatlichen Gerichten angewandt werden soll. Denn die Entscheidung über die Anwendbarkeit einer nichtstaatlichen Rechtsordnung wie der *lex mercatoria* ist hier allein staatlichem Recht vorbehalten, ganz gleich, ob die *lex mercatoria* ihrerseits einen solchen Anspruch erhebt oder nicht⁶²⁵. Das staatliche IPR sieht jedoch derzeit durch seinen Verweis auf staatliche Rechtsordnungen eine Anwendung der *lex mercatoria* als Vertragsstatut nicht vor⁶²⁶. Auch die Ausweichstrategie einer negativen Rechtswahl, welche die Anwendung allen staatlichen Rechts auszuschließen versucht, wird gemeinhin als unzulässig angesehen⁶²⁷. Die Möglichkeit, auf international breiter Front die Zulässigkeit einer kollisionsrechtlichen Anknüpfung an nicht-staatliches Recht einzuführen, wurde anlässlich der Schaffung des EVÜ zwar diskutiert,

⁶²⁵ Vgl. bereits oben, Teil I, IV.3.e.bb(2).

⁶²⁶ Dies ist die weit überwiegende Ansicht, vgl. MüKo/Sonnenberger, Einl. IPR, Rn. 208 und 231 ff.; Spickhoff, *RabelsZ* 56 (1992), S. 116, 132; v. Bar, IPR I, § 2, Rn. 72; Bonell, *RabelsZ* 42 (1978), S. 485, 495; Bucher, *Transnationales Recht im IPR*, S. 11, 55; Reithmann/Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, Rn. 38; Mustill, FS Wilberforce, S. 149, 165; Spickhoff, *RabelsZ* 56 (1992), S. 116, 133 f. Lindbach, *Rechtswahl im Einheitsrecht*, S. 195; Schlechtriem/Ferrari, Art. 7, Rn. 61 und 67. Lorenz, *RIW* 1987, S. 569, 573 f. hält die Zulässigkeit einer kollisionsrechtlichen Wahl nicht-nationalen Rechts durch Abwahl aller nationalen Rechte („Entnationalisierung des Vertrages“) für rechtspolitisch wünschenswert, unterstellt sie jedoch ebenfalls den Grenzen des geltenden Kollisionsrechts. A.A. wohl Juenger, FS Rittner, S. 233, 239, der dieser Frage jedoch geringe praktische Bedeutung zumisst, da die meisten internationalen Verträge ohnehin Schiedsklauseln enthielten.

⁶²⁷ Vgl. Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 75 m.w.N.

letztendlich jedoch nicht wahrgenommen⁶²⁸. Die lex mercatoria kann somit vor staatlichen Gerichten ohne die Billigung staatlichen Rechts weder mittels subjektiver Rechtswahl noch durch objektive Anknüpfung zum Vertragsstatut erhoben werden. Auch die in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit übliche Befugnis der Parteien, das Schiedsgericht zu einer Billigkeitsentscheidung zu ermächtigen, fehlt vor staatlichen Gerichten⁶²⁹. Eine Rechtswahl der Parteien zugunsten der lex mercatoria wäre danach allenfalls als materiellrechtliche Verweisung auszulegen. Damit verbietet sich hier - anders als auf der Ebene der Vertragsdurchführung - eine rechtsquellenindifferente Behandlung der lex mercatoria als einheitliche „Rechtsordnung“; vielmehr ist für jeden ihrer in Betracht kommenden Rechtssätze die Vereinbarkeit mit den zwingenden Regeln des nach dem IPR des Forumstaates anwendbaren Sachrechts zu prüfen.

Wenn aber auf der Ebene der Vertragsdurchführung von einem der lex mercatoria innewohnenden Rechtsanwendungsbefehl ausgegangen wird, dieser Anwendungsbefehl jedoch nicht bis auf der Ebene der gerichtlichen Streitbeilegung „hinaufreicht“ (und die Verbindlichkeit dann letztlich wieder aus staatlichem Recht abgeleitet werden muss), so führt diese Inkongruenz im Streitfall zurück inmitten in das Dilemma der Zwangsnationalisierung internationaler Sachverhalte, dessen Überwindung doch gerade eines der Hauptanliegen der Lehre von einer autonomen lex mercatoria darstellt⁶³⁰.

(b) Inkongruenz bei Streitbeilegung vor internationalen Schiedsgerichten

Anders verhält es sich bei der Streitbeilegung mittels eines schiedsrichterlichen Verfahrens: Konstitutives Element ist die Schiedsabrede, d.h. eine parteiinterne Vereinbarung. Wie bereits mehrfach betont, entspricht es zudem der weit überwiegenden Auffassung, dass der Schiedsrichter in seiner Freiheit, das auf den konkreten Fall anzuwendende Kollisionsrecht

⁶²⁸ Vgl. zum Meinungsstand oben, Fn. 151.

⁶²⁹ Vgl. Spickhoff, *RabelsZ* 56 (1992), S. 116, 133; v. Bar, *IPR I*, § 2, Rn. 86; Boele-Woelki, *Terms of Co-Existence*, S. 203, 225.

⁶³⁰ Vgl. nur Lando, *I.C.L.Q.* 34 (1985), S. 747, 754; Dasser, *Lex mercatoria*, S. 56.

nach eigenen Kriterien auszuwählen oder sogar eigene Kollisionsregeln zu schaffen, kaum beschränkt ist. Fehlt es also an einer Rechtswahl der Parteien, so steht es dem Schiedsrichter dennoch offen, den Fall auf Grundlage der *lex mercatoria* zu entscheiden. Wie insbesondere die Ausführungen von Dasser und Stein belegen, sieht sich der Schiedsrichter jedoch durch seine kollisionsrechtliche Freiheit einer breiten Palette möglicher Anknüpfungsmethoden gegenüber gestellt, die von der rechtsvergleichenden Umschau im staatlichen Kollisionsrecht bis hin zur direkten Sachrechtsbestimmung mittels „voie directe“ reichen. Diese Methodenvielfalt führt im Ergebnis von einer gewissen Beliebigkeit bis hin zur „Methodenwillkür“⁶³¹, die eine Kongruenz von Vertragsdurchführungsebene und Streitbeilegungsebene letztlich von schiedsrichterlichem Gutdünken im Einzelfall abhängig macht⁶³².

Haben die Parteien ihren Vertrag dagegen der *lex mercatoria* unterstellt, so ist das Schiedsgericht daran gebunden. Solange die unterlegene Partei die Erfüllung eines so ergangenen Schiedsspruchs nicht verweigert, ergibt sich ein harmonisches Bild: Sowohl auf der Ebene der Vertragsdurchführung als auch auf der Ebene der schiedsrichterlichen Streitbeilegung entspringt der Rechtsanwendungsbefehl für die Regeln der *lex mercatoria* dem Grundkonsens einer *societas mercatorum* über ihre gemeinsamen Werte und der Bereitschaft zur Befolgung der sich daraus entwickelnden Regeln. Im Falle fehlender Bereitschaft zur Spontanerfüllung⁶³³ ist der Schiedsspruch jedoch auf den Rückgriff auf staatliche Erzwingungsmechanismen angewiesen und zerstört damit das Bild eines autarken, von jeglichem staatlichen Recht unabhängigen, also absolut autonomen Rechtssystems. Denn letztlich ist es allein dem Staat vorbehalten, ob er schiedsgerichtliche Entscheide einem staatlichen Urteil insofern gleichstellen will, als er ihm

⁶³¹ Dasser, *Lex mercatoria*, S. 179.

⁶³² Ausführlich zu der nahezu unlösbaren Frage, nach welchen Maßstäben das Schiedsgericht das anzuwendende Recht zu bestimmen hat, s. Schlosser, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Rn. 726 ff. Diese Frage werde für das Schiedsgericht zur „Quadratur des Kreises“, so Schlosser, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Rn. 726 und 740.

⁶³³ Zur Relativität der hohen „Spontanerfüllungsquote“ vgl. oben, Text um Fn. 618.

staatliche Exekutionsmechanismen zur Seite stellt oder nicht⁶³⁴. In diesem Fall muss, wie schon Raape festgestellt hat, das Schiedsgericht „bei einer positiven Rechtsordnung anklopfen und um Einlaß bitten“⁶³⁵. Zuzugeben ist jedoch, dass dieser Einlass nach derzeit geltendem Recht bereitwillig gewährt wird: Sofern der Streitgegenstand objektiv schiedsfähig, die Schiedsabrede wirksam und das Verfahren frei von wesentlichen Mängeln ist, beschränkt sich die Kontrolle der eigentlichen Sachentscheidung lediglich auf die Vereinbarkeit der Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs mit dem *ordre public* des Vollstreckungsstaates⁶³⁶.

(c) Ergebnis

Die Befürworter einer autonomen Rechtsordnung *lex mercatoria* mit immanentem Rechtsanwendungsbefehl begründen diese mittels einer Trennung der Frage der staatlichen Erzwingbarkeit der Normbefolgung vom Rechtsbegriff. Im Unterschied zu staatlichen Rechtsordnungen, die Rechtsgeltung und Rechtsdurchsetzung unmittelbar zu einer Einheit verknüpfen, welche zwar durch die Wählbarkeit von Sachrecht und Forum gestaltet, im Ergebnis aber - weil auf der gemeinsamen Grundlage staatlicher Hoheitsgewalt beruhend - nicht vollständig aufgelöst werden kann, entstehen bei der „autonomen“ Konzeption einer Rechtsordnung *lex mercatoria* zwei voneinander unabhängige Ebenen der Rechtsanwendung, die jeweils unterschiedlich zu beantwortende Fragen nach dem Rechtsanwendungsbefehl aufwerfen. Auf der Ebene der Vertragsdurchführung operieren sowohl Berger als auch Weise mit selbstregulativen Elementen, während beide es auf der Ebene der Streitbeilegung vermeiden, die *lex mercatoria* als kollisionsrechtsunabhängige Normenkategorie anzusehen, d.h. ohne kollisionsrechtlichen „Befehl“ anzuwenden. Das Ergebnis dieser Inkongruenz ist das teilweise Wiederaufleben des Bedürfnisses nach einem Rückgriff auf das staatliche IPR. Will man mit der *lex mercatoria* eine weitgehende Kongruenz auf den Ebenen Vertragsdurchführung und Streitbeilegung

⁶³⁴ Vgl. Vischer, FS Schlechtriem, S. 445, 451.

⁶³⁵ Raape, IPR, S. 558.

⁶³⁶ Vgl. Bucher, Transnationales Recht im IPR, S. 11, 29 ff., Dasser, *Lex Mercatoria*, S. 281 ff.; Schlosser, Schiedsgerichtsbarkeit, Rn. 865 ff.

herstellen und dem Dilemma der Zwangsnationalisierung internationaler Sachverhalte zuverlässig entkommen, so haben die Ausführungen gezeigt, dass dies die Kombination einer gültigen Schiedsvereinbarung mit einer entsprechenden Rechtswahlklausel voraussetzt⁶³⁷. Damit präsentiert sich die *lex mercatoria* als Sonderrecht der Schiedsgerichtsbarkeit - das jedoch auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme staatlicher Vollstreckungshilfe angewiesen ist und sich somit letztlich wieder als „Recht von Staates Gnaden“ präsentiert⁶³⁸.

Eine Anerkennung einer *lex mercatoria* als „dritte Rechtsordnung“ neben den nationalen Rechten und dem Völkerrecht müsste in letzter Konsequenz den „Umweg“ über die Kollisionsrechte, die ja Bestandteil der jeweiligen nationalen Rechtsordnungen sind, vermeiden und ein eigenes, überstaatliches Kollisionsrecht beinhalten, welches einen Gleichlauf der Rechtsanwendung einerseits bei der Vertragsdurchführung und andererseits bei der (schieds-)richterlichen Streitbeilegung gewährleistet. Für die staatliche Gerichtsbarkeit ist die Lösung dieses Problems der staatlichen Gesetzgebung vorbehalten, die, wie oben gesehen, keinerlei diesbezügliche Ambitionen zeigt⁶³⁹. Aber auch die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit müsste, wie De Ly deutlich gemacht hat, bei der Entwicklung eines eigenen kollisionsrechtlichen Systems die Kompatibilität mit geltendem staatlichem Recht sicherstellen⁶⁴⁰.

⁶³⁷ Zur praktischen Bedeutungslosigkeit einer solchen Kombination siehe Dasser, *Lex Mercatoria - Critical Comments on a Tricky Topic*, S. 189, 196.

⁶³⁸ Vgl. Dasser, *Lex Mercatoria - Critical Comments on a Tricky Topic*, S. 189, 197. Stein weist allerdings zu Recht darauf hin, dass die durch die Abhängigkeit von staatlicher Sanktion bedingte Gefährdung der Effizienz der *lex mercatoria* theoretisch bleibe, solange realistischerweise nicht damit zu rechnen sei, dass nationale Interessen künftig der staatlichen Gesetzgebung diesbezügliche Restriktionen abverlangen würden, vgl. Stein, *Lex mercatoria*, S. 243.

⁶³⁹ Vgl. oben, Fn. 628.

⁶⁴⁰ S. oben, bei Fn. 498.

(2) *Praktische Einschätzung einer autonomen lex mercatoria*

„The commercial man is a conspicuous absentee from the writing on the lex mercatoria, and so indeed is his adviser“⁶⁴¹ - so lautete 1987 die Einschätzung Mustills bezüglich der Praxisnähe der Lehre von der lex mercatoria. Vierzehn Jahre später macht Dasser dieselbe Beobachtung: „Even now, you can ask almost any businessperson what he or she thinks of the lex mercatoria or the autonomous legal order of international commerce, and you will earn a blank stare.“⁶⁴² Dieser Eindruck wird bestätigt durch eine ebenfalls im Jahre 2001 erschienene CENTRAL - Umfrage, in der die befragten Praktiker einen Mangel an Erfahrung mit transnationalem Handelsrecht sowie fehlenden Zugang zu Informationen über dieses Recht beklagten⁶⁴³. Wenn Berger also die Rechtsverbindlichkeit einer autonomen Rechtsordnung „lex mercatoria“ auf Regelbefolgung stützt, die durch interne Kontroll- und Sanktionsmechanismen der Kaufmannschaft motiviert ist, so wird dies insoweit der Realität nicht gerecht, als der mit der Theorie von einer lex mercatoria nicht vertraute Praktiker stets von einer *staatlichen* „Rückendeckung“ zur Regeldurchsetzung ausgehen wird⁶⁴⁴, weil ihm die Idee einer autonomen, allein auf interne Mechanismen vertrauenden Rechtsordnung in der Regel völlig unbekannt ist⁶⁴⁵. Das mag für einzelne Handelsbräuche oder bestimmte verbreitete Vertragsarten anders sein, insgesamt aber ergibt sich die Motivation eben dieses Praktikers zur Regelbefolgung primär aus dem Bewusstsein der Existenz eines staatlichen Erzwingungsmechanismus. Hinzu kommt, dass - wie oben im Zusammenhang mit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit skizziert - die Bereitschaft der Kaufleute zur „spontanen“ Regelbefolgung und Unterwerfung unter interne Sanktionsmechanismen der Vergangenheit angehört. Sei es, weil die Streitwerte so hoch sind, dass sich eine Partei das Unterliegen schlichtweg

⁶⁴¹ Mustill, FS Wilberforce, S. 149. S. auch S. 164, wo Mustill die lex mercatoria als ein „anational system of which only the smallest minority of businessmen can ever have heard“ beschreibt.

⁶⁴² Dasser, Lex Mercatoria - Critical Comments on a Tricky Topic, S. 189, 191.

⁶⁴³ Vgl. Berger, Transnational Commercial Law, S. 24 f., anschaulich dazu auch die Grafik auf S. 194.

⁶⁴⁴ Vgl. Martiny, Private and Commercial Law Rules Under Global Transactions, S. 123, 133.

⁶⁴⁵ Vgl. Dasser, Lex mercatoria, S. 397.

nicht mehr leisten kann, sei es, dass eine geänderte Grundauffassung der Kaufleute vom Handel selbst zu dieser Entwicklung beigetragen hat: Die Parteien kämpfen mit allen ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln - auch und gerade unter Zuhilfenahme staatlicher Gewalt⁶⁴⁶. Rechtsüberzeugung und Rechtsgeltungswillen für das selbst geschaffene Spontanrecht der Praxis - Grundvoraussetzungen für die Annahme einer autonomen Rechtsordnung *lex mercatoria* - spiegeln sich in der heutigen Realität des internationalen Handels kaum wider.

Auch das oben festgestellte Erfordernis der Kombination aus Schiedsklausel und *lex mercatoria* - Rechtswahl⁶⁴⁷ dürfte ihre Praxistauglichkeit stark einschränken: Wenn dem Praktiker die *lex mercatoria* weitestgehend unbekannt ist, erscheint es höchst unwahrscheinlich, dass dieser eine Rechtswahl zugunsten eben dieses nicht-staatlichen Rechts trifft⁶⁴⁸. Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Rechtswahl einvernehmlich zu erfolgen hat: Selbst wenn eine Vertragspartei mit der *lex mercatoria* vertraut und von ihren Vorteilen überzeugt sein sollte, so dürfte sie mit ihrer Rechtswahlintention bei einem Vertragspartner, dem dieses Recht unbekannt ist, zunächst auf Ablehnung stoßen. Wahrscheinlicher ist dagegen die vertragliche Bezugnahme auf Treu und Glauben oder international anerkannte allgemeine Rechtsgrundsätze. Diese darf jedoch nicht vorschnell als Ausdruck einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl zugunsten der *lex mercatoria* ausgelegt werden⁶⁴⁹.

⁶⁴⁶ Vgl. oben, Teil I, V.2.a.bb(2); ferner Mustill, FS Wilberforce, S. 149, 182.

⁶⁴⁷ Vgl. oben, Text vor Fn. 638.

⁶⁴⁸ Eine von Dasser durchgeführte Analyse publizierter Schiedssprüche hat ergeben, dass nur in äußersten Ausnahmefällen eine Rechtswahl zugunsten der *lex mercatoria* getroffen wurde, vgl. Dasser, *Lex Mercatoria - Critical Comments on a Tricky Topic*, S. 189, 192-197. Nygh spricht diesbezüglich von einem „realm of academic speculation“, Nygh, *Autonomy*, S. 185.

⁶⁴⁹ Vgl. Delaume, *The Myth of the Lex Mercatoria and State Contracts*, S. 111, 116 f.

b. Lex mercatoria als kollisionsrechtlich wählbare Sachrechtsordnung („relative Autonomie“⁶⁵⁰)

Dieses Konzept einer Rechtsordnung *lex mercatoria* vermeidet die Gefahr einer Inkongruenz der beiden Ebenen Vertragsdurchführung und Streitbeilegung, indem es die Verbindlichkeit ihrer Regeln auf beiden Ebenen an kollisionsrechtliche Wertungen anknüpft.

aa. Subjektive Anknüpfung

Die Anwendbarkeit der *lex mercatoria* vor internationalen Schiedsgerichten aufgrund ausdrücklicher oder konkludenter Rechtswahl durch die Parteien ist in der Praxis der Schiedsgerichte ein Faktum und wird von oben behandelten Autoren auch nicht in Zweifel gezogen. Zur Begründung wird entweder auf die weitreichenden kollisionsrechtlichen Freiheiten der Schiedsrichter hingewiesen oder sogar aufgrund der universell anerkannten Parteiautonomie auf die Vorschaltung kollisionsrechtlicher Überlegungen verzichtet. Dies entspricht dem schiedsrichterlichen Selbstverständnis, in erster Linie Diener des Parteiwillens, nicht aber Diener einer bestimmten staatlichen Rechtsordnung und insbesondere nicht einer wie auch immer definierten schiedsrichterlichen „*lex fori*“ zu sein. Unter den hier vorgestellten Autoren besteht allerdings Einigkeit, dass die kollisionsrechtliche Anknüpfung, also die Heranziehung der *lex mercatoria* als Vertragsstatut, davon abhängt, dass sie in der Lage ist, die Funktion einer Rechtsordnung in mit staatlichen Rechtsordnungen vergleichbarem Maße zu erfüllen. Eine solche Funktionalität wird der *lex mercatoria* mit Ausnahme von De Ly einhellig zuerkannt.

bb. Objektive Anknüpfung

Fehlt es an einer Rechtswahl durch die Parteien, so haben die Ausführungen gezeigt, dass Schiedsrichter aufgrund weitreichender Freiheiten zur Schaffung und Anwendung eigener Kollisionsregeln den Fall dennoch auf Grundlage der *lex mercatoria* entscheiden können. Da diese Freiheiten auf der Billigung durch staatliches Recht beruhen, ist es auch streng positivistischen

⁶⁵⁰ Vgl. zur Unterscheidung „absolute“ und „relative“ Autonomie oben, IV.1.c.

Auffassungen möglich, eine objektive schiedsrichterliche Anknüpfung an die *lex mercatoria* zu befürworten, freilich innerhalb der Grenzen, die das staatliche Recht dieser Freiheit setzt⁶⁵¹.

cc. Ergebnis

Die Bindung an kollisionsrechtliche Wertungen vermeidet zwar die Gefahr von Inkongruenzen der beiden dargestellten Rechtsanwendungsebenen; die kollisionsrechtlich bedingten Probleme, die bei der Erörterung der „absolut“ autonomistischen Auffassung zu Tage getreten sind, gelten jedoch auch hier. Das bedeutet, dass es sich auch nach dieser Konzeption bei der *lex mercatoria* letztlich um ein Sonderrecht der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit handelt⁶⁵², das, wenn es der an Willkür grenzenden kollisionsrechtlichen Methodenvielfalt⁶⁵³ bei der objektiven Anknüpfung entgegen will, neben dem Bestehen einer Schiedsklausel auch eine entsprechende Rechtswahl der Parteien voraussetzt - was auch dieses Konzept wiederum in die Nähe praktischer Bedeutungslosigkeit führt⁶⁵⁴.

c. Lex mercatoria als Normbestand ohne Rechtsordnungscharakter

Verneint man mit De Ly die Existenz einer *lex mercatoria*, die zumindest funktionell und systematisch als wählbare Sachrechtsordnung angesehen kann, so ist für jeden ihrer Rechtssätze im Einzelnen zu prüfen, ob und auf welcher Grundlage er zur Anwendung gelangt⁶⁵⁵. Dies zieht wiederum für jeden Rechtssatz die Frage nach dem Verhältnis zu nationalem Recht nach sich. Einigkeit besteht zwischen den dargestellten Autoren darin, dass eine kollisionsrechtliche Anknüpfung an einen Normenkomplex, dem eine für die Wahrnehmung der Funktion einer Rechtsordnung hinreichende Systemdichte fehlt, ausgeschlossen ist. Eine Rechtswahl der Parteien zugunsten einer so

⁶⁵¹ Auf diese hat insbesondere De Ly hingewiesen, vgl. oben, Text vor Fn. 491.

⁶⁵² S. dazu oben, Teil I, V.2.a.dd(1)(a).

⁶⁵³ S. dazu oben, Teil I, V.2.a.dd(1)(b).

⁶⁵⁴ S. dazu oben, Teil I, V.2.a.dd(2).

⁶⁵⁵ In ihrer Gesamtheit kann eine so verstandene *lex mercatoria* jedenfalls keine Gültigkeit beanspruchen: „Über potentielle Geltungsansprüche der *lex mercatoria* läßt sich sinnvollerweise überhaupt nur dann diskutieren, wenn es jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann, daß sie Rechtsordnungscharakter besitzt“, Stein, *Lex mercatoria*, S. 240.

verstandenen *lex mercatoria* kann sowohl vom Schiedsrichter als auch vom nationalen Richter lediglich als materiellrechtliche Verweisung aufgefasst werden - mit der Folge, dass sich die Regeln einer so verstandenen *lex mercatoria* den Grenzen der einfach-zwingenden Normen des nach dem IPR des Forumstaates anwendbaren nationalen Sachrecht unterzuordnen haben. Die mit der Idee der *lex mercatoria* verfolgte Loslösung von dem oftmals aus internationaler Sicht inadäquaten materiellen Regelungsrahmen nationaler Rechtsordnungen vermag diese Konzeption nicht zu leisten. Auch kann sie für sich genommen nicht aus dem kollisionsrechtlichen Dilemma der Zwangsnationalisierung internationaler Sachverhalte heraushelfen; in Ermangelung einer rechtswahlfähigen nationalen Rechtsordnung müssen sowohl der staatliche Richter als auch der Schiedsrichter zunächst eine auf den Vertrag anwendbare staatliche Rechtsordnung bestimmen. Die im Gegensatz zu seinem staatlichen Richterkollegen weitreichende kollisionsrechtliche Freiheit des Schiedsrichters erlaubt diesem zwar, sich vom Kollisionsrecht des Sitzstaates zu lösen, mangels Existenz einer rechtswahlfähigen nationalen Ordnung wird aber auch er nach dieser Konzeption der Bestimmung einer nach seinem Dafürhalten für den konkreten Vertrag am besten geeigneten nationalen Rechtsordnung nicht entgehen können.

Die Auffassung, dass die *lex mercatoria* mangels hinreichender Systemdichte nicht in der Lage sei, die Funktion einer Rechtsordnung zu übernehmen, wird heute jedoch kaum noch vertreten. Durch Werke wie die UNIDROIT- und Lando-Principles oder die Transnational Law Database verfügt sie mittlerweile über eine beachtenswerte Anzahl unmittelbar anwendungsfähiger Normen⁶⁵⁶. Um die darin enthaltenen Lücken zu füllen, steht ihr ein Reservoir allgemeiner Rechtsgrundsätze zur Verfügung, deren Herausarbeitung neben der Wissenschaft der zunehmenden Publizität der Spruchpraxis der internationalen Schiedsgerichte zu verdanken ist⁶⁵⁷. Spruchpraxis und

⁶⁵⁶ S. dazu bereits oben, Teil I, IV.2.c und III.2.d.

⁶⁵⁷ Vgl. Stein, *Lex mercatoria*, S. 240 ff.

Wissenschaft schaffen somit „den vom Systemgedanken geforderten Ordnungs- und Vereinheitlichungsrahmen“⁶⁵⁸.

3. Zusammenfassung und Ergebnis:

Die Analyse der neueren monographischen Literatur ergibt auch nach über vierzigjähriger Entwicklungszeit der Idee einer autonomen *lex mercatoria* hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit und ihrem Verhältnis zu nationalem Recht nicht nur ein uneinheitliches Bild; die verschiedenen vertretenen Konzepte vermögen auch keine aus der Sicht der Praxis zufrieden stellende Antwort auf die Frage nach dem Rechtsanwendungsbefehl für ihre Rechtssätze zu geben. Ganz gleich, ob man mit diesem Begriff lediglich einen exklusiven, der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit als Sonderrecht dienenden Regelbestand verbindet oder in der *lex mercatoria* eine wie auch immer definierte Rechtsordnung erblickt: Die Autorität der Regeln und ihr Verhältnis zu nationalem Recht sind theoretisch unklar und somit aus der Sicht der Praxis mit unannehmbaren Unsicherheiten behaftet.

Insbesondere das Konzept einer absolut autonomen *lex mercatoria* mit immanentem Rechtsanwendungsbefehl begegnet schwerwiegenden Bedenken: Es leitet die Rechtsverbindlichkeit der *lex mercatoria* dadurch her, dass ihr eine Garantiefunktion für die Beachtung ihrer Regeln unabhängig von staatlichen Zwangsmaßnahmen zukomme. Die Grundpfeiler dieser Garantie, die internen Sanktionsmechanismen der sog. „*societas mercatorum*“ und die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit zeigen jedoch deutliche Schwächen: Aufgrund der Offenheit der internationalen Märkte und der mangelnden Homogenität der internationalen Kaufmannschaft erscheint die ökonomische Schlagkraft von „Zwangsmaßnahmen“ wie der Führung von „schwarzen Listen“ recht gering. Auch die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit ist für sich genommen nicht in der Lage, die Regelbefolgung sicherzustellen: Dass Schiedssprüche aus Respekt vor der „Institution Arbitrage“ befolgt wurden, gehört - wenn dies denn jemals der Grund für ihre spontane Befolgung gewesen sein sollte - spätestens seit dem

⁶⁵⁸ Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 88.

von Dezalay und Garth hervorgehobenen „Generationenwechsel“ in der Handelsschiedsgerichtsbarkeit der Vergangenheit an. Die heute immer noch hohe Quote der „Spontanerfüllung“ von Schiedssprüchen lässt sich vielmehr auf die in der Regel gegebene staatliche Vollstreckbarkeit zurückführen.

Darüber hinaus wurde deutlich, dass eine *lex mercatoria* mit immanentem Rechtsanwendungsbefehl durch die fehlende Kompatibilität zum staatlichen IPR noch erhebliche Abstimmungsprobleme mit der (schieds-)richterlichen Streitbeilegung hat. Rechtssicherheit durch einen Gleichlauf der Anwendungsbefehle auf Vertragsdurchführungs- und Rechtsprechungsebene ist nur im Falle der Kombination aus Schiedsklausel und Rechtswahl zugunsten der *lex mercatoria* gewährleistet - ein Fall, der mangels Kenntnis der internationalen Kaufmannschaft von der Theorie einer autonomen *lex mercatoria* praktisch selten anzutreffen ist.

Die Analyse zeigt also, dass der Versuch, dem kollisionsrechtlich bedingten Dilemma der Zwangsnationalisierung internationaler Sachverhalte eine anationale Rechtsordnung *lex mercatoria* gegenüberzustellen, eine ganze Reihe ungelöster Anwendungsprobleme mit sich bringt, die zum einen das Verhältnis der Ebenen Vertragsdurchführung und Streitbeilegung, zum anderen das Verhältnis zu nationalem Recht, insbesondere nationalem Kollisionsrecht betreffen.

Darüber hinaus spiegelt eine solche dogmatische Einordnung der selbstregulativen Aktivitäten der internationalen Kaufmannschaft die Realität nicht wider. Nicht, dass damit die Existenz eines selbst geschaffenen Spontanrechts des Handels bestritten werden sollte: Stein stellt in ihrer Beobachtung der „Realität“ des internationalen Handels sehr anschaulich dar, wie die Kaufmannschaft der Inadäquanz des rechtlichen Regelungsrahmens des klassischen kollisionsrechtlichen Systems durch Standardisierung der Vertragsgestaltung, das Bemühen um einzelvertragliche Komplettregelung, Organisationsbildung und Ausgrenzungstechniken inadäquat erscheinenden staatlichen Rechts auch unter Zuhilfenahme prozeduraler Techniken wie der Inanspruchnahme alternativer Streitbeilegungsmechanismen in weiten Teilen

des Rechtslebens eigene Regeln entgegen stellt⁶⁵⁹. Allein, um diese Realität juristisch adäquat zu erfassen, muss man der Versuchung widerstehen, die Tatsache, dass die internationale Kaufmannschaft durchaus in der Lage ist, weite Bereiche ihres „Rechtslebens“ selbst zu gestalten und damit bis zu einem gewissen Grad die *Funktion* einer Rechtsordnung zu erfüllen, mit der Existenz entsprechenden objektiven Rechts gleichzusetzen. Die Kaufmannschaft geht vielmehr grundsätzlich von der Anwendbarkeit staatlichen Rechts aus⁶⁶⁰. Die selbstregulativen Elemente kommen nur dann und nur selektiv zum Einsatz, wenn und soweit sich das staatliche Recht als für den konkreten Vertrag oder im Falle von standardisierten Massengeschäften für den konkreten Transaktionstyp als ungeeignet erweist⁶⁶¹. Warum sollten sich die Vertragsparteien eines einfachen Kaufvertrages überhaupt Gedanken um die Wahl und Anwendbarkeit einer nationalen Rechtsordnung zweifelhafter Geltung machen, wenn sie die Möglichkeit haben, ihre konkrete Transaktion aufgrund ihrer Überschaubarkeit in allen für sie relevanten Punkten einzelvertraglich zu regeln? Je weiter staatliches Recht verdrängt werden soll, desto mehr Strukturelemente der Idee *lex mercatoria* können kumulativ zum Einsatz gebracht werden. Wie Stein gezeigt hat, entspricht die selektive Substitution staatlichen Rechts durch selbst geschaffene Regeln der Realität des internationalen Handels; die vollständige Abkehr von staatlichem Recht zugunsten einer nationalen, umfassenden Rechtsordnung ist, wie Mustill⁶⁶²

⁶⁵⁹ Vgl. Stein, *Lex mercatoria*, Erster Teil (S. 13-176).

⁶⁶⁰ Vgl. oben, Text vor Fn. 645.

⁶⁶¹ Dies bestätigen mittelbar die Ergebnisse der oben bereits vorgestellten CENTRAL-Umfrage: Nur ca. 2 % der Befragten nannten als Grund, die *lex mercatoria* oder vergleichbare Konzepte *nicht* zu verwenden, dass diese keine vollständige Rechtsordnung darstellten. Daraus lässt sich die Schlussfolgerung ziehen, dass die Befragten mehrheitlich weder von der Existenz einer geschlossenen Rechtsordnung *lex mercatoria* ausgehen noch eine solche für erforderlich halten. Vgl. zudem zur entsprechenden Auffassung Steins oben, Text vor Fn. 557.

⁶⁶² Vgl. oben, Text vor Fn. 641.

und Dasser⁶⁶³, aber auch Berger⁶⁶⁴ hervorheben, der internationalen Kaufmannschaft fremd⁶⁶⁵.

⁶⁶³ Vgl. Dasser, *Lex mercatoria*, S. 397.

⁶⁶⁴ Vgl. oben, Text vor Fn. 643.

⁶⁶⁵ Dies spiegelt sich in der verschwindend geringen Zahl von Schiedssprüchen wider, die die Anwendung der *lex mercatoria* zum Gegenstand haben, vgl. die Zusammenfassung seiner Analyse internationaler Schiedssprüche von Dasser, *Lex Mercatoria - Critical Comments on a Tricky Topic*, S. 189, 192 ff.; ähnlich auch Stein: „Zugleich steht die Aufmerksamkeit, die das Thema *lex mercatoria* in der juristischen Lehre erregt, außer jedem Verhältnis zu seiner Bedeutung in der Praxis des internationalen Wirtschaftsverkehrs“, Stein, *Lex mercatoria*, S. 5.

TEIL II: DIE ROLLE DER LEX MERCATORIA IM ANWENDUNGSBEREICH DES UN-KAUFRECHTS

I. Lösungsansatz

Nachdem nun im ersten Teil festgestellt wurde, dass es sich bei der *lex mercatoria* nicht um eine Rechtsordnung handeln kann, deren Normen aus eigener Kraft heraus Anwendung finden, sondern deren Wirksamkeit im Einzelfall geprüft und begründet werden muss, scheint es um ihre vereinheitlichende Wirkung schlecht bestellt zu sein - sind es doch die unvereinheitlichten nationalen Rechtsordnungen, nach deren verschiedenartigsten Kategorien und Rechtsinstituten Natur und Rechtswirkung dieser Regeln des internationalen Handelsverkehrs zu bestimmen sind. Nach deutschem Recht wäre danach zu untersuchen, ob es sich bei den betreffenden Regeln um echtes Handelsgewohnheitsrecht oder um Handelsbräuche i.S.d. § 346 HGB oder lediglich um AGB handelt; aus englischer Sicht wäre zwischen *customs*, *proved trade usages*, einfachen *usages* und *standard forms of contract* zu unterscheiden; in Frankreich stellt sich die Frage, ob sie *usages de droit* i.S.d. Art. 1135 Cc, *usages conventionnels* gem. Art. 1159 f. Cc oder *contrats d'adhesion* darstellen⁶⁶⁶. Sind Rechtsnatur und Verbindlichkeit der Regeln auf diese Weise festgestellt worden, so muss ihre Auslegung und Anwendung in einem weiteren Schritt ebenfalls nach rein nationalstaatlichen Rechtsprinzipien erfolgen.

Auch aus praktischer Sicht bleibt vor diesem Hintergrund von der Idee der *lex mercatoria* nicht allzu viel übrig - sollte sie doch der internationalen Kaufmannschaft als ein Regelungsinstrument dienen, das ihren Anforderungen an einfache Handhabbarkeit gerecht wird, indem es nicht nur inhaltlich, sondern auch hinsichtlich seiner Anwendbarkeit ebenso vom Pragmatismus geprägt ist wie seine Urheber. Der Pragmatismus aber bleibt auf der Strecke, wenn sich jeder einzelne Rechtssatz mit je nach

⁶⁶⁶ Vgl. Bonell, *RabelsZ* 42 (1978), S. 485, 487; Bianca/Bonell/Bonell, Art. 9, Bem. 3.2.

anwendbarem nationalem Sachrecht unterschiedlichen Wirksamkeits- und Gültigkeitsvoraussetzungen auseinandersetzen muss bzw. Gefahr läuft, mit ebenso unterschiedlichen zwingenden nationalen Normen zu kollidieren.

Die Rechtsunsicherheit bei der Anwendung von materiellen Rechtssätzen der *lex mercatoria* könnte erheblich verringert werden, wenn ein einheitlicher Rahmen bestünde, in dessen Grenzen die Anwendbarkeit und Durchsetzbarkeit dieser Rechtssätze unabhängig von dem konkreten Vertragsstatut und ebenso unabhängig von Art und Ort des im Streitfall zuständigen Forums gesichert ist. Dies setzt nicht zwingend voraus, dass die Regelungsinhalte der *lex mercatoria* unmittelbar zur Anwendung kommen. Dem Interesse der internationalen Kaufmannschaft an Rechtssicherheit durch Rechtsklarheit ist ebenso gedient, wenn innerhalb des durch Konventionseinheitsrecht von den Unsicherheiten der kollisionsrechtlichen Rechtsfindung befreiten Rahmens konkrete, einzelfallrelevante Elemente der *lex mercatoria* Anwendung finden können⁶⁶⁷. Dies betrifft v.a. ihre kautelarjuristischen Bestandteile, also Vertragsformulare, Geschäftsbedingungen und auch von dritter Seite vorformulierte Klauselwerke, deren Anwendung, soweit sie an die Privatautonomie anknüpfen, naturgemäß das Vorliegen eines entsprechenden Parteiwillens oder zumindest eines Surrogats desselben voraussetzt.

An dieser Stelle kommt nun das CISG ins Spiel, dessen einheitliche Regelungen - soviel darf vorweggenommen werden - durch ihre Inkorporation in die nationalen Rechtsordnungen der Signatarstaaten im Rahmen seines Regelungsbereichs den korrespondierenden unvereinheitlichten Regeln der nationalen Rechtsordnungen als *leges speciales* vorgehen⁶⁶⁸. Legitimationsprobleme sind dem UN-Kaufrecht mithin fremd⁶⁶⁹. Mehr noch: Um die durch die Schaffung einheitlicher „black letter rules“ erreichte

⁶⁶⁷ Vgl. oben, Fn. 661.

⁶⁶⁸ Vgl. schon Kropholler, Einheitsrecht, S. 190; ferner ders., IPR, S. 94; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 2, Rn. 116.

⁶⁶⁹ Verallgemeinernd Martiny: „International treaties and conventions have some advantages, especially the fact that they have a binding force according to international law“, Martiny, Private and Commercial Law Rules Under Global Transactions, S. 123, 126.

Rechtseinheit nicht zu gefährden, darf sich auch die Rechtsanwendung nicht auf nationale Kategorien beschränken, sondern hat den internationalen Charakter des Übereinkommens zu berücksichtigen⁶⁷⁰. Daher soll hier die Arbeitsthese aufgestellt werden, dass durch Ableitung der Rechtsverbindlichkeit der einzelnen Rechtssätze der *lex mercatoria* von staatlichem Einheitsrecht die Probleme kollisionsrechtlicher Rechtsfindung verhindert oder zumindest signifikant vermindert werden können und sich auch die Handhabung dieser Rechtssätze hinsichtlich ihrer Verbindlichkeit, Auslegung und ihres Verhältnisses zu konkurrierenden Rechtssätzen im Rahmen einheitsrechtlicher Bestimmungen einfacher darstellt als in dem durch die kollisionsrechtliche Anknüpfung vermittelten rein nationalrechtlichen Kontext. Zweigert und Drobnig bringen es auf den Punkt: „Ohne Rechtskollisionen kein Kollisionsrecht“⁶⁷¹.

Das CISG soll nun daraufhin untersucht werden, ob es ihm gelingt, den „gesetzlichen Unterbau unter eine Häufung von Vorschriften zu legen, die bisher in einem rechtlosen Raum schwebten“, ein Ziel, das Rabel bereits 1936 im Zusammenhang mit vom Handel selbst geschaffenen „Formularrecht“ als eine „Hauptaufgabe der Vereinheitlichung“ bezeichnete⁶⁷².

Erst in diesem Zusammenhang erweist sich die moderne, „pragmatische“ Herangehensweise an die *lex mercatoria* als hilfreich, hat sie doch maßgeblich dazu beigetragen, die bis dahin vornehmlich auf der Ebene der Rechtstheorie geführte Diskussion um die *lex mercatoria* mit konkreten Rechtsinhalten zu füllen.

II. Entwicklung, Anwendung und Charakterisierung des CISG

Im Folgenden soll überblickartig dargestellt werden, warum sich gerade das CISG anbietet, als Basis für ein symbiotisches Zusammenwirken von staatlich gesetztem Einheitsrecht und *lex mercatoria* zu dienen. Dazu genügt es nicht, die Überlegenheit des Einheitsrechts gegenüber der Anwendung

⁶⁷⁰ S. dazu ausführlich unten, Teil II, III.1 und III.2.c.

⁶⁷¹ Zweigert/Drobnig, *RabelsZ* 29 (1965), S. 146, 147.

⁶⁷² Rabel, *Das Recht des Warenkaufs*, Bd. 1, S. 46.

unvereinheitlichten nationalen Rechts darzustellen, sondern es sind auch die Schwächen und Grenzen der Konvention aufzuzeigen, zu deren Ausgleich die *lex mercatoria* ihren Beitrag leisten soll.

1. Entwicklung

Die Entstehung des UN-Kaufrechts ist Bestandteil einer Entwicklung, deren deutsche Wurzeln bis zu den Anfangszeiten des BGB zurückreichen und deren Zielsetzung eine umfassende Harmonisierung des Kaufrechts ist.

a. Vorarbeiten von UNIDROIT

Keine dreißig Jahre nach dem Inkrafttreten des BGB, im Jahre 1928, wurde in Deutschland der Grundstein für die Kaufrechtsvereinheitlichung gelegt, als Ernst Rabel - Gründer und damaliger Präsident des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Berlin - dem damaligen UNIDROIT⁶⁷³ - Präsidenten, Vittorio Scialoja, die Anregung unterbreitete, sich um die Vereinheitlichung des Rechts des grenzüberschreitenden Warenkaufs zu bemühen⁶⁷⁴. Rabel und seine Mitarbeiter legten dann im Jahre 1929 den sog. „Blauen Bericht“⁶⁷⁵ vor, der auf rechtsvergleichender Basis die allgemeinen Grundlagen der angestrebten Kaufrechtsvereinheitlichung umschrieb⁶⁷⁶. Sie reagierten darin u.a. auf die Unstimmigkeiten, die sich aus dem Nebeneinander von allgemeinem Leistungsstörungsrecht und besonderem Gewährleistungsrecht mit seinen ädilischen Rechtsbehelfen ergaben und schlossen sich in diesem Punkt dem common law und seiner Lehre vom breach of contract an⁶⁷⁷. Die bis heute gültigen Grundlagen für das internationale Einheitskaufrecht wurden damit bereits Anfang der dreißiger Jahre des letzten Jahrhunderts gelegt. Zur Schaffung des eigentlichen materiellen Kaufrechts wurde nach Einberufung eines Komitees aus Vertretern des englischen, französischen, skandinavischen und deutschen

⁶⁷³ Für einen kurzen Überblick über Entstehung und Aufgaben von UNIDROIT s. oben, Teil I, III.2.c.aa.

⁶⁷⁴ Vgl. Rabel, *RabelsZ* 9 (1935), S. 1.

⁶⁷⁵ Vgl. Rabel, *Rapport sur le droit comparé de vente*, S. 381 ff.

⁶⁷⁶ Staudinger/Magnus, *Einl. zum CISG*, Rn. 20.

⁶⁷⁷ Vgl. Magnus, *Der Tatbestand der Pflichtverletzung*, S. 67, 70.

Rechtskreises⁶⁷⁸ im Jahre 1935 ein erster Entwurf erarbeitet⁶⁷⁹. Dieser Entwurf wurde vom Völkerbund den einzelnen Regierungen zur Stellungnahme zugeleitet und aufgrund ihrer Anregungen 1939 in veränderter Form⁶⁸⁰ fertig gestellt („Römischer Entwurf“)⁶⁸¹.

b. Das Haager Einheitliche Kaufrecht

Nach Ende des Zweiten Weltkriegs wurden in Europa erneut die Arbeiten zur Vereinheitlichung des Kaufrechts aufgenommen. Auf einer diplomatischen Konferenz, die 1951 von der niederländischen Regierung einberufen wurde, bildete der Entwurf von 1939 die Grundlage für die Beratungen zu einem einheitlichen Kaufgesetz. Es stellte sich jedoch heraus, dass der Entwurf nicht unmittelbar umgesetzt werden konnte: Es galt, den nach dem Krieg aufgekommenen neuen Handelsbräuchen gerecht zu werden, so dass es einer Überarbeitung bedurfte. Dazu wurde eine Kaufrechtskommission eingesetzt, der auch Rabel bis zu seinem Tod 1955 angehörte⁶⁸². Im Jahre 1956 wurde eine bereinigte Fassung präsentiert, die nach Stellungnahmen, die die einzelnen Staaten einbrachten, weiter überarbeitet wurde und schließlich 1963 in einem Entwurf samt Begleitschreiben ihren Abschluss fand. Auf der Haager Konferenz von 1964 kam es dann erstmals zu einem offiziellen Abschluss der Kaufrechtsarbeiten⁶⁸³: Verabschiedet wurden die Haager Einheitlichen Kaufgesetze: das Einheitliche Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen und das Einheitliche Gesetz über den Abschluss von internationalen Kaufverträgen, in Deutschland als EKG/EAG bezeichnet⁶⁸⁴.

⁶⁷⁸ Einführend zur Einteilung der Rechtsordnungen in Rechtskreise: Kropholler, IPR, S. 81 m.w.N.

⁶⁷⁹ Vgl. Rabel, *RabelsZ* 9 (1935), S. 1, 8 ff. und 339 ff.

⁶⁸⁰ Zu den Änderungen vgl. Rabel, *Projet d'une Loi Uniforme sur la Vente Internationale des Objets Mobiliers Corporels*, S. 395 ff.

⁶⁸¹ Vgl. Staudinger/Magnus, *Einl. zum CISG*, Rn. 20.

⁶⁸² Vgl. Staudinger/Magnus, *Einl. zum CISG*, Rn. 21.

⁶⁸³ Vgl. zum Gang der Beratungen eingehend Riese, *RabelsZ* 29 (1965), S. 1, 16 ff.

⁶⁸⁴ Beide Gesetze wurden in Deutschland am 17.7.1973 per Bundesgesetz in nationales Recht umgesetzt, vgl. *BGBI.* 1973 I S. 856 bzw. 868). Die authentischen englischen und französischen Originalfassungen finden sich in *RabelsZ* 29 (1965), S. 166 ff. (EKG) bzw. *RabelsZ* 29 (1965), S. 210 ff. (EAG).

Wenn sie auch im europäischen Bereich durch ihre zunehmende Anwendung eine nicht unerhebliche Rolle spielten⁶⁸⁵, erfüllten die Gesetze weltweit die in sie gesetzten Erwartungen nicht: Namhafte Handelsnationen wie Frankreich und die USA konnten sich zu einer Ratifikation nicht entschließen. Österreich, Schweden, die UdSSR und USA kritisierten den Umfang und die eigenwillige Konstruktion der Übereinkommen, insbesondere der Anwendungsbereich wurde als zu exzessiv bezeichnet⁶⁸⁶. Auf der anderen Seite waren bei den zugrunde liegenden Konferenzen weder die Entwicklungs- noch die Staatshandelsländer maßgeblich beteiligt. In ihren Augen dienten die gefunden einheitlichen Regeln ausschließlich dem Interesse westlicher Industrienationen, so dass auch sie die Konvention ablehnten⁶⁸⁷. Demzufolge ratifizierten ab 1972 von immerhin 28 Zeichnerstaaten insgesamt nur neun Staaten das Haager Kaufrecht⁶⁸⁸, unter ihnen die Bundesrepublik⁶⁸⁹. Das erstrebte Ziel, sich zu einem Weltkaufrecht zu entwickeln, verfehlten die Haager Kaufgesetze damit.

c. Das UN-Kaufrecht

aa. UNCITRAL

Inzwischen, im Jahre 1966, hatte die UNO-Generalversammlung die Kommission für Internationales Handelsrecht (UNCITRAL) ins Leben gerufen⁶⁹⁰. Von Anfang an wurde eine hinreichende Repräsentation nicht nur westlicher Industrienationen, sondern auch afrikanischer, asiatischer, osteuropäischer und lateinamerikanischer Staaten festgeschrieben⁶⁹¹. Zu

⁶⁸⁵ Allein in Deutschland sind über 200 Gerichtsentscheidungen zu den Haager Kaufgesetzen ergangen, vgl. den Überblick bei Piltz, RIW 1986, S. 167 ff.

⁶⁸⁶ Vgl. Czerwenka, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, S. 182.

⁶⁸⁷ S. UNCITRAL Yb. I (1968-1970), S. 162 f. Die UNCITRAL Yearbooks sind im Internet bis Vol. XXVI als Faksimile frei abrufbar. URL: <http://www.uncitral.org/english/yearbooks/yearbook-index-e.htm>.

⁶⁸⁸ Vgl. Staudinger/Magnus, Einl. zum CISG, Rn. 22.

⁶⁸⁹ BGBl. 1974 I S. 358.

⁶⁹⁰ Resolution 2205(XXI), abgedr. in UNCITRAL Yb. I (1968-1970), S. 65.

⁶⁹¹ S. UNCITRAL Yb. I (1968-1970), S. 65. Zur Erweiterung der Zahl der Mitglieder auf 36 vgl. Resolution 3108(XXVIII), abgedr. in UNCITRAL Yb. V (1974), S. 10 ff.

Beginn war die Mitgliedschaft in der UNCITRAL auf 29 Staaten begrenzt, um 1973 auf 36 Mitgliedsstaaten aufgestockt zu werden. Afrika standen danach 9 Sitze zur Verfügung, Asien 7 Sitze, Osteuropa 5 Sitze, Lateinamerika 6 Sitze sowie Westeuropa, Australien, Kanada und den USA gemeinschaftlich 9 Sitze⁶⁹². Ihre Aufgabe bestand in der Harmonisierung und Vereinheitlichung des internationalen Handelsrechts und somit auch des Kaufrechts. Bereits 1968, also noch vor dem Inkrafttreten des Haager Rechts, beschloss UNCITRAL in ihrer ersten Sitzung, in ihr Arbeitsprogramm die Ausarbeitung international annehmbarer Regeln für den grenzüberschreitenden Kauf aufzunehmen⁶⁹³. Dabei wurde an die Haager Kaufrechtsübereinkommen angeknüpft: Das UN-Generalsekretariat versandte einen Fragebogen an die Mitgliedsstaaten der Vereinten Nationen, um ihnen Gelegenheit zur Kritik an den Kodifikationen zu geben. Diese ließ nicht auf sich warten: Inhaltlich wurden der Umfang und die zu abstrakte, zu sehr an die civil law - Tradition angelehnte Konstruktion der Übereinkommen beanstandet; politisch die mangelnde Einbindung von Entwicklungs- und Staatshandelsländern⁶⁹⁴. Es war sogar von einem - wenn auch unbeabsichtigten - „Akt intellektuellen Imperialismus“ die Rede⁶⁹⁵. Eine Neufassung erschien mithin unumgänglich. Die Vorarbeiten führten 1976 zum sog. „Genfer Entwurf“, der 1977 aufgegriffen und nach eingehender Überarbeitung als „Wiener Entwurf“ verabschiedet wurde. Dem Wiener Entwurf wurde der Entwurf eines Abschlussgesetzes zur Seite gestellt. Auf der 11. UNCITRAL-Sitzung von 1978 wurden sowohl der Kauf- als auch der Abschlussentwurf weiter überarbeitet und zum „New Yorker Entwurf“ zusammengeführt⁶⁹⁶. Zu diesem Entwurf wurde vom UNCITRAL-Sekretariat

⁶⁹² S. UNCITRAL Yb. I (1968-1970), S. 65; UNCITRAL Yb. V (1974), S. 11.

⁶⁹³ S. UNCITRAL Yb. I (1968-1970), S. 90, Nr. 14 und 16.

⁶⁹⁴ Vgl. zur Analyse der Antworten: Analysis of replies and comments by governments on the Hauge Conventions of 1964, UNCITRAL Yb. I (1968-1970), S. 159-179. Weitere Kritikpunkte waren der „aggressive“ Anwendungsbereich, und die durch zahlreiche Vorbehaltsmöglichkeiten bewirkte Uneinheitlichkeit desselben, vgl. UNCITRAL Yb. II (1971), S. 51 ff.

⁶⁹⁵ Vgl. Czerwenka, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, S. 122: Außereuropäische Teilnehmerstaaten der Haager Konferenz waren nur Ägypten, die USA, Japan, Israel und Kolumbien, wobei die USA an den Vorarbeiten nicht beteiligt waren.

⁶⁹⁶ Abgedruckt in Honnold, Documentary History, S. 365-379.

ein Kommentar vorbereitet, der sog. Sekretariatskommentar⁶⁹⁷. Diesem Kommentar muss bei der (historischen) Auslegung der Vorschriften des CISG besondere Bedeutung beigemessen werden: Zum einen kommt er, da er sich auf den Entwurf bezieht, auf dessen Grundlage die abschließenden Beratungen auf der Wiener Konferenz 1980 stattgefunden haben, einem „offiziellen“ Kommentar zum CISG am Nächsten, zum anderen stand er den Delegierten dieser Konferenz als Hilfsmittel zur Erschließung der Bedeutung der in dem Entwurf niedergelegten Rechtssätze zur Verfügung und nahm – was im übrigen allgemein auf die redaktionelle Arbeit des Sekretariats unter John Honnold und Eric Bergsten zutrifft – erheblichen Einfluss auf deren Willensbildung⁶⁹⁸. Allerdings ist zu beachten, dass der Kommentar vom Rechtsanwender nur unter dem Vorbehalt der Vergleichbarkeit der Regeln des Entwurfs mit den letztlich in die Endfassung eingegangenen Normen herangezogen werden kann.

bb. Wiener Konferenz von 1980

An der Diplomatischen Konferenz vom 10.3. bis 11.4.1980 in Wien nahmen Vertreter von 62 Staaten und acht internationalen Organisationen teil⁶⁹⁹. Diese bestanden aus 22 westlichen, 11 sozialistischen und 29 Drittweltstaaten. In der Schlussabstimmung der Konferenz wurde das CISG in der heute noch gültigen Fassung mit einer Mehrheit von 42 Stimmen zu 10 Enthaltungen verabschiedet⁷⁰⁰, wobei die Enthaltungen nach den Erklärungen der Staatenvertreter weniger Ausdruck einer ablehnenden als vielmehr einer abwartenden Haltung waren⁷⁰¹. Völkerrechtlich ist das UN-Kaufrecht erst am 1. Januar 1988 in Kraft getreten, nachdem am 11. Dezember 1986 die gem.

⁶⁹⁷ Abgedruckt bei Honnold, *Documentary History*, S. 404-456.

⁶⁹⁸ Amüsant dazu Farnsworth, 9 *Cal. W. Int'l L.J.* (1979), S. 461, 468: „While all of us who sit as representatives believe that we are the \"makers\" of this law, they are the ones who put before us the various possible drafts. This usually is done with a tactful note suggesting that you would have to be out of your mind to adopt draft A, that draft B is really not very good, and that you should adopt draft C. This is an art in which they have become very proficient.“

⁶⁹⁹ Genauer: „Sixty-two States were represented at the Conference. One State, one Specialized Agency, six other intergovernmental organizations and one non-governmental organization sent observers to the Conference“, s. *UNCITRAL Yb. XI* (1980), S. 37, Nr. 2; zum Verlauf dieser Konferenz s. Honnold, *Documentary History*, S. 381-765.

⁷⁰⁰ Vgl. Staudinger/Magnus, *Einl. zum CISG*, Rn. 26.

⁷⁰¹ Vgl. Diedrich, *Autonome Auslegung*, S. 127.

Art. 99 Abs. 1 CISG erforderlichen zehn Ratifikations-, Annahme-, Genehmigungs- oder Beitrittsurkunden⁷⁰² beim Generalsekretär der Vereinten Nationen hinterlegt worden waren (Art. 91 Abs. 4 CISG)⁷⁰³. In Deutschland ist das CISG mit dem dazugehörigen Vertragsgesetz nach Ratifikation und Hinterlegung der Ratifikationsurkunde am 1. Januar 1991 in Kraft getreten⁷⁰⁴. Rechtstechnisch folgt das CISG im Gegensatz zu den Haager Kaufrechtsübereinkommen dem Konventionsprinzip („convention intégrale“): Der Text der vereinheitlichten materiellen Normen ist direkt in das internationale Übereinkommen selbst eingearbeitet⁷⁰⁵. Eine solche Gestaltung verfolgt das Ziel, den internationalen Charakter der in der Konvention enthaltenen Regeln gegenüber dem nationalen Recht hervorzuheben⁷⁰⁶.

cc. Relevanz

Mittlerweile gilt das UN-Kaufrecht in 62 Staaten⁷⁰⁷. Seine praktische Relevanz wird an der Zahl der einschlägigen Gerichtsurteile und Schiedssprüche deutlich: Bereits 1995 gab es über 150 Entscheidungen zum UN-Kaufrecht⁷⁰⁸. Im Jahre 2000 belief sich die Zahl der veröffentlichten

⁷⁰² Das CISG bedarf gem. Art. 91 Abs. 2 der Ratifikation, Annahme oder Genehmigung. Diese Begriffe tragen den verschiedenen Verfahren Rechnung, die in den einzelnen Staaten zur Umsetzung völkerrechtlicher Verträge vorgesehen sind, stehen im Ergebnis aber für die gleiche Sache; s. Piltz, Internationales Kaufrecht, § 2, Rn. 3.

⁷⁰³ Vgl. Schlechtriem/Slechtriem, Einleitung, S. 29.

⁷⁰⁴ S. BGBl. 1990 II S. 1477. Gem. Artt. 5 VertragsG, 99 Abs. 3-5 CISG erfolgte zum 1.1.1991 die Kündigung der Haager Abkommen. Zum VertragsG s. Schlechtriem/Slechtriem, VertragsG (ab S. 873).

⁷⁰⁵ Dagegen folgten die Haager Kaufrechtsübereinkommen verfahrenstechnisch dem Vorbild der Genfer Wechsel- und Scheckrechtsübereinkommen: Die Vertragsstaaten verpflichteten sich, die materiellen Regeln von EKG und EAG, welche den völkerrechtlich verpflichtenden Vertragsregelungen lediglich als Annex beigefügt waren, mit Ausnahme der in den Vorbehalten gestatteten Abweichungen unverändert als nationales Gesetz in Kraft treten zu lassen („traité contrat“), vgl. Huber, RabelsZ 43 (1979), S. 413, 416. Eine solche Vorgehensweise führt dazu, dass die internationale Herkunft der betreffenden Regeln z.B. durch eine andere Paragraphenfolge verschleiert werden kann, wodurch die einheitliche Auslegung dieser Normen gefährdet werden kann, vgl. Kropholler, Einheitsrecht, S. 102.

⁷⁰⁶ Dieses Ziel wird freilich nur bedingt erreicht, wenn es das Verfassungsrecht der Mitgliedsstaaten vorsieht, dass zur innerstaatlichen Anwendung eine Transformation in nationales Gesetzesrecht erforderlich ist und durch die Umformung der internationale Charakter der betreffenden Regelungen verdeckt wird, vgl. dazu unten, Fn. 722.

⁷⁰⁷ Stand: Januar 2004; URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>.

⁷⁰⁸ Vgl. Will, The first 150 or so decisions, S. 239 ff.

Entscheidungen auf etwa 600⁷⁰⁹. Einen anschaulichen Überblick über die globale Verbreitung des UN-Kaufrechts gibt die New Yorker Pace Law School im Internet mittels einer laufend aktualisierten Weltkarte, auf der die Mitgliedsstaaten schwarz, die übrigen Staaten weiß eingetragen sind. Ihrer Einschätzung nach teilen die Vertragsstaaten des CISG aktuell über zwei Drittel des Welthandelsvolumens unter sich auf⁷¹⁰. Inhaltlich steht der Kaufvertrag im Zentrum des CISG, also der handelsrechtliche Vertrag „par excellence“⁷¹¹, dessen Abschluss und wesentliche Rechtsfolgen es regelt. Beim Kaufvertrag handelt es sich um den sowohl im nationalen als auch im internationalen Handel wichtigsten und am häufigsten verwendeten Austauschvertrag. Regelungsgegenstand des CISG ist somit das „Herzstück“ der Zivilrechtsordnungen: Aus ihm heraus hat sich das allgemeine Schuldrecht, insbesondere das Leistungsstörungenrecht entwickelt⁷¹². Damit stellt das CISG sowohl hinsichtlich seines Regelungsgegenstandes als auch seiner Verbreitung die bisher wohl bedeutendste privatrechtsvereinheitlichende Konvention dar⁷¹³. Nachdem anfangs die Geltung der Konvention nach Art. 6 CISG beinahe stereotyp abgedungen wurde, ist diesbezüglich mittlerweile eine wachsende Zurückhaltung zu erkennen: Der internationale Handel scheint die Konvention mittlerweile also angenommen zu haben⁷¹⁴.

dd. Rechtsnatur

Die Regeln des CISG sind, wie oben bereits angedeutet, formal in einen multilateralen Staatsvertrag eingebettet („convention intégrale“)⁷¹⁵. Das CISG hat somit eine privatrechtliche und eine völkerrechtliche Seite: Die in Teil 4 (Schlussbestimmungen) enthaltenen Artt. 89-101 CISG gehören zu dem völkerrechtlichen Teil, da unmittelbare Normadressaten die Signatarstaaten in

⁷⁰⁹ Vgl. Will, Bibliography and Case Law, Teil II, S. 1.

⁷¹⁰ S. URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/cisgintro.html>; vgl. auch Schlechtriem/Slechtriem, Einleitung, S. 27.

⁷¹¹ Galgano, Il diritto privato fra codice e costituzione, S. 6.

⁷¹² Vgl. Staudinger/Magnus, Einl. zum CISG, Rn. 2.

⁷¹³ So bereits 1993 die Einschätzung von Karollus, östJBl 1993, S. 23 f.

⁷¹⁴ Vgl. Piltz, INCOTERMS und UN-Kaufrecht, S. 20.

⁷¹⁵ Vgl. oben, Text um Fn. 705.

ihrer hoheitlichen Funktion sind⁷¹⁶. Die eigentlichen zivilrechtlichen Bestimmungen, die sich auf den Abschluss des Warenkaufvertrages und die daraus für die Parteien entstehenden Rechte und Pflichten beziehen, finden sich in Artt. 1-88 CISG. Die Trennung ist deshalb von Bedeutung, da die völkerrechtlichen Bestimmungen des CISG den für völkerrechtliche Verträge geltenden Auslegungsnormen unterstehen (Artt. 31-33 der Wiener Vertragsrechtskonvention⁷¹⁷), während auf die privatrechtlichen Regelungen auch privatrechtliche Auslegungsregeln anzuwenden sind. Zu seiner Auslegung stellt das CISG selbst in Art. 7 Abs. 1 einige Grundsätze auf⁷¹⁸.

Die Lehre des Völkervertragsrechts unterscheidet zwischen unmittelbar oder bloß mittelbar anwendbaren Staatsverträgen, besser bekannt als self-executing- und non-self-executing-Verträge⁷¹⁹. Der non-self-executing-Vertrag begründet Rechte und Pflichten ausschließlich für den jeweiligen vertragsschließenden Staat; bevor einzelne Staatsbürger aus diesem Vertrag Rechte und Pflichten ableiten können, bedarf es deren Umsetzung in nationales Recht. Mit der Ratifizierung eines solchen Vertrages nimmt lediglich der Vertragsstaat die Verpflichtung auf sich, für eine entsprechende Umsetzung Sorge zu tragen. Anders verhält es sich bei den self-executing-Verträgen, zu denen auch das CISG zählt⁷²⁰: Die in den staatsvertraglichen Normen enthaltenen subjektiven Ansprüche entfalten bereits bei Abschluss des Staatsvertrages ipso iure Wirksamkeit und können somit bei Vorliegen der Anwendungsvoraussetzungen von jedermann unmittelbar geltend gemacht werden, der in einem Vertragsstaat vor Gericht tritt⁷²¹. Somit bedarf es bei

⁷¹⁶ Aus diesem Grunde können diese Vorschriften nach h.L. privatautonom weder ausgeschlossen noch modifiziert werden, vgl. Schlechtriem/Ferrari, Vor Artt. 89-101, Rn. 4 m.w.N.

⁷¹⁷ Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge, U.N. Doc. A/CONF.39/27. Die Bundesrepublik Deutschland hat das Übereinkommen am 21. Juli 1987 ratifiziert; in Kraft getreten ist es am 20. August 1987 (BGBl. 1987 II S. 757).

⁷¹⁸ Vgl. zu dieser Unterscheidung Honnold, Uniform Law, Rn. 103; Volken, The Vienna Convention, S. 19, 38 f.; Czerwenka, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, S. 31 ff.

⁷¹⁹ Kropholler, Einheitsrecht, S. 101.

⁷²⁰ Vgl. Volken, Das Wiener Übereinkommen, S. 81, 84; Czerwenka, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, S. 124.

⁷²¹ Vgl. Kropholler, Einheitsrecht, S. 101; Schlechtriem/Ferrari, Vor Artt. 1-6, Rn. 24.

diesen Verträgen grundsätzlich keiner besonderen Umsetzung in nationales Recht⁷²².

2. Zur Anwendung des CISG

a. Anwendungsgrundsätze

Da das CISG innerhalb der Vertragsstaaten unmittelbar anwendbares, objektives Recht ist, kommen die darin enthaltenen Regelungen grundsätzlich bereits dann zur Anwendung, wenn seine objektiven Anwendungsvoraussetzungen erfüllt sind⁷²³. Soweit das CISG Geltung beansprucht, gehen seine Regeln dem unvereinheitlichten nationalen Recht einschließlich dessen IPR als *leges speciales* vor⁷²⁴. Die Abgrenzungsnormen des Teil I dienen demnach als genuine einseitige Kollisionsnormen⁷²⁵ zur Abgrenzung des CISG als nationales Kaufvertragsstatut des betreffenden Vertragsstaates gegenüber anderen Statuten seines eigenen oder eines fremden Sachrechts⁷²⁶. Ihnen kommt somit im Unterschied zu nationalen Kollisionsnormen, die das Zusammentreffen von mehreren, bildlich gesprochen „horizontal“ in einer Ebene liegenden nationalen Sachrechtsordnungen regeln, eine zusätzliche „vertikale“ Komponente zu: Sie dienen der Abgrenzung des unvereinheitlichten internen Kaufrechts vom CISG, welches nicht nur nach der *lex specialis* - Regel, sondern auch durch

⁷²² Allerdings können es das Verfassungsrecht oder die internationale Übung einzelner Staaten vorsehen, dass jedes internationale Übereinkommen, gleich ob *self-executing* oder nicht, zur innerstaatlichen Anwendung einer Transformation in nationales Gesetzesrecht bedarf. Denn nach einem allgemein anerkannten Grundsatz des Völkerrechts steht es jedem Staat frei, darüber zu entscheiden, auf welche Weise er seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen nachkommen will. So wenden insbesondere die Gerichte Großbritanniens oder der skandinavischen Länder nie den Staatsvertrag als solchen an, sondern immer nur die entsprechenden Bestimmungen in Form eines nationalen Gesetzes, vgl. Kropholler, Einheitsrecht, S. 104 f.; Volken, Das Wiener Übereinkommen, S. 81, 85. Die Einordnung als *self-executing*- oder *non-self-executing*-Vertrag stellt mithin eher eine dogmatische Einordnungshilfe der Völkerrechtslehre dar, als dass ihr eine konstitutive Funktion zukommt.

⁷²³ Vgl. Honsell/Siehr, Präambel, Rn. 4; Karollus, *östJBl.* 1993, S. 23, 25.

⁷²⁴ Vgl. Kropholler, Einheitsrecht, S. 190; ders., IPR, S. 94; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 2, Rn. 116; Zweigert/Drobnig, *RabelsZ* 29 (1965), S. 146, 147; Schlechtriem, *Unification*, S. 121, 126. Vgl. wegen des völkerrechtlichen Ursprungs des CISG ferner Art. 3 Abs. 2 S. 1 EGBGB bzw. Art. 21 EVÜ.

⁷²⁵ Zum Begriff vgl. Kropholler, IPR, S. 102.

⁷²⁶ Vgl. Kropholler, Einheitsrecht, S. 190 f.

die in Art. 7 Abs. 1 CISG niedergelegte Zielbestimmung der einheitlichen Auslegung und Anwendung aufgrund einer teleologischen Betrachtungsweise Vorrang genießt⁷²⁷ - und somit gleichsam auf einer höheren funktionalen Ebene angesiedelt ist⁷²⁸.

Das CISG lässt zwei Anwendungsgrundsätze nebeneinander gelten: Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG bestimmt, dass das Übereinkommen jedenfalls dann zur Anwendung kommt, wenn die Parteien ihre Niederlassungen in verschiedenen Vertragsstaaten haben. Man spricht insoweit vom „Grundsatz autonomer Anwendung“, da sich die Anwendbarkeit in diesem Fall unmittelbar aus dem CISG, d.h. ohne Zwischenschaltung nationalen Kollisionsrechts, ergibt⁷²⁹. Den so bestimmten Anwendungsbereich erweitert Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG, indem er bestimmt, dass das CISG auch dann anzuwenden ist, wenn die Regeln des IPR zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaates führen. Dieser Anwendungsgrundsatz wird, da die Anwendung nur mittelbar kraft kollisionsrechtlicher Verweisung auf das Recht eines Vertragsstaates erfolgt, auch als sog. „Vorschaltlösung“ bezeichnet⁷³⁰. Gem. Art. 95 CISG kann jeder Vertragsstaat beim Beitritt zum CISG einen Vorbehalt gegen diese Ausdehnung des Anwendungsbereichs erklären⁷³¹.

Das CISG bedarf also zu seiner Anwendung nicht erst einer Vereinbarung der Parteien. Umgekehrt ist es den Parteien jedoch gem. Art. 6 CISG

⁷²⁷ Vgl. Kropholler, Einheitsrecht, S. 175. Streng genommen braucht nicht einmal Spezialität im technischen Sinne vorzuliegen; durch den allgemeinen Vorrang des CISG findet die Konvention bereits bei übereinstimmenden Tatbeständen Anwendung. Somit geht selbst eine einheitsrechtliche *lex generalis* einer nationalen *lex specialis* vor. Wäre dies nicht so, so könnten die nationalen Gesetzgeber den Konventionszweck der Einheitlichkeit durch die Schaffung einer Vielzahl von Spezialvorschriften auf dem Gebiet des Kaufrechts unterlaufen.

⁷²⁸ Vgl. Enderlein/Maskow/Strobbach/Maskow, vor Art. 1, Bem. 2, der die „vertikale“ Funktion der Normen, die den Anwendungsbereich der Konvention bestimmen, hervorhebt und in ein Gegensatzverhältnis zu den üblichen „horizontalen“ Kollisionsnormen stellt. Kropholler spricht insoweit von der „internationalitätsbestimmenden“ Funktion (in Abgrenzung zur schlicht „kollisionsrechtlichen“ Funktion) der Abgrenzungsnormen, vgl. Kropholler, Einheitsrecht, S. 191.

⁷²⁹ Vgl. Schlechtriem/Ferrari, Art. 1, Rn. 63; Karollus, UN-Kaufrecht, S. 30.

⁷³⁰ Vgl. Karollus, UN-Kaufrecht, S. 30.

⁷³¹ Die Bundesrepublik Deutschland hat von diesem Recht keinen Gebrauch gemacht. Gem. Art. 2 VertragsG ist jedoch der Vorbehalt anderer Staaten zu beachten, wenn das IPR auf das Recht eines solchen Vorbehaltsstaates verweist, vgl. Schlechtriem/Slechtriem, Art. 2 VertragsG, Rn. 1.

unbenommen, die Anwendung des Übereinkommens ganz oder teilweise auszuschließen. Das CISG folgt damit dem Grundsatz des *opting out*⁷³². Die noch unter dem Haager Kaufrecht vorgesehene *opting-in*-Lösung wurde verworfen, weil das Übereinkommen durch eine solche Konstruktion lediglich noch den Charakter Allgemeiner Geschäftsbedingungen hätte. Vorschläge, die auf eine entsprechende Einschränkung des Anwendungsbereichs zielten, wurden aus diesem Grunde abgelehnt⁷³³.

Das CISG regelt in Kapitel I seinen persönlich-räumlichen und sachlichen Anwendungsbereich. Artt. 1-3 CISG bestimmen dabei, ob Verträge dem Übereinkommen unterfallen, während Artt. 4 und 5 CISG festlegen, welche Rechtsfragen dieser Verträge vom CISG erfasst werden, d.h. in welcher „Tiefe“ die Regelung erfolgt. Eine Mittelstellung nimmt Art. 6 CISG ein: Er erlaubt es den Parteien einerseits in Hs. 1, die Anwendung des CISG als Ganzes auszuschließen (hier ist das „ob“ betroffen), andererseits gewährt er den Parteien in Hs. 2 die Freiheit festzulegen, auf welche Sachfragen ihrer Verträge die Konvention Anwendung findet (dies betrifft die „Tiefe“ der Regelung durch das Übereinkommen). Ferrari weist darauf hin, dass diese sachliche Unterscheidung der terminologischen Abgrenzung des Anwendungsbereichs („ob“) vom Regelungsbereich („inwieweit“) entspreche⁷³⁴.

Bezüglich des Anwendungsbereichs des CISG hat sich mittlerweile eine umfangreiche Kasuistik entwickelt. Da diese Arbeit vom Vorliegen der Anwendungsvoraussetzungen des CISG ausgeht, soll hier nur ein grober

⁷³² Zur Parteiautonomie im CISG s. ausführlich unten, Teil II, III.2.a.

⁷³³ Vgl. Czerwenka, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, S. 125.

⁷³⁴ Vgl. Schlechtriem/Ferrari, Art. 4, Rn. 3. Ebenso unterscheidend, aber mit abweichender Terminologie: Czerwenka, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, S. 188 („Anwendungsbereich“/„Geltungsbereich“); Kropholler, Einheitsrecht, S. 189 bzw. 167 („sachlich-räumlicher Anwendungsbereich“/„sachliche Reichweite“); Piltz, Internationales Kaufrecht, § 2, Rn. 15 ff. bzw. 112 ff. („Anwendungsvoraussetzungen“/„rechtlicher Geltungsvorrang“). Für die vorliegende Arbeit ist die Unterscheidung schon deshalb von großer Bedeutung, da, wie dem Titel unschwer zu entnehmen ist, die Anwendbarkeit des CISG vorausgesetzt wird, wohingegen die Frage, inwieweit dieses - ggf. im Zusammenspiel mit der *lex mercatoria* - für konkrete Rechtsfragen Regelungen bereitstellt, zu einer Reihe von Abgrenzungsproblemen führt.

Überblick gegeben werden. Bezüglich Einzelfragen sei daher an dieser Stelle auf die einschlägige Kommentarliteratur verwiesen⁷³⁵.

b. Räumlich-persönlicher Anwendungsbereich

Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit des CISG ist, dass ein internationaler Kaufvertrag vorliegt.

Für die Internationalität dieses Vertrages kommt es nicht auf die Staatsangehörigkeit der Parteien an⁷³⁶, sondern auf die gewerbliche Niederlassung oder - in Ermangelung einer solchen - auf den gewöhnlichen Aufenthalt der Vertragsschließenden⁷³⁷. Sie ist gem. Art. 1 Abs. 1 CISG gegeben, wenn die Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses⁷³⁸ ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben und entweder a) diese Staaten Vertragsstaaten der Konvention sind oder b) das in concreto anwendbare IPR zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaates führt. Der Begriff der Niederlassung wird im UN-Kaufrecht nicht definiert, wird jedoch in zahlreichen Vorschriften wie etwa Art. 10 CISG vorausgesetzt⁷³⁹. Anerkannte Kriterien für eine Niederlassung sind jedoch ihre Stabilität sowie das Vorhandensein einer gewissen Selbstständigkeit, so dass man „Niederlassung“ i.S. des CISG definieren kann als den „Ort, von dem die selbständige, auf Dauer angelegte Teilnahme am Wirtschaftsverkehr erfolgt“⁷⁴⁰. Hat eine Partei mehr als eine Niederlassung, so ist gem. Art. 10 lit. a CISG die Niederlassung maßgebend, die unter Berücksichtigung der den Parteien vor oder bei Vertragsabschluss bekannten oder von ihnen in Betracht gezogenen Umstände die engste Beziehung zu dem Vertrag und zu seiner Erfüllung hat. Anhand welcher Merkmale die engste Beziehung zu bestimmen

⁷³⁵ Besonders umfangreich behandelt bei Schlechtriem/Ferrari, Artt. 1-3; Staudinger/Magnus, Artt. 1-3. Vgl. ferner Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 24 ff.; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 2, Rn. 15 ff.

⁷³⁶ Dies wird in Art. 1 Abs. 3 CISG ausdrücklich festgelegt.

⁷³⁷ Vgl. Siehr, RabelsZ 52 (1988), S. 587, 590.

⁷³⁸ Vgl. Schlechtriem/Ferrari, Art. 1, Rn. 40.

⁷³⁹ Vgl. Schlechtriem/Ferrari, Art. 10, Rn. 2.

⁷⁴⁰ Schlechtriem/Ferrari, Art. 1, Rn. 46.

ist, überlässt das CISG der Beurteilung des Rechtsanwenders im konkreten Einzelfall.

Den durch den Verzicht auf objektive Internationalitätserfordernisse⁷⁴¹ weiten räumlichen Anwendungsbereich schränkt Art. 1 Abs. 2 CISG wieder ein, indem er festlegt, dass die Internationalität des Vertrages für jede Vertragspartei erkennbar gewesen sein muss⁷⁴². Eine positive Kenntnis der Verschiedenheit der Niederlassungen ist dagegen nicht notwendig. Bezüglich der Internationalität wird wie in Abs. 1 auf den Umstand der Niederlassungen der Vertragsparteien in verschiedenen Vertragsstaaten abgestellt. Nicht beachtlich ist daher, ob eine Vertragspartei wusste oder hätte wissen müssen, dass es sich bei den betroffenen Staaten um Vertragsstaaten handelt. Ist die Internationalität nicht erkennbar, ist das Übereinkommen nicht anzuwenden; dies gilt sowohl für die „autonome“ Anwendbarkeit nach Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG als auch für die „Vorschaltlösung“ über das IPR des Forumstaates gem. Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG⁷⁴³.

Weitere persönliche Anwendungsvoraussetzungen sind im CISG nicht enthalten, insbesondere spielt es gem. Art. 1 Abs. 3 CISG keine Rolle, ob die Vertragsparteien Kaufleute sind oder nicht. Der Ausschluss von Konsumentenkäufen aus dem Anwendungsbereich des CISG gem. Art. 2 lit. a CISG ergibt sich nicht aus dem Status der Vertragsparteien, sondern auf Grundlage des Verwendungszwecks der Ware. Er betrifft somit den sachlichen und nicht den persönlichen Anwendungsbereich.

c. Sachlicher Anwendungsbereich

Das CISG definiert seinen sachlichen Anwendungsbereich zunächst positiv durch Angabe des Regelungsgegenstandes „Kaufverträge über Waren“ (Art. 1 Abs. 1 CISG) sowie bestimmter Werklieferungsverträge (Art. 3 Abs. 1

⁷⁴¹ Beim Haager Kaufrecht waren demgegenüber noch das Element eines grenzüberschreitenden Transports der Ware, eines Vertragsschlusses über die Grenze hinweg oder des Auseinanderfallens der Staaten des Vertragsabschlusses und der Lieferung erforderlich, s. Art. 1 lit. a-c EKG.

⁷⁴² Vgl. Schlechtriem/Ferrari, Art. 1, Rn. 48.

⁷⁴³ Vgl. Siehr, *RabelsZ* 52 (1988), S. 587, 591 f.

CISG). Diese Begriffe sind im UN-Kaufrecht nicht ausdrücklich definiert. Eine Definition des Kaufvertrages lässt sich jedoch aus der sich aus Artt. 30 und 53 CISG ergebenden Pflichtenstruktur von Käufer und Verkäufer ableiten. Danach ist Kaufvertrag i.S. des CISG ein Vertrag, der eine Partei - den Verkäufer - zur Lieferung der Ware, zur Verschaffung des Eigentums und ggf. zur Verschaffung der die Ware betreffenden Urkunden, und die andere Partei - den Käufer - zur Abnahme der Ware und Zahlung des vereinbarten Kaufpreises verpflichtet. Sog. „Kompensationsgeschäfte“, also Tauschverträge, fallen mithin nicht in den Anwendungsbereich des CISG. Unter „Waren“ sind nach allgemeiner Ansicht bewegliche Sachen, also körperliche⁷⁴⁴ Gegenstände zu verstehen⁷⁴⁵.

Negativ engt Art. 2 CISG den sachlichen Anwendungsbereich der Konvention durch den Ausschluss einer Reihe von Veräußerungsgeschäften wieder ein. Selbst wenn also ein Vertrag seinem Gegenstande nach „an sich“ in den Anwendungsbereich des CISG fiele, nimmt Art. 2 CISG die dort abschließend aufgezählten Gegenstände aus verschiedenen, zumeist rechtspolitischen Gründen, von seiner Anwendung aus⁷⁴⁶. Die wichtigste Ausnahme ist der in Art. 2 lit. a CISG geregelte Konsumentenkau⁷⁴⁷, die Überschneidungen und Konkurrenzen zu nationalem Verbraucherschutzrecht vermeiden soll⁷⁴⁸. Die weiteren Ausnahmen erfolgen aufgrund zweier verschiedener Kriterien, nämlich zum einen der Art und Weise des Zustandekommens des Vertrages (lit. b und c), und zum anderen der Art der Kaufsache (lit. d, e und f).

⁷⁴⁴ Das Erfordernis der Körperlichkeit wird für den Fall standardisierter (Art. 3 II !) Computersoftware bisweilen in Frage gestellt, vgl. Lindbach, Rechtswahl im Einheitsrecht, S. 118; da sich diese jedoch zumeist auf einem Datenträger befindet, dürfte sie in der Regel ohnehin erfasst sein.

⁷⁴⁵ S. dazu ausführlich und mit weiteren Einzelheiten Piltz, Internationales Kaufrecht, § 2, Rn. 46 ff.; Schlechtriem/Ferrari, Art. 1, Rn. 34 ff.

⁷⁴⁶ Vgl. Schlechtriem/Ferrari, Art. 2, Rn. 5; Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 30.

⁷⁴⁷ Der Ausschluss von Konsumentenkäufen aus dem Anwendungsbereich des CISG hängt gem. Art. 2 lit. a CISG von dem Verwendungszweck der Ware ab. Daraus ergibt sich, dass der Kauf von Konsumgütern nicht notwendig zum Ausschluss des Übereinkommens führt (etwa wenn diese Waren zum Weiterverkauf bestimmt sind). Zudem betrifft der Ausschluss nur den privaten Kauf, nicht aber den privaten Verkauf, vgl. Karollus, UN-Kaufrecht, S. 26: „Verkäufe von Privaten (zB Verkauf eines Gebrauchtwagens an einen Händler) fallen nicht unter den Ausnahmetatbestand“

⁷⁴⁸ Vgl. Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 29.

d. Zeitlicher Anwendungsbereich

Die Regeln über den zeitlichen Anwendungsbereich finden sich nicht im ersten Kapitel, sondern in den Schlussbestimmungen der Konvention. Artt. 99 und 101 CISG regeln dabei Inkrafttreten und Kündigung des Abkommens, also dessen völkerrechtliche Verbindlichkeit, während Art. 100 CISG den Zeitpunkt bestimmt, von dem an die Bestimmungen des CISG auf die einzelnen Warenkaufverträge Anwendung finden, mithin also die innerstaatliche Verbindlichkeit betrifft⁷⁴⁹.

e. Regelungsbereich - Überblick

Fällt ein Kaufvertrag nach den vorstehenden Voraussetzungen in den Anwendungsbereich des CISG, so hält das Übereinkommen dennoch nicht für alle einschlägigen Rechtsfragen eine Lösung bereit. Es stellt sich mithin die Frage nach seinem Regelungsbereich⁷⁵⁰. Das CISG bestimmt seinem Wortlaut zufolge⁷⁵¹ seinen Regelungsbereich in Teil I selbst. Es beschränkt sich dabei nach Art. 4 S. 1 CISG auf die Regelung des formellen Zustandekommens des Kaufvertrages (des sog. „äußeren Konsenses“⁷⁵²) sowie auf die daraus entstehenden Rechte und Pflichten der Kaufvertragsparteien⁷⁵³. Der Bestimmung des Regelungsbereichs kommt bei der Anwendung des CISG grundlegende Bedeutung zu, denn für darüber hinausgehende, im Rahmen des internationalen Warenkaufs regelungsbedürftige Materien wollte man entweder keine einheitliche Regelung schaffen oder es stellte sich heraus, dass ein Konsens für den betreffenden Punkt nicht erzielt werden konnte⁷⁵⁴. Seinem Wortlaut nach schließt Art. 4 S. 1 CISG darüber hinaus negativ alle über „den Abschluss des Kaufvertrages und die aus ihm erwachsenden Rechte und Pflichten des Verkäufers und des Käufers“ hinausgehenden Bereiche aus („regelt ausschließlich“). Dass die in S. 1 getroffene Aufzählung dennoch

⁷⁴⁹ Zum zeitlichen Anwendungsbereich s. Piltz, Internationales Kaufrecht, § 2, Rn. 102 ff.

⁷⁵⁰ Vgl. zur Unterscheidung zwischen Anwendungs- und Regelungsbereich bereits oben, Fn. 734.

⁷⁵¹ Siehe aber unten, Teil II, III.1.

⁷⁵² Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 33; Schlechtriem/Ferrari, Art. 4, Rn. 9.

⁷⁵³ Vgl. Czerwenka, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, S. 164 ff.

⁷⁵⁴ Ausführlicher unten, Teil II, II.3.d.bb.

nicht abschließend sein kann, lässt sich unschwer den Vorschriften des Übereinkommens entnehmen, die ausdrückliche Regelungen für in Art. 4 S. 1 CISG nicht aufgeführte Bereiche beinhalten⁷⁵⁵. Art. 4 S. 1 CISG beschreibt mithin den Kern der durch die Konvention beabsichtigten Rechtsvereinheitlichung; auf sie sollte sich ihre Geltung nach Ansicht ihrer Verfasser zweifelsfrei erstrecken⁷⁵⁶.

Für besonders sensible Bereiche, in denen nationale Rechtsordnungen sich in der Regel zum Erlass zwingender Normen zur Regelung dieser Sachbereiche veranlasst sehen, hat das CISG seine Anwendung dagegen ausdrücklich ausgeschlossen: Betroffen sind gem. Art. 4 S. 2 CISG einerseits „die Gültigkeit des Vertrages oder einzelner Vertragsbestimmungen oder die Gültigkeit von Gebräuchen“ sowie andererseits „die Wirkungen, die der Vertrag auf das Eigentum an der verkauften Ware haben kann“⁷⁵⁷. Auch diese Aufzählung ist nicht abschließend, sondern beispielhaft („insbesondere“)⁷⁵⁸. Ferner bestimmt Art. 5 CISG, dass auch die Produkthaftpflicht wegen Personenschäden dem Regelungsbereich des CISG entzogen ist, und schließlich ordnet Art. 28 CISG in bestimmten Fällen den Ausschluss der Verpflichtung zur Realexekution an. Diese Bereiche, also die Lücken des CISG, die außerhalb des Regelungsbereichs stehen, werden durch das nach den Regeln des IPR berufene nationale Recht geschlossen (Lückenfüllungsstatut). Dies ergibt sich unmittelbar aus Art. 7 Abs. 2 CISG, der den Rückgriff auf das Kollisionsrecht anordnet, wenn die Konvention selbst keine einschlägigen Bestimmungen enthält und ihr auch keine allgemeinen Grundsätze zugrunde liegen, aus denen sich eine Lösung ableiten

⁷⁵⁵ Beispiele sind Art. 8 CISG, der Fragen der Vertragsauslegung betrifft; ferner Art. 29 CISG, der die Vertragsaufhebung bzw. -änderung zum Gegenstand hat, vgl. zu Art. 29 CISG Schlechtriem, AJP 1992, S. 339, 351.

⁷⁵⁶ Staudinger/Magnus, Art. 4, Rn. 2. Ausführlicher dazu unten, Teil II, III.1.

⁷⁵⁷ Für Einzelheiten zu den durch Art. 4 S. 2 CISG ausdrücklich ausgeschlossenen Rechtsfragen s. Schlechtriem/Ferrari, Art. 4, Rn. 12 ff., ferner Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 34 ff.

⁷⁵⁸ Teilaspekte der Gültigkeits- und Eigentumsproblematik sind in der Konvention behandelt, so in Artt. 11, 41, 42 CISG, vgl. Sekretariatskommentar, Art. 4, Bem. 2 f. Auch Artt. 68 S. 3 und Art. 79 Abs. 1 CISG enthalten indirekt eine Regelung über die Gültigkeit, indem sie zum Ausdruck bringen, dass das CISG - anders als vielen nationale Rechtsordnungen, vgl. nur § 306 BGB a.F. - von der Gültigkeit eines Vertrages ausgeht, der sich auf eine anfänglich unmögliche Leistung bezieht.

ließe. Da die genannten Ausnahmen vom Regelungsbereich nicht abschließend sind, ist letztlich für jedes auftretende Problem gesondert zu prüfen, ob es von dem durch eine positive Bestandsaufnahme zu bestimmenden Regelungsbereich des CISG erfasst ist oder nicht. Nach welchen Kriterien diese Bestandsaufnahme zu erfolgen hat, wird im Zusammenhang mit der Erörterung des Verhältnisses von CISG und nationalem Recht noch genauer darzulegen sein⁷⁵⁹.

3. Charakterisierung des UN-Kaufrechts: Der einheitsrechtliche Beitrag zur Symbiose

a. Das CISG als internationales Einheitsrecht

Wie der historische Kurzüberblick gezeigt hat, ist das CISG das Ergebnis einer mehr als fünfzig Jahre andauernden Entwicklung, innerhalb derer sich zwar die Rahmenbedingungen und Bedürfnisse des Handels gewandelt haben, die aber dennoch auf den in den einzelnen Phasen gesammelten und insbesondere aus dem Scheitern der Haager Kaufgesetze gewonnenen Erfahrungen aufbaut. Das Ziel dieser Entwicklung war die inhaltliche Vereinheitlichung des auf internationale Warenkäufe anwendbaren materiellen Rechts. Mit dieser Zielsetzung erfüllt das CISG die Voraussetzungen internationalen Einheitsrechts, verstanden als diejenigen privatrechtlichen Rechtssätze, die in wenigstens zwei Staaten gleichlautend gelten und ihrem Sinn und Zweck nach auch so gelten sollen⁷⁶⁰. Die Einheitlichkeit darf somit nicht allein Resultat zufälliger⁷⁶¹ Übereinstimmung sein, sondern ihr kommt im Einheitsrecht ein eigenständiger Rechtszweck zu. Dieser besondere Rechtszweck wird für das CISG in Abs. 3 der Präambel ausdrücklich hervorgehoben und kommt auch in beiden Absätzen des Art. 7 CISG deutlich zum Ausdruck⁷⁶².

⁷⁵⁹ S. unten, unten, Teil II, III.1.

⁷⁶⁰ Vgl. Kropholler, Einheitsrecht, S. 1.

⁷⁶¹ Rechtsgleichheit aufgrund vergleichbarer gesetzgeberischer Rahmenbedingungen historischer, sozialer oder wirtschaftlicher Art fällt somit nicht in den Bereich internationalen Einheitsrechts, da das gesetzgeberische Handeln auch in diesen Konstellationen allein dem Zweck nationaler Problembewältigung dient. Vgl. auch Kropholler, Einheitsrecht, S. 2.

⁷⁶² S. zur Präambel bereits oben, Einleitung, IV; zu Art. 7 CISG unten, Teil II, III.2.c.

b. Terminologische Abgrenzung zur lex mercatoria: Ist die lex mercatoria internationales Einheitsrecht?

Das auf völkerrechtlichen Konventionen beruhende oder - selten - aufgrund internationaler Empfehlungen oder Mustergesetze staatlich gesetzte Einheitsrecht sollte terminologisch genauer als „legislatorisches Einheitsrecht“⁷⁶³ gekennzeichnet werden. Denn auch dem großen Bereich des auf nichtstaatlicher Ebene vereinheitlichten, „faktischen“ Einheitsrechts *lex mercatoria* liegt in weiten Bereichen der Rechtszweck „Einheitlichkeit“ zugrunde⁷⁶⁴. Aufgrund des informellen Charakters und des weitgehend spontanen Ursprungs dieser Rechtsmasse ist dort eine Abgrenzung zwischen zufälliger und mit eigenem Rechtszweck behafteter Einheitlichkeit jedoch mit großen Unsicherheiten behaftet. Zudem kann mit der zunehmenden Verfestigung und Verbreitung ursprünglich spontanen Rechts aus der Sicht des Rechtsanwenders der Einheitlichkeit dieser Regeln nachträglich durchaus ein besonderer Zweck zukommen - oder umgekehrt die zum Zweck der Überwindung nationaler Differenzen und somit zum Zwecke der Einheitlichkeit vorgenommene Anwendung dieser Regeln zu der Verbreitung und Verfestigung beitragen. Die Weite und Unbestimmtheit der o.g. Definition des internationalen Einheitsrechts lässt sowohl die Einbeziehung dieser Rechtssätze in den Bereich des internationalen Einheitsrechts als auch deren Ablehnung zu, weil sie nicht festlegt, ob der Rechtszweck der Einheitlichkeit bereits die Entstehung der betreffenden Regeln motiviert haben muss oder ob es ausreicht, dass dieser bei der Anwendung derselben im Vordergrund steht. Aus dem Blickwinkel der vorliegenden Untersuchung erscheint eine pauschale Einordnung der *lex mercatoria* ohnehin nicht möglich, da sich - wie das Ergebnis des ersten Teils zeigt - eine rechtsquellenindifferente Behandlung einer *lex mercatoria* „als Ganzes“ als rechtsdogmatisch äußerst zweifelhaft und rechtstatsächlich wenig relevant erwiesen hat⁷⁶⁵. Um mit ihm sinnvoll operieren zu können, sollte man den Begriff des Einheitsrechts mithin dahingehend präzisieren, dass man stets

⁷⁶³ Vgl. zum Begriff Mertens, *RabelsZ* 56 (1992), S. 219, 220 ff.

⁷⁶⁴ Vgl. Philipps, *Erscheinungsformen*, S. 31.

⁷⁶⁵ S. oben, Teil I, V.3.

klarstellt, ob gerade von legislatorischem oder nicht-legislatorischem Einheitsrecht die Rede ist.

c. Die abstrakte Überlegenheit des CISG gegenüber unvereinlichem nationalen Recht und der lex mercatoria

Sowohl gegenüber dem IPR-System mit seinen durch die Zwangsnationalisierung internationaler Sachverhalte begründeten Problemen als auch gegenüber der lex mercatoria, die, wie gesehen, mit erheblichen Legitimationsschwierigkeiten zu kämpfen hat, bietet das CISG als legislatorisches internationales Einheitsrecht gerade im Hinblick auf die besonderen Bedürfnisse des internationalen Handels eine Reihe von Vorzügen. Die Betrachtung beschränkt sich auf praktische Aspekte aus der Sicht des Rechtsanwenders; rechts- und wirtschaftspolitische Betrachtungen wie beispielsweise das zweifellos vorhandene wirtschaftliche Integrationspotential des CISG bleiben außen vor⁷⁶⁶.

aa. Materielle Adäquanz

Materiell kommt das CISG trotz seines begrenzten Anwendungs- und Regelungsbereichs den Bedürfnissen des internationalen Handels in wesentlichen Punkten entgegen: Das Übereinkommen enthält neben einigen in Teil I (Artt. 1-13) enthaltenen allgemeinen Regeln (Auslegung, Form, Geltung von Handelsbräuchen) sowohl die Regelungen für den Abschluss von Kaufverträgen (Teil II, Artt. 14-24) als auch für die daraus entstehenden vertraglichen Rechte und Pflichten der Parteien einschließlich der mit ihrer Verletzung einhergehenden Rechtsfolgen (Teil III, Artt. 25-88). Ein in den Anwendungsbereich des CISG fallender Vertrag erfährt somit für die wesentlichen Fragen eine in jedem Mitgliedsstaat gleiche Rechtsgrundlage, die in einem einheitlichen Vertragstext fixiert ist. Der unbestrittenen Tatsache, dass allein ein einheitlicher Konventionstext die Rechtseinheit faktisch nicht bereitzustellen vermag, wenn die Rechtsanwendung in den einzelnen Vertragsstaaten für ein- und denselben Fall zu unterschiedlichen Ergebnissen

⁷⁶⁶ S. dazu Diedrich, Autonome Auslegung, S. 27 ff.

gelangen würde⁷⁶⁷, versucht das CISG Rechnung zu tragen, indem es in Art. 7 einheitliche Auslegungs- und Lückenfüllungsrichtlinien vorgibt⁷⁶⁸.

Das CISG enthält keine bewusst käufer- oder verkäuferfreundlichen Regelungen, sondern hat vielmehr eine ausgewogene Verteilung der Rechte und Pflichten angestrebt und durch seinen jahrzehntelangen Entwicklungs- und Reifeprozess wohl auch erreicht⁷⁶⁹. Durch seinen Zuschnitt auf die Internationalität des Vertrages sowohl in Hinblick auf seinen Abschluss als auch seine Durchführung entfällt die eingangs angedeutete, mit der Anwendung nationalen Rechts auf internationale Sachverhalte verbundene Gefahr der materiellen Inadäquanz des Sachrechts weitgehend⁷⁷⁰. Besondere nationale Rechtsinstitute, die wie die bereits erwähnte consideration rule nur begrenzt Verbreitung gefunden haben, wurden aus den Regelungen ausgespart⁷⁷¹. Wie bereits zur Entstehungsgeschichte des CISG hervorgehoben, bedeutet das Übereinkommen auch insofern eine Weiterentwicklung der Haager Kaufgesetze, als in ihm die Bemühungen um die Schaffung einfacher, anwenderfreundlicher Regeln, weitestgehend befreit von „dogmatischem Ballast“, zum Ausdruck kommen⁷⁷². Des Weiteren erscheint das CISG für die eingangs angesprochenen Verträge Privater mit Staaten oder staatsnahen Unternehmen als geeigneter Regelungsrahmen, da einerseits der staatlichen Seite keine Zugeständnisse durch die Anwendung einer ausländischen Rechtsordnung abverlangt werden, andererseits aber der private Vertragspartner vor staatlicher Einflussnahme auf das rechtliche Umfeld des Vertrages geschützt ist.

⁷⁶⁷ Allgemeine Ansicht, vgl. nur Staudinger/Magnus, Einl. zum CISG, Rn. 8; Schlechtriem, Unification, S. 121.

⁷⁶⁸ Ausführlich dazu s. unten, Teil II, III.2.c.

⁷⁶⁹ Vgl. Staudinger/Magnus, Einl. zum CISG, Rn. 8 und 38; Kappus, Lex mercatoria, S. 179.

⁷⁷⁰ Vgl. oben, Teil I, II.3.b. Vgl. ferner die Beispiele bei Audit, The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria, S. 173, 180 ff., die sich mit dem Vertragsschluss, dem Risiko fehlgeschlagener oder fehlerhafter Übermittlung von Erklärungen und Mitteilungen, der Gefahrtragung für Beschädigung oder Untergang der Ware sowie dem Grundsatz des favor contractus auseinandersetzen.

⁷⁷¹ Vgl. Audit, The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria, S. 173, 179 f.; zur consideration rule s. auch oben, Fn. 155.

⁷⁷² Vgl. Audit, The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria, S. 173, 178; ferner oben, Fn. 694.

bb. Rechtssicherheit

Wie im ersten Teil deutlich wurde, hat die *lex mercatoria* mit erheblichen Legitimationsschwierigkeiten zu kämpfen. Dieses Legitimationsdefizit ist dem CISG fremd. Wie bereits oben dargelegt wurde, sind die im CISG enthaltenen Regeln unmittelbar anwendbares, objektives Recht⁷⁷³. Als staatlich gesetztes Einheitsrecht fördert das CISG somit die Rechtssicherheit, indem es im Rahmen seines Anwendungs- und Regelungsbereichs vollständige Gewissheit über den materiellrechtlichen Regelungsrahmen des konkreten Vertrages gewährt. Nach dem Grundsatz des „opting out“⁷⁷⁴ bedarf es als unmittelbar geltendes staatliches Recht zu seiner Anwendung subjektiv weder einer ausdrücklichen noch konkludenten Rechtswahl durch die Parteien. Der Regelungsumfang des CISG, flankiert durch konventionsinterne Mechanismen zur einheitlichen Auslegung und Lückenfüllung sowie die zum Grundprinzip des Übereinkommens erhobene Möglichkeit einzelvertraglicher Gestaltung sowohl der geregelten als auch der nicht geregelten Bereiche lässt die mit erheblichen Unsicherheiten behaftete IPR-Prüfung in weiten Bereichen bedeutungslos werden - und mit ihr die eingangs dargestellten, mit der Lokalisierung des internationalen Sachverhalts in einer nationalen Rechtsordnung einhergehenden Folgeprobleme⁷⁷⁵.

cc. Sprache

Die Nähe der Konvention zu ihren Adressaten äußert sich auch in der übersichtlichen Gliederung und der verwendeten Ausdrucksweise, die, anstatt sich national etablierter Rechtsbegriffe zu bedienen, vor allem an tatsächliche Gegebenheiten anknüpft und somit auch dem juristisch ungeschulten Anwender einen erleichterten Zugang zu den für ihn maßgeblichen Regeln verschafft. Zudem steht sie in mehreren gleichermaßen authentischen Vertragssprachen zur Verfügung und ihr Text wurde in die Landessprache

⁷⁷³ S. oben, II.1.c.dd.

⁷⁷⁴ Vgl. oben, Text um Fn. 732.

⁷⁷⁵ Vgl. oben, Teil I, II.3; ferner Audit, *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*, S. 173, 187. Dies wurde bereits während der Vorarbeiten zum CISG zu den Hauptzielen der Konvention gezählt, vgl. Sekretariatskommentar, Art. 1, Bem. 4 (2): „[...]the Convention will serve its three major purposes: (1) to reduce the search for a forum with the most favourable law; (2) to reduce the necessity of resorting to rules of private international law; (3) to provide a modern law of sales appropriate for transactions of an international character“.

eines jeden Vertragsstaates übersetzt⁷⁷⁶. Die sprachliche Erleichterung des Zugangs zu der gesetzlichen Grundlage ihres Vertrages gibt den Parteien Sicherheit über die gesetzliche Risikoverteilung und schafft somit eine sichere Basis sowohl für die Vertragsverhandlungen und die Vertragsdurchführung als auch für außergerichtliche Streitschlichtungsversuche. Durch das Bemühen um einen Verzicht auf die Verwendung solcher Begriffe, die in einzelnen nationalen Rechtsordnungen bereits mit einem feststehenden Bedeutungsgehalt verbunden sind, haben die Verfasser der Konvention nicht nur dem internationalen Ursprung des CISG Ausdruck verliehen, sondern im Hinblick auf die einheitliche Interpretation und Anwendung auch die Gefahr von Missverständnissen aufgrund der berühmten *faux amis* signifikant reduziert⁷⁷⁷.

dd. Ergebnis

Das CISG vereint die dargestellten Vorzüge in einer einzigen, einfach strukturierten Konvention. Es handelt sich - was sich bereits an der Anzahl der Vertragsstaaten ablesen lässt - um ein beinahe weltweit als gelungener Kompromiss akzeptiertes Recht⁷⁷⁸. Es leistet einen Beitrag zur Zweckmäßigkeit, indem es neutrale und leicht zugängliche Regeln bereitstellt, die auf die besonderen Bedürfnisse des internationalen Handels zugeschnitten sind. Es dient der Gerechtigkeit, indem es jeder Partei des internationalen Kaufvertrages eine neutrale, für alle Beteiligten gleichermaßen zugängliche Regelung zur Verfügung stellt und weder das Recht des Käufers noch das Recht des Verkäufers den Vertrag dominieren⁷⁷⁹. Schließlich dient es der Rechtssicherheit, denn es lässt die mit der durch die Zwangsnationalisierung internationaler Sachverhalte einhergehenden Komplikationen des

⁷⁷⁶ Authentische Fassungen des CISG existieren in den sechs Amtssprachen der UNO, also auf Arabisch, Chinesisch, Englisch, Französisch, Russisch und Spanisch.

⁷⁷⁷ Honnold, *Uniform Law*, Rn. 87 spricht insofern von „plain language“. Anschaulich über die Gefahren, die aus der Verwendung von vermeintlich vertrauten Termini resultieren Rogers, *Beware of Faux Amis*, S. 29 ff. Genauer zur grammatikalischen Auslegung des CISG s. unten, Text um Fn. 992.

⁷⁷⁸ S. oben, Fn. 707.

⁷⁷⁹ Zu der Kritik an der Gleichsetzung von Einheitlichkeit und Gerechtigkeit s. bereits oben, Teil I, II.2.f.

Kollisionsrechts entfallen⁷⁸⁰. Gleichzeitig sind ihm Legitimationsdefizite à la *lex mercatoria*, die ja ebenfalls eine Überwindung der mit der Zwangsnationalisierung internationaler Sachverhalte einhergehenden Probleme anstrebt, fremd. Damit bietet das CISG, soweit es nicht ohnehin gem. Art. 1 Abs. 1 CISG anwendbar ist, den Parteien eines internationalen Vertrages auch als durch Rechtswahl zugängliches Vertragsstatut⁷⁸¹ einen adäquaten, interessengerechten Kompromiss an, der ihren besonderen Anforderungen Rechnung trägt.

d. Grenzen des CISG

aa. Technische Grenzen legislatorischer Rechtsvereinheitlichung am Beispiel des CISG

Was oben allgemein zur Kritik an der legislatorischen Rechtsvereinheitlichung gesagt wurde⁷⁸², gilt naturgemäß auch für das CISG. Gerade für die Schwierigkeiten bei der Ergänzung oder Aktualisierung von Konventionstexten und damit für die Gefahr einer juristischen „Versteinerung“⁷⁸³ ist das CISG ein besonders prägnantes Beispiel. Schon die große Zahl der an der Schaffung der Konvention beteiligten Staaten und Organisationen macht den immensen Aufwand anschaulich, den solch ein Unterfangen mit sich bringen würde⁷⁸⁴. Ein verfahrensrechtliches Instrumentarium zu seiner späteren Überprüfung oder Modernisierung sieht das CISG nicht vor - ein Wesensmerkmal, das das Abkommen mit anderen völkerrechtlichen Konventionen teilt⁷⁸⁵. In Ermangelung eines solchen Instrumentariums sind Veränderungen nur dann möglich, wenn sowohl über ihre Erforderlichkeit als auch über die Art und Weise ihrer Durchführung ein

⁷⁸⁰ Vgl. Huber, *RabelsZ* 43 (1979), S. 413, 518.

⁷⁸¹ Vgl. dazu Schlechtriem/Ferrari, Art. 6, Rn. 39.

⁷⁸² S. oben, Teil I, II.4.a.aa(3).

⁷⁸³ Zur Herkunft des Ausdrucks vgl. bereits oben, Fn. 187.

⁷⁸⁴ Anschaulich dazu Farnsworth, 9 *Cal. W. Int'l L.J.* (1979), S. 461, 467; vgl. auch Audit, *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*, S. 173, 186.

⁷⁸⁵ Vgl. Neuhaus/Kropholler, *RabelsZ* 45 (1981), S. 73, 80 f.; ferner Behrens, *RabelsZ* 50 (1986), S. 19, 29 f., der Verfahren vorschlägt, die die Anpassung an veränderte Verhältnisse zu ermöglichen sollen.

Konsens aller beteiligten Kreise erzielt wird, denn die Einzelstaaten verlieren mit dem Abschluss eines internationalen Übereinkommens die Befugnis, von diesem Einheitsrecht abweichendes Recht zu setzen und geben so die Möglichkeit autonomer Rechtsentwicklung für den vereinheitlichten Bereich auf⁷⁸⁶. Seine „legislatorische Freiheit“ kann ein Vertragsstaat des CISG lediglich dadurch zurückerlangen, dass er das Abkommen kündigt⁷⁸⁷; selbst die in den Haager Kaufgesetzen noch vorgesehene Möglichkeit der Einberufung einer Revisionskonferenz ist im CISG nicht vorgesehen⁷⁸⁸. In Bezug auf Revisionen seines Inhalts erweist sich das CISG also bereits aus organisatorisch-technischen Gründen als äußerst schwerfällig.

bb. Kompromisscharakter durch das Ziel rechtskreisübergreifender Verbreitung

Die große Zahl beteiligter Staaten und Organisationen prägt sowohl Regelungsumfang als auch Regelungsinhalt des CISG. Sein Regelungsgegenstand, der internationale Warenkauf, bringt es mit sich, dass nicht nur die Grenzen von Staaten, sondern auch die von Ideologien und Rechtskreisen überschritten werden. Die Hindernisse, auf die die Vereinheitlichung materiellen Rechts stößt, sind somit nicht nur technischer Natur, sondern betreffen auch grundlegende politische Fragen. Die Vielfalt der beteiligten Rechtskulturen mit ihren sozialen, rechts- und wirtschaftspolitischen sowie weltanschaulichen Gegensätzen erschwert in vielen Bereichen erheblich das Auffinden konsensfähiger Lösungen und -seltener⁷⁸⁹ - das Formulieren allseits annehmbarer Normen⁷⁹⁰. Die Notwendigkeit, Kompromisse auch mit Staaten zu schließen, die unter

⁷⁸⁶ Vgl. Kötz, *RabelsZ* 50 (1986), S. 1, 10 f.; Stoll, FS Ferid, S. 495, 496; Kropholler, *Einheitsrecht*, S. 94, Honnold, *Uniform Law*, Rn. 2.

⁷⁸⁷ Vgl. Kropholler, *Einheitsrecht*, S. 97.

⁷⁸⁸ Vgl. Behrens, *RabelsZ* 50 (1986), S. 19, 29 f.

⁷⁸⁹ Der Unterschied liegt darin, dass die in einem Konventionstext fixierte Formulierung nicht selten das Fehlen eines echten Konsenses über die Lösung eines Regelungsproblems überspielt - und somit die Anzahl echter Lösungen oftmals hinter der Anzahl der formulierten Regeln zurückbleibt.

⁷⁹⁰ Vgl. Behrens, *RabelsZ* 50 (1986), S. 19, 25; Bonell, *International Restatement*, S. 63.

Umständen auf einer bestimmten Regelungsvorstellung beharren⁷⁹¹, mündet in ein Spannungsfeld zwischen einem möglichst hohen Ratifizierungsstand durch weitreichende Akzeptanz der entwickelten Normen und der sachlich am besten geeigneten Lösung; ein Spannungsfeld also, das die Gefahr birgt, sich nicht zwangsläufig zugunsten der Fortbildung des Rechts im Sinne einer Rechtsverbesserung auflösen zu müssen⁷⁹².

Für die Integration der nötigen Kompromisslösungen in den Text des CISG bedienten sich seine Verfasser verschiedener „Ausweichstrategien“: So unterstellen einzelne Vorschriften die Entscheidung strittiger Fragen ausdrücklich dem Willen bzw. der Rechtspraxis der einzelnen Vertragsstaaten⁷⁹³; andere sind mit derart weitreichenden Ausnahmetatbeständen versehen, dass nicht mehr abstrakt feststellbar ist, ob letztendlich der Ausnahme oder der Regel ein höheres Gewicht zukommt⁷⁹⁴; wieder andere Normen verbergen das Fehlen eines echten Konsenses hinter vagen Generalklauseln wie dem Begriff der „wesentlichen

⁷⁹¹ Vgl. Behrens, *RabelsZ* 50 (1986), S. 19, 25: „Da Einheitsrecht stets den vollständigen Konsens voraussetzt [...], wird das Tempo der Rechtsentwicklung durch den Staat mit dem größten Beharrungsvermögen bestimmt“. Sollte sich dieses in Richtung Stillstand bewegen, so liegt die Vermutung nahe, dass als letztes Mittel auch sachlich unzureichende Kompromisse in Kauf genommen werden, um die Entwicklung wieder in Gang zu bringen.

⁷⁹² Mertens, *RabelsZ* 56 (1992), S. 219, 220 sieht hier ein Ungleichgewicht zugunsten „der Frage, wo der politische Widerstand für den Rechtsvereinheitlichungsbetrieb am geringsten ist“. Vgl. auch Garro, *Tulane Law Review* 69 (1995), S. 1149, 1160 ff.

⁷⁹³ So gehen beispielsweise Artt. 12, 96 CISG auf das Drängen vor allem der Delegation der ehemaligen UdSSR zurück, die damit nationalen Formvorschriften Raum verschaffen wollte, vgl. Schlechtriem/Slechtriem, Art. 12, Rn. 1. Ein weiteres Beispiel ist Art. 28 CISG bezüglich der Verpflichtung zur Realexekution; ein Kompromiss, der die unterschiedliche Bewertung des Erfüllungsanspruchs im civil- und im common law berücksichtigt, vgl. Schlechtriem/Huber, Art. 28, Rn. 5 ff.; ferner unten, Teil II, III.2.a.bb(4). Vgl. zur Bedeutung der zahlreichen Vorbehaltsmöglichkeiten des CISG Schlechtriem/Ferrari, Vor Artt. 1-6, Rn. 15 ff.; signifikant ist auch die Ausklammerung der Eigentumsfrage durch Art. 4 Satz 2 lit. b CISG, die deutlich macht, dass die Überwindung des Gegensatzes von Konsens- und Traditionsprinzip bei der Übereignung wohl noch einige Zeit auf sich warten lassen wird.

⁷⁹⁴ So beispielsweise Art. 16 CISG zu dem Problem der Bindung an die Offerte und ihrer Widerruflichkeit (vgl. Schlechtriem/Slechtriem, Art. 16, Rn. 1: „...eine der schwierigsten Fragen bei der Vereinheitlichung des Vertragsschlussrechts“); oder Art. 44 CISG zur „Entschuldigung“ für die Unterlassung einer nach Art. 39 Abs. 1 bzw. 43 Abs. 1 CISG erforderlichen Rüge bei Sach- oder Rechtsmängeln, die v.a. Befürchtungen der Entwicklungsländer berücksichtigt, zu einer entsprechenden Rüge mangels technischer Sachkunde oder fehlender Vertrautheit mit dem Rügeerfordernis im Heimatrecht nicht in der Lage zu sein, vgl. Schlechtriem/Huber, Art. 44, Rn. 2. Vgl. ferner Art. 68 CISG, dessen Formulierung das Ergebnis der Meinungsverschiedenheiten ist, die auf der Wiener Abschlusskonferenz im Zusammenhang mit der Gefahrtragung beim Kauf reisender Ware auftraten, vgl. Schlechtriem/Hager, Art. 68, Rn. 1.

Vertragsverletzung“ in Art. 25 CISG, der Bezugnahme auf den „guten Glauben im internationalen Handel“ in Art. 7 Abs. 1 CISG oder auf Handelsbräuche und Gepflogenheiten in Art. 9 CISG. Zu diesen sich im Konventionstext offenbarenden Bemühungen um eine möglichst weltweit konsensfähige Lösung trugen nicht zuletzt die negativen Erfahrungen bei, die mit den Haager Kaufgesetzen gesammelt wurden, zählen doch der relativ begrenzte Kreis von Staaten, die an ihrer Entstehung mitwirkten und die fehlende Rücksichtnahme auf Belange der Entwicklungs- und Staatshandelsländer zu den maßgeblichen Faktoren, die diese Gesetze zur praktischen Bedeutungslosigkeit verurteilten⁷⁹⁵.

Andererseits ist zu beachten, dass sich einige Rechtsgebiete traditionell der Vereinheitlichung zugeneigter zeigen als andere. Wettbewerbs-, Gesellschafts-, Arbeits- und Verbraucherschutzrecht, aber auch die traditionsgebundenen Gebiete des Personen-, Familien-, Erb- und Sachenrechts sind ungleich stärker mit national divergierenden politischen Zielvorstellungen verwoben als das vergleichsweise „unpolitische“ Gebiet des Kaufrechts⁷⁹⁶. Die hohen Anforderungen, die das CISG durch die Vielzahl der an seiner Schaffung beteiligten Staaten an die Kompromissfähigkeit ihrer Delegationen stellte, müssen also stets in Relation mit dem relativ vereinheitlichungsfreundlichen Regelungsgegenstand des internationalen Warenkaufs gesehen werden.

Eine Analyse der Verhandlungen, die dem CISG vorangingen, veranlasste Bonell 1997 zu der Feststellung, dass der mit dieser Kombination aus einer Vielzahl beteiligter Staaten einerseits und einem relativ vereinheitlichungsfreundlichen Regelungsgegenstand andererseits verwirklichte Vereinheitlichungsgrad die Grenze dessen darstelle, was auf legislativer Ebene derzeit zu erreichen sei⁷⁹⁷.

⁷⁹⁵ Vgl. zum Haager Einheitlichen Kaufrecht oben, II.1.b.

⁷⁹⁶ Vgl. Kötz, *RabelsZ* 50 (1986), S. 1, 10.

⁷⁹⁷ Vgl. Bonell, *International Restatement*, S. 65; ebenso im Jahre 2001: Boele-Woelki, *Terms of Co-Existence*, S. 203, 228 f.

cc. Lücken

(1) Der sektorielle Charakter des CISG

Das CISG selbst beschränkt seinen Regelungsanspruch sowohl in räumlicher als auch in sachlicher Hinsicht. Es stellt mithin keine abschließende Kaufrechtsordnung dar und erhebt auch nicht den Anspruch, sämtliche im Zusammenhang mit einem internationalen Warenkaufvertrag auftretenden Rechtsfragen zu regeln. Die Parteien eines solchen Vertrages befinden sich somit auch im Falle der Anwendbarkeit des CISG keineswegs in einem vollständig einheitlichen Rechtsraum. Für die nicht behandelten Rechtsfragen ist nach wie vor das Recht zu bestimmen, aus dem heraus ihre Lösung zu erarbeiten ist. Dies erscheint zunächst als Nachteil: Die Unsicherheit über die im konkreten Fall anwendbare Rechtsordnung wird durch „fragmentarisches“ Einheitsrecht nicht ausgeräumt, sondern durch die Schaffung einer weiteren Alternative erhöht⁷⁹⁸.

Dennoch ist der sektorielle Charakter des CISG keine Folge von Versäumnissen im Zuge der Erarbeitung seiner Regeln, sondern er war durchaus gewollt und stellte sich für den Erfolg des Übereinkommens als unentbehrlich heraus. Denn zum einen ist die Akzeptanz von Einheitsrecht davon abhängig, dass ihm Rechtsüberzeugungen zugrunde liegen, die von der Mehrheit derjenigen geteilt werden, für die dieses Recht gelten soll⁷⁹⁹. Wie bereits angedeutet, ist das Kaufrecht zwar eine vergleichsweise unpolitische Materie, die sich schon aus diesem Grund für Vereinheitlichungsbemühungen besonders anbietet. Jedoch sind mit dem Kaufrecht auch solche Rechtsfragen eng verknüpft, die sensiblere Gebiete des Zivilrechts, wie etwa den Verbraucherschutz oder das Sachenrecht betreffen können. Solche Bereiche sind konsequenterweise teilweise ausdrücklich, teilweise stillschweigend aus

⁷⁹⁸ „Materielles Einheitsrecht schafft also meist ein Tripelsystem, indem es für nicht erfaßte Auslandsfälle bei der Anwendung des Kollisionsrechts, für Inlandsfälle bei der Maßgeblichkeit des autonomen innerstaatlichen Rechts verbleibt“, Kropholler, Einheitsrecht, S. 169; kritisch auch Kötz, *RabelsZ* 50 (1986), S. 1, 5 f.; ebenso Mertens, *RabelsZ* 56 (1992), S. 219, 222; Hobhouse, *The Law Quarterly Review* 106 (1990), S. 530, 532.

⁷⁹⁹ Vgl. Magnus, *RabelsZ* 59 (1995), S. 469, 471.

dem Anwendungs- bzw. Regelungsbereich ausgenommen⁸⁰⁰. Zum anderen führt die vergleichsweise geringe Regelungsichte des CISG dazu, dass es als einheitlicher Regelungsrahmen für eine Vielzahl verschiedenster Verträge zur Verfügung steht. Lediglich die Grundregeln für internationale Warenkaufverträge zu vereinheitlichen, erscheint auch vor diesem Hintergrund sachgerecht: Der Begriff „Internationaler Warenkauf“ umfasst eine unüberschaubare Zahl verschiedenster Transaktionen, beginnend bei Produkten der Landwirtschaft und Viehbestand über Öl und Computer bis hin zu Kunstwerken. Ein Normgefüge, das für jede einzelne dieser Transaktionen passende Detailnormen bereitstellt, ist angesichts der Vielfalt und der ständigen Neuerungen am Markt undenkbar.

(2) Relevanz für den Rechtsanwender

Seiner Lückenhaftigkeit zum Trotz verbietet es das CISG in Art. 7 Abs. 2, einen Lebenssachverhalt, der in ihm „nicht ausdrücklich entschieden“ wird, als nicht von seinem Regelungsanspruch erfasst anzusehen. Vielmehr stellt es für den Umgang mit solchen Sachverhalten eigene Rechtsanwendungsregeln auf, die ihrerseits auf den Regelungsbereich des Übereinkommens abstellen. Zur Kategorisierung der mit unterschiedlichen methodischen Anforderungen und Rechtsfolgen verknüpften Lücken hat sich die Begriffsbildung von Karollus durchgesetzt, der das Begriffspaar der externen und der internen Lücke prägte⁸⁰¹. Von einer externen Lücke spricht man nach dieser Begriffsbildung, wenn eine Frage vom Regelungsgegenstand des CISG von vornherein nicht erfasst ist, also das Übereinkommen für die fragliche Materie keinerlei Regelungsanspruch erhebt. Im Gegensatz dazu bezieht sich die interne Lücke auf „Fragen, die in diesem Übereinkommen geregelte Gegenstände betreffen, aber in diesem Übereinkommen nicht ausdrücklich entschieden werden“⁸⁰². Hier erhebt das CISG grundsätzlich den Anspruch,

⁸⁰⁰ Vgl. dazu bereits oben, Teil II, II.2; ferner unten, Teil II, III.1.

⁸⁰¹ Vgl. Karollus, UN-Kaufrecht, S. 16; ders., östJBl. 1993, S. 23, 30 ff. Die anzutreffenden Begriffsbildungen sind vielfältig: Neben den internen und externen Lücken wird unterschieden zwischen versteckten und offensichtlichen Regelungslücken (So Diedrich, RIW 1995, S. 353 ff.) oder Lücken *intra legem* und Lücken *praeter legem* (so Schlechtriem/Ferrari, Art. 7, R. 43).

⁸⁰² So die Formulierung des Art. 7 Abs. 2 CISG.

den betreffenden Sachverhalt zu regeln, nur findet sich in der Konvention keine unmittelbar einschlägige Norm. Die Unterscheidung zwischen externen und internen Lücken im UN-Kaufrecht ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil ausschließlich interne Lücken nach Art. 7 Abs. 2 CISG aus der Konvention selbst zu schließen sind und damit ggf. kollidierendem nationalen Recht vorgehen. Für externe Lücken beansprucht das UN-Kaufrecht dagegen keinerlei Autorität, so dass ausschließlich der Rückgriff auf - vereinheitlichtes oder unvereinheitlichtes - nationales Recht zur Lückenfüllung verbleibt⁸⁰³.

(3) Folgerungen für die Bedeutung des Kollisionsrechts

Nachdem die Verfasser der Haager Kaufgesetze es noch für möglich gehalten hatten, ein Einheitskaufrecht zu schaffen, das einen Rekurs auf Kollisionsnormen vollständig obsolet werden lässt⁸⁰⁴, teilten die Konventionsgeber zum CISG bereits während der ersten Sitzung der Working Group im Jahre 1970 die weitaus realistischere Auffassung, dass auch legislatorisches Einheitsrecht wegen seiner sachlichen und räumlichen Grenzen nicht zu einer vollständigen Überwindung aller kollisionsrechtlichen Probleme führen kann⁸⁰⁵. Sind Lücken vom Regelungsbereich des Übereinkommens von vornherein nicht erfasst oder lassen sie sich mittels allgemeiner, der Konvention zugrunde liegender Rechtsgrundsätze nicht füllen, überantworteten sie die Aufgabe dem IPR, dasjenige Recht zu bestimmen, auf das zur Lösung der ungeklärten Rechtsfrage zurückzugreifen ist⁸⁰⁶. Obwohl es zu den vorrangigen Zielen des CISG gehört, die damit verbundenen Probleme auf ein Mindestmaß zu reduzieren⁸⁰⁷, bestehen die mit der kollisionsrechtlichen Bestimmung des anzuwendenden Sachrechts verbundenen Unsicherheiten und die Zwangsnationalisierung internationaler

⁸⁰³ Vgl. Schlechtriem/Ferrari, Art. 4, Rn. 6.

⁸⁰⁴ Vgl. Art. 2 EKG: „Soweit dieses Gesetz nicht etwas anderes bestimmt, sind bei seiner Anwendung die Regeln des internationalen Privatrechts ausgeschlossen“ sowie Art. 17 EKG, der anders als Art. 7 Abs. 2 CISG zur Lückenfüllung ausschließlich auf die dem Gesetz zugrunde liegenden Grundsätze verweist.

⁸⁰⁵ Vgl. UNCITRAL Yb. I (1968-1979), S. 170, Nr. 95 ff. und S. 181, Nr. 56 ff.

⁸⁰⁶ Vgl. oben, Teil II, II.2.e.

⁸⁰⁷ Vgl. bereits Sekretariatskommentar, Art. 1, Bem. 4 (2); ferner Hartnell, 18 Yale Journal of International Law (1993), S. 1, 14.

Sachverhalte durch Lokalisierung innerhalb einer bestimmten Rechtsordnung auch heute noch grundsätzlich fort⁸⁰⁸.

4. Ergebnis

Auch wenn das CISG die kollisionsrechtlich bedingte Zwangsnationalisierung internationaler Sachverhalte nur so weit zu überwinden vermag, wie sein Regelungsbereich reicht, ist in diesem Kapitel deutlich geworden, dass es einige wesentliche, zu Beginn der Arbeit hervorgehobene besondere Bedürfnisse des internationalen Handels auf eine Weise zu befriedigen vermag, in der es das Neben- und Miteinander nationaler Rechtsordnungen trotz vereinzelter Bemühungen um Harmonisierung nicht leisten kann. Dazu gehören Sprache⁸⁰⁹, Fristen⁸¹⁰, Form⁸¹¹, die Berücksichtigung des grenzüberschreitenden Transports der Ware⁸¹², Rechtssicherheit und Gerechtigkeit durch Einheitlichkeit und materielle Adäquanz sowie leichten Zugang zur gesetzlichen Regelung samt zugehöriger Literatur und nicht zuletzt die gegenüber der Lehre von der *lex mercatoria* unproblematische Legitimation⁸¹³. Es verbleiben die Schwächen, die mit legislatorischer Rechtsvereinheitlichung typischerweise verbunden sind: Materiell zählen dazu die durch die besondere Kompromissbedürftigkeit bisweilen

⁸⁰⁸ Kritisch dazu Diedrich, RIW 1995, S. 353, 354 f.

⁸⁰⁹ S. zum Problem oben, Teil I, II.2.a; zur Behandlung durch das CISG Teil II, II.3.c.bb.

⁸¹⁰ S. zum Problem oben, Teil I, II.2.a und II.2.b. Das CISG hebt in Art. 18 Abs. 2 hervor, dass für die Angemessenheit der Annahmefrist „die Umstände des Geschäfts einschließlich der Schnelligkeit der vom Anbietenden gewählten Übermittlungsart zu berücksichtigen“ sind; Artt. 38 und 39 CISG nehmen hinsichtlich der Untersuchungs- und Rügepflicht bei Sachmängeln auf die in Art. 38 Abs. 2 und 3 CISG geregelten besonderen Beförderungssituationen Rücksicht; schließlich ermöglicht die generalklauselartige Formulierung des Art. 44 CISG „vernünftige Entschuldigung“ eine Rücksichtnahme auf besondere Konstellationen, die sich aus dem internationalen Charakter der Vertragsbeziehung ergeben.

⁸¹¹ S. zum Problem oben, Teil I, II.2.b; zur Lösung des CISG Artt. 11-13.

⁸¹² Zum Problem s. oben, Teil I, II.2.b. Neben den soeben in Fn. 810 angesprochenen Art. 38 Abs. 2 und 3 CISG wird der Tatsache, dass die verkaufte Ware oftmals lange Distanzen zu überwinden hat, auch durch das dem CISG zugrunde liegende *favor contractus* - Prinzip Rechnung getragen. Dieses Prinzip findet seinen Ausdruck insbesondere in dem Erfordernis einer gem. Art. 25 CISG „wesentlichen Vertragsverletzung“, welche Voraussetzung für eine Vertragsaufhebung ist, s. Artt. 49 Abs. 1 lit. a, 51 Abs. 2, 64 Abs. 1 lit. a, 73 Abs. 1 und 2 CISG. Gleiches gilt für die Ersatzlieferung, s. Art. 46 Abs. 2 CISG. Des Weiteren enthält das CISG besondere Gefahrtragungsregeln, die den Anforderungen des grenzüberschreitenden Transports unter Einschaltung Dritter gerecht zu werden versuchen, vgl. Audit, *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*, S. 173, 182 f.

⁸¹³ S. oben, Teil II, II.3.c.aa und II.3.c.bb.

unspezifischen Regeln sowie die Lückenhaftigkeit des Übereinkommens. Daneben wurde die - ebenfalls auf der großen Zahl der Vertragsstaaten beruhende - Gefahr der „juristischen Versteinerung“ der einmal gefundenen Regeln hervorgehoben.

Zur Einschätzung der Eignung des CISG als Grundlage für ein symbiotisches Miteinander von staatlich gesetztem Einheitsrecht und *lex mercatoria* soll an dieser Stelle die Ansicht von Kappus aufgegriffen werden, der zwischen der *lex mercatoria* und dem CISG eine Konkurrenzsituation sieht, die eine friedliche Koexistenz beider Komplexe nicht zulasse. Er geht davon aus, dass beide „Regelungssysteme“ gleichermaßen die Materie des internationalen Warenkaufs erfassten und Anspruch auf alleinige Regelungskompetenz stellten⁸¹⁴. Das CISG, so Kappus, werde die *lex mercatoria* auf ihrem „ureigenen Feld, dem internationalen Warenkauf“, schlagen⁸¹⁵. Richtig ist daran, dass sowohl die *lex mercatoria* als auch das CISG sich nicht nur hinsichtlich ihres Anwendungs- und Regelungsbereichs überschneiden, sondern dass ihnen darüber hinaus auch gemeinsame Zielvorstellungen zugrunde liegen. Bei beiden Normenkomplexen handelt es sich um materielles Recht, dessen vorrangiger Gegenstand internationale kommerzielle Verträge sind. Beide wollen die mit der durch die Zwangsnationalisierung internationaler Sachverhalte einhergehenden Komplikationen des Kollisionsrechts überwinden und stellen Regelungen bereit, die für die Probleme des modernen, grenzüberschreitenden Rechtsverkehr praxisnahe Lösungen anbieten, um auch die materiellen Schwächen, die nationale Rechtsordnungen in Bezug auf internationale Sachverhalte häufig aufweisen, zu überwinden.

Was hingegen das Konkurrenzverhältnis angeht, so legen die bisherigen Betrachtungen nahe, einen von Kappus abweichenden Blickwinkel zu wählen und nach Wegen für ein symbiotisches Nebeneinander von CISG und *lex mercatoria* zu suchen. Die genannten Schwächen des CISG lassen klar das Aufgabenfeld erkennen, das der *lex mercatoria* in der angestrebten Symbiose

⁸¹⁴ Vgl. Kappus, *Lex mercatoria*, S. 29.

⁸¹⁵ Kappus, *Lex mercatoria*, S. 179.

aus staatlichem und nichtstaatlichem Recht zukommt. Dieses umfasst einerseits die Konkretisierung ausfüllungsbedürftiger Begriffe und der Schließung verbleibender Regelungslücken und andererseits, der „Versteinerung“ der in der Konvention fixierten Regeln entgegenzuwirken. Der erste Teil der Arbeit hat gezeigt, dass die *lex mercatoria* materiell durchaus dazu in der Lage ist. Wie das Miteinander von CISG und *lex mercatoria* rechtstechnisch zu bewerkstelligen ist, wird Gegenstand des folgenden Kapitels sein.

III. Die „Schnittstellen“⁸¹⁶ des CISG

1. Verhältnis des CISG zu nationalem Recht

a. Grundsatz

Weiter als der Regelungsanspruch der Konvention reicht, kann auch der von ihr abzuleitende Anwendungsvorrang einzelner Rechtssätze der *lex mercatoria* nicht gehen. Nur insoweit haben die Vertragsstaaten durch ihren Beitritt zu dem Übereinkommen den entsprechenden Teil ihrer Regelungshoheit aufgegeben und sich völkerrechtlich dazu verpflichtet, den Vorrang der Regelungen der Konvention anzuerkennen⁸¹⁷. Soweit also das CISG ausdrücklich oder stillschweigend die Regelung bestimmter Sachbereiche den einzelnen Vertragsstaaten überlässt, bleibt es auch Sache dieser Staaten, den Umfang der Anerkennung der *lex mercatoria* zu bestimmen. Die Frage, inwieweit die Schnittstellen des CISG Elementen der *lex mercatoria* über entgegenstehendes nationales Recht hinaus zur Anwendung gereichen können, setzt somit zunächst die präzise Bestimmung des Regelungsbereichs der Konvention voraus. Das CISG selbst umschreibt

⁸¹⁶ Zum Begriff: Im Zusammenhang mit der *lex mercatoria* passt dieser Begriff m.E. besser als der der „Öffnungsklauseln“, da letzterer suggerieren würde, die Autoren des CISG hätten die *lex mercatoria* bei der „offenen“ Konzeption der Konvention mit berücksichtigt. Das erscheint jedoch höchst zweifelhaft, vgl. Honnold, *Documentary History*. Zum anderen passt er auch besser als „Anknüpfungspunkte“ (so Burkart, *Interpretatives Zusammenwirken*, S. 211 ff.), da der Begriff der Anknüpfung eine kollisionsrechtliche Fragestellung suggeriert, während es sich bei den Schnittstellen um materielle „Einfallstore“ handelt.

⁸¹⁷ Vgl. oben, Text um Fn. 786.

dessen Reichweite in seinem Teil I⁸¹⁸. Ausgangspunkt der Zuordnung zum Regelungsbereich des CISG ist somit die Subsumtion unter die einschlägigen einheitsrechtlichen Kollisionsnormen.

b. Methodik der „Qualifikation“ im CISG - teleologische Qualifikation⁸¹⁹

Eine Zuordnung zu so weit gefassten Begriffen wie dem in Art. 4 CISG angeführten „Abschluss des Kaufvertrages“ oder der „Gültigkeit des Vertrages“ kann jedoch mit Schwierigkeiten verbunden sein. Art. 4 CISG besitzt wie alle Kollisionsnormen einen hohen Abstraktionsgrad, da solche Normen einerseits alle in den verschiedenen staatlichen Sachrechten widerspiegelten Sachverhalte angemessen erfassen, andererseits jedoch handhabbar und übersichtlich bleiben sollen⁸²⁰. Die Weite der kollisionsrechtlichen Systembegriffe kann auch bei der Bestimmung des Regelungsbereichs des CISG zu dem Problem führen, dass ihnen Rechtsinstitute konkurrierender, begrifflich und strukturell ggf. erheblich abweichender nationaler Rechtsordnungen nicht unmittelbar zugeordnet werden können⁸²¹. Die in den Kollisionsnormen des CISG enthaltenen Systembegriffe bedürfen somit zu ihrer praktischen Anwendbarkeit zunächst der Konkretisierung. Die Anwendung der zum nationalen IPR vertretenen sachrechtlichen Qualifikationstheorien⁸²² ist dazu allerdings nicht statthaft: Die einheitlichen Kollisionsnormen sind ebenso wie die Sachnormen des Übereinkommens gem. Art. 7 Abs. 1 CISG den Zielvorgaben der

⁸¹⁸ Vgl. oben, Teil II, II.2.e.

⁸¹⁹ Zum Begriff der Qualifikation vgl. bereits Rabel, *RabelsZ* 5 (1931), S. 241 ff.; ferner Kropholler, *IPR*, S. 109 f.; Kegel/Schurig, *IPR*, S. 276 ff. Der Begriff der Qualifikation wird in unterschiedlichster Reichweite gebraucht; seine Verwendung reicht von der bloßen Auslegung von Tatbestand oder Rechtsfolge einer Kollisionsnorm bis hin zur gesamten Ausführung der kollisionsrechtlichen Verweisungsanordnung, vgl. MüKo/Sonnenberger, *Einl. IPR*, Rn. 456.

⁸²⁰ Vgl. Kropholler, *IPR*, S. 110.

⁸²¹ Hier ist einmal mehr das Beispiel der im common law gebräuchlichen consideration rule zu nennen. Zu klären wäre hier, ob es sich dabei um eine Frage des Abschlusses (Art. 4 S. 1 CISG), der Gültigkeit (Art. 4 S. 2 lit. a CISG) oder gar der Form (Art. 11 CISG) handelt, vgl. Schlechtriem, *AJP* 1992, S. 339, 353. Zum möglichen Widerspruch der consideration rule mit dem Grundsatz von Treu und Glauben im internationalen Kontext vgl. Audit, *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*, S. 173, 179 f.

⁸²² Diese Theorien stellen zur Bestimmung der Rechtsinstitute, die einem bestimmten Systembegriff des IPR zuzuordnen sind, entweder auf das inländische materielle Recht des Forumstaates (lex fori - Theorie) oder auf das - möglicherweise - zu berufende materielle Recht (lex causae - Theorie), vgl. Kegel/Schurig, *IPR*, S. 287 ff.

Internationalität und der einheitlichen Auslegung und Anwendung verpflichtet⁸²³. Die systematische Abgrenzung einzelner Rechtsinstitute darf daher nicht anhand von Wertentscheidungen einer einzelnen nationalen Rechtsordnung vorgenommen werden - gleichgültig, ob dazu die *lex fori* oder die *lex causae* in Gestalt des vom IPR berufenen Subsidiärstatuts herangezogen wird. Die Zuordnung muss vielmehr anhand einer autonomen, von den Eigenarten nationaler Rechtsordnungen losgelösten Qualifikation erfolgen⁸²⁴. Eine solche sollte funktional vorgehen und den Sinn und Zweck der Gesamtregelung aus den einschlägigen Kollisionsnormen und den - als Folge einer bestimmten Qualifikation - zur Anwendung berufenen Sachnormen berücksichtigen. Nur so lässt sich die Rechtsfolge der Qualifikation unmittelbar an den einheitsrechtlichen Zielvorgaben der Konvention messen und gegebenenfalls korrigieren. Aus diesem Grund kann man diese Methode als „teleologische Qualifikation“ bezeichnen⁸²⁵. Wenn man aufgrund des in Art. 7 Abs. 1 CISG enthaltenen Postulats international einheitlicher Auslegung und Anwendung⁸²⁶ Kollisionsnormen und Sachnormen zu einer Wertungseinheit zusammenfasst, gibt das CISG - soweit es Regelungen trifft - nicht nur die in die Qualifikation einfließenden Sachnormen vor, sondern ordnet zudem auch die Zugehörigkeit der von ihnen geregelten Materien zum Regelungsbereich der Konvention an. Denn es kann davon ausgegangen werden, dass nach der Intention des CISG alle Fragen, die sich mit Hilfe seiner Normen einer Lösung zuführen lassen, auch seinem

⁸²³ Bestritten wird bisweilen, dass die Normen des Teil I des CISG in den Regelungsbereich des Art. 7 CISG fallen. Zur Klärung der Frage, ob das CISG überhaupt anwendbar sei, könnten dessen eigene Normen nicht beitragen; dies verstoße gegen den Satz der prädikativen Logik, wonach Aussagen nicht auf sich selbst bezogen sein dürfen. Dem wird entgegengehalten, dass derartige Sätze der Aussagenlogik nicht ohne weiteres auf die Normlogik übertragbar seien. So sei es „allein logisch, daß ein internationales Übereinkommen seine Geltung selbst beschreibt.“, s. Czerwenka, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, S. 127 f.; ebenso Karl, Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht, S. 359 f., Fn. 27. Für diese Ansicht spricht auch die Entstehungsgeschichte des CISG: Auf der Diplomatischen Konferenz hielt man es für selbstverständlich, dass die Grundsätze des Art. 7 Abs. 1 nicht nur für die Auslegung, sondern auch für die Anwendung des Übereinkommens gelten, und strich daher den im New Yorker Entwurf von 1978 noch vorhandenen Passus „and application of the provisions“, vgl. Honnold, Documentary History, S. 658 f. Zustimmung im Ergebnis Staudinger/Magnus, Art. 4, Rn. 11; Schlechtriem, AJP 1992, S. 339, 357; Lessiak, östJBl 1989, S. 487, 493.

⁸²⁴ Vgl. Schlechtriem, Unification, S. 121, 129.

⁸²⁵ Vgl. zu dem Begriff der „teleologischen Qualifikation“ Kropholler, IPR, S. 122; Kegel/Schurig, IPR, S. 296 ff.

⁸²⁶ Genauer dazu unten, Teil II, III.2.c.aa(1).

Regelungsbereich zuzuordnen sind. Die in den Sachnormen des CISG zum Ausdruck kommenden Wertungen werden dadurch mittelbar Bestandteil des Tatbestands der konventionsinternen Kollisionsnorm⁸²⁷.

Die hier vorgeschlagene gemeinsame Einbeziehung der in der Konvention sowohl kollisionsrechtlich als auch materiellrechtlich zum Ausdruck kommenden Wertungen erscheint auch unter völkerrechtlichen Gesichtspunkten nicht nur zulässig, sondern geboten: Die Mitgliedsstaaten haben mit ihrem Beitritt zum CISG zugunsten der dort fixierten Bestimmungen einen Teil ihrer Regelungshoheit aufgegeben. Diese Bestimmungen stellen, wie andernorts bereits festgestellt, die Grenze des derzeit legislatorisch Machbaren dar⁸²⁸. Über ihren Regelungsgehalt hinaus besteht für die Mitgliedsstaaten weder eine Veranlassung noch eine völkerrechtliche Verpflichtung, ihre Regelungshoheit in irgendeiner Weise weiteren Einschränkungen zu unterwerfen. Erfolgt die Qualifikation der den Regelungsbereich der Konvention bestimmenden Begriffe ausschließlich anhand der in einer nationalen Rechtsordnung vorgefundenen Rechtsinstitute, besteht die Gefahr, dass die so gezogene Grenze überschritten wird. An dieser Stelle kommt den materiellen Regeln der Konvention auch eine den Regelungsbereich limitierende Funktion zu. Rechtspolitisch dürfte die Heranziehung des in der Gesamtregelung des CISG zum Ausdruck kommenden Telos auch den Interessen der Mitgliedsstaaten entsprechen: Mit ihrem Beitritt haben sie schließlich zum Ausdruck gebracht, dass diese Wertungen entweder denen der eigenen Rechtsordnung entsprechen oder zumindest für internationale Warenkaufverträge als Kompromiss akzeptabel sind.

c. Bestimmung des Regelungsbereichs durch Art. 4 S. 1 CISG

Die Bestimmung des Regelungsbereichs hat ihren Ausgangspunkt in Art. 4 S. 1 CISG; die zu regelnde Materie muss mithin grundsätzlich den Abschluss

⁸²⁷ Zustimmung Honnold, Uniform Law, Rn. 62; Enderlein/Maskow/Strohbach/Maskow, Art. 4, Bem. 2.

⁸²⁸ Vgl. oben, Text vor Fn. 797.

des Kaufvertrages bzw. die aus ihm erwachsenden Rechte und Pflichten betreffen.

aa. Ausdrücklich geregelte Materien

Die geringsten Probleme bereitet die Zuordnung zum Regelungsbereich, soweit das CISG für die zu beantwortende Rechtsfrage ausdrückliche Regelungen bereithält. Das Übereinkommen enthält in seinem Teil III zu den aus dem Kaufvertrag erwachsenden Rechten und Pflichten detaillierte Regelungen, so die Lieferpflicht des Verkäufers (Artt. 31 ff.), die Zahlungs- und Abnahmepflicht des Käufers (Artt. 53 ff.) sowie die Rechtsbehelfe bei Vertragsverletzungen durch den Vertragspartner (Erfüllung, Vertragsaufhebung, Minderung, Schadensersatz)⁸²⁹. Darüber hinaus normiert das CISG eine allgemeine Schadensminderungsobliegenheit des jeweils Ersatzberechtigten (Art. 77), eine Verzinsungspflicht (Art. 78) und eine besondere Pflicht zur Erhaltung der Ware (Artt. 85 ff.).

Teil II regelt den Abschluss des Vertrages, beschränkt sich dabei jedoch auf den „äußeren“ Konsens der Parteien, d.h., die „Mechanik, nach der zwischen zwei oder mehr Parteien eine bindende, auf dem Parteiwillen beruhende Vereinbarung zustande kommt“⁸³⁰. Darüber hinaus sind für den Vertragsschluss die allgemeinen Bestimmungen der Artt. 7-13 CISG bedeutsam, insbesondere Art. 8 CISG zur Auslegung der von den Parteien abgegebenen Erklärungen, Art. 6 CISG zur Möglichkeit parteiautonomer Wahl abweichender Vertragsschlussbestimmungen sowie Art. 11 CISG zur Formfreiheit.

bb. Durch Instrumente der autonomen Lückenfüllung entwickelte Regelungen

Daneben sind auch solche Randbereiche als kaufrechtlich zu qualifizieren, die zwar innerhalb der Konvention keine ausdrückliche Regelung durch konkrete, unmittelbar anwendungsfähige Normen erfahren, für die sich jedoch adäquate Lösungen durch die in Art. 7 Abs. 2 CISG normierten Instrumente der

⁸²⁹ S. zur Ausgestaltung des Erfüllungsanspruchs als Rechtsbehelf unten, Fn. 897.

⁸³⁰ Staudinger/Magnus, Art. 4, Rn. 13.

autonomen Lückenfüllung entwickeln lassen. Dies ergibt sich aus einer wertenden Gesamtbetrachtung der Artt. 4, 7 CISG⁸³¹, unterstützt durch den 3. Absatz der Präambel⁸³²: Zunächst ordnet Art. 7 Abs. 1 CISG an, bei der Auslegung des Übereinkommens seinen internationalen Charakter und die Notwendigkeit zu berücksichtigen, seine einheitliche Anwendung zu fördern, also die durch die Konvention geschaffene und noch zu schaffende Rechtseinheit zu wahren und zu unterstützen⁸³³. Mit dieser Anordnung ist eine restriktive Auslegung des Regelungsbereichs nicht vereinbar; vielmehr gebietet diese Vorschrift eine weitestmögliche Anwendung der Konvention sowohl in ihrer „Breite“ (in möglichst vielen Fällen) als auch in ihrer „Tiefe“ (möglichst weitgehend)⁸³⁴. Art. 7 Abs. 2 CISG unterstützt diese Wertung für die Lückenfüllung. Indem, wie der Wortlaut dieser Vorschrift ausdrücklich klarstellt, das CISG auch solche Fragen von seinem Geltungsanspruch erfasst sieht, die „in diesem Übereinkommen nicht ausdrücklich entschieden werden“ und der Rückgriff auf unvereinheitlichtes nationales Recht als *ultima ratio* dargestellt wird⁸³⁵, ist ein möglichst weitgehender Rückgriff auf die dem CISG zugrunde liegenden allgemeinen Grundsätze geboten⁸³⁶. Daraus folgt, dass ein Fall auch über den bloßen Wortlaut ihrer Vorschriften hinaus soweit möglich aus der Konvention heraus zu entscheiden ist.

Beschränkt wird dieses Gebot jedoch auf „Fragen, die in diesem Übereinkommen geregelte Gegenstände betreffen“, d.h. auf den durch Art. 4 S. 1 CISG umschriebenen und - bei wörtlicher Auslegung der Vorschrift - auch begrenzten Regelungsbereich. Wie jedoch oben festgestellt wurde, ist bei der Bestimmung des Regelungsbereichs des CISG der Sinn und Zweck der sich aus den kollisionsrechtlichen und materiellen Regeln der Konvention ergebenden Gesamtregelung zu berücksichtigen; hier also insbesondere die

⁸³¹ Zur Verbindlichkeit der Wertungen des Art. 7 CISG zur Bestimmung des Regelungsbereichs der Konvention s. oben, Fn. 823.

⁸³² S. oben, Fn. 762.

⁸³³ Vgl. Schlechtriem, AJP 1992, S. 339, 357.

⁸³⁴ Vgl. Magnus, *RabelsZ* 53 (1989), S. 116, 120; Schlechtriem/Huber, Art. 45, Rn. 50; Bianca/Bonell/Khoo, Art. 4, Bem. 3.3.5: „[...] widest possible application“.

⁸³⁵ Vgl. unten, bei Fn. 1014.

⁸³⁶ Vgl. Bianca/Bonell/Bonell, Art. 7, Bem. 2.3.3.2.; Schlechtriem/Ferrari, Art. 7, Rn. 58; Staudinger/Magnus, Art. 4, Rn. 19 und Art. 7, Rn. 59.

von Art. 7 Abs. 1 und 2 CISG getroffenen Wertentscheidungen⁸³⁷. Daraus folgt, dass nicht der im Wortlaut des Art. 7 Abs. 2 CISG angedeuteten Unterscheidung zwischen internen und externen Lücken der wertungsmäßige Vorrang zukommt, sondern dass insofern eine Wechselwirkung zwischen Art. 7 und Art. 4 CISG besteht, dass auch die Frage, ob den dem CISG zugrunde liegenden allgemeinen Grundsätzen eine Lösung entnommen werden kann, in die Konkretisierung des Regelungsbereichs des Übereinkommens einfließt⁸³⁸.

cc. Negative Bestimmung des Regelungsbereichs durch Negativzuordnung zu Art. 4 S. 1 CISG?

Fraglich ist, ob Art. 4 S. 1 CISG auch eine den Regelungsbereich einschränkende Funktion entnommen werden kann. Der Wortlaut dieser Vorschrift deutet zunächst darauf hin: „Diese Übereinkommen regelt *ausschließlich*“. Doch zum einen ist die Formulierung, wie gesehen, nicht wörtlich zu verstehen, sondern vielmehr dahingehend, dass Art. 4 S. 1 CISG den Kern der durch die Konvention beabsichtigten Rechtsvereinheitlichung beschreiben soll⁸³⁹. Zum anderen würde es dem Postulat einheitlicher Rechtsanwendung widersprechen, allein dem Wortlaut der Vorschrift des Art. 4 S. 1 CISG eine einschränkende Funktion zuzusprechen. Somit kann die Feststellung, dass eine Materie nicht unmittelbar unter Art. 4 S. 1 CISG subsumiert werden kann, für sich genommen nicht zu dem Schluss führen, dass sich der Regelungsbereich des Übereinkommens nicht auf diese erstrecke. Dies wird von der ratio des Art. 4 CISG nicht in Frage gestellt: Die einschränkende Formulierung „*ausschließlich*“ des S. 1 und die ausdrücklich ausgenommenen Materien des S. 2 sollen zwar darauf hinweisen, dass sich der Regelungsbereich des CISG auf solche Bereiche beschränkt, die der Vereinheitlichung zugänglich sind; soweit dies jedoch gegeben ist, besteht keine Veranlassung, allein im Wortlaut des Art. 4 S. 1 CISG eine Einschränkung der durch Art. 7 CISG vorgegebenen möglichst weitreichenden Anwendung der Konvention zu sehen. Der Vorschrift kommt danach lediglich eine deklaratorische Funktion zu; sie beschreibt den

⁸³⁷ Vgl. oben, Teil II, III.1.b.

⁸³⁸ Vgl. genauer unten, III.2.c.aa(2)(a).

⁸³⁹ Vgl. oben, Text vor Fn. 756.

Regelungsbereich, ohne dass ihr eine konstitutive Aussage über die Einschränkung desselben zu entnehmen ist.

d. Bestimmung des Regelungsbereichs nach Art. 4 S. 2 CISG

Der Wortlaut des Art. 4 S. 2 CISG nimmt bestimmte Rechtsmaterien, die mit Kaufgeschäften regelmäßig verbunden sind, vom Regelungsbereich der Konvention aus. Danach regelt das CISG „insbesondere“ weder die Gültigkeit des Vertrages, einzelner Vertragsbestimmungen und Gebräuche (lit. a) noch den Eigentumsübergang oder andere vertragliche Wirkungen, die das Eigentum betreffen (lit. b). Dies gilt jedoch nur, „soweit in diesem Übereinkommen nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist“. Der Begriff der Gültigkeit meint im Gegensatz zum Begriff des Abschlusses in S. 1 die materielle Gültigkeit des Vertragsschlusses, also insbesondere den „inneren Konsens“⁸⁴⁰.

Während es unbestritten ist, dass Art. 4 S. 1 CISG nicht wörtlich zu verstehen ist, gibt es Stimmen, die S. 2 buchstabengetreu anwenden wollen: Der in S. 1 beschriebene Regelungsbereich werde durch S. 2 teilweise wieder zurückgenommen. Dies hätte zur Folge, dass eine Zuordnung der zu beantwortenden Rechtsfrage zu den dort genannten Materien unmittelbar, d.h. ohne vorherige Anwendung des Art. 7 Abs. 2 CISG zur Anwendung unvereinheitlichten nationalen Rechts führte, Art. 4 S. 2 CISG mithin eine konstitutive Funktion zukäme. Formal ist davon die Frage zu trennen, ob die Qualifizierung als Gültigkeits- oder Eigentumsfrage ausschließlich nach nationalem Recht zu erfolgen hat, oder ob auch hier Wertungen des CISG einfließen müssen. Inhaltlich geht es jedoch bei beiden Fragen um ein- und dieselbe Problematik: Inwiefern erlaubt Art. 4 S. 2 CISG eine einzelstaatliche Einflussnahme auf die Reichweite des Regelungsanspruchs der Konvention? Das Vereinheitlichungsinteresse des CISG sieht sich hier nationalen kaufrechtlichen Regelungsinteressen gegenübergestellt; zwischen ihnen bedarf es einer sach- und interessengerechten Abwägung. Die Diskussion im

⁸⁴⁰ Vgl. Staudinger/Magnus, Art. 4, Rn. 20.

Schrifttum um diese Abwägung konzentriert sich im Wesentlichen auf den Begriff der Vertragsgültigkeit in Art. 4 S. 2 lit. a Var. 1 CISG, lässt sich jedoch auf die übrigen Varianten des Art. 4 S. 2 CISG übertragen.

aa. Streng nationaler Ansatz

Vor allem aus rechtspolitischen Erwägungen heraus vertritt eine Reihe von Autoren die Ansicht, dass der Begriff der Vertragsgültigkeit nach nationalem Recht qualifiziert werden müsse. Der nationale Gesetzgeber verfolge durch die Anordnung der Vertragsnichtigkeit oftmals das Ziel, die Allgemeinwohlintressen seines Staates durchzusetzen; die Ausgestaltung als Gültigkeitsfrage sei somit Ausdruck der Wirtschafts- und Sozialpolitik des betreffenden Landes⁸⁴¹. Die Regelung des Art. 4 S. 2 CISG sei als politischer Kompromiss aufzufassen, der eben diesen nationalen Interessen gegenüber der Konvention den Vorrang einräume⁸⁴². Fragen, die nach nationalem Recht als Gültigkeitsfragen ausgestaltet sind, seien gem. Art. 4 S. 2 lit. a CISG stets dem Regelungsbereich der Konvention entzogen und der Regelung durch nationales Recht zu überantworten⁸⁴³. Diese Ansicht misst Art. 4 S. 2 CISG mithin konstitutive Bedeutung zu.

⁸⁴¹ Das muss nicht bedeuten, dass es sich dabei um den Ausdruck nationaler Besonderheiten handeln muss; so ist beispielsweise in den Vorarbeiten darauf hingewiesen worden, dass die Tatbestände Irrtum, Arglist und Drohung in nahezu allen Rechtssystemen zur Aufhebung bzw. Aufhebbarkeit des Vertrages führen, vgl. UNCITRAL Yb. VIII (1977), S. 93, Nr. 22.

⁸⁴² Vgl. Longobardi, Fordham L. Rev. 53 (1985), S. 863, 875 und 882 ff.: „public policy considerations“; UNCITRAL Yb. II (1971), S. 44 f., Nr. 49: „public policy“. Zustimmend Hartnell, 18 Yale Journal of International Law (1993), S. 1, 49, 61 und 93: „political compromise“, die jedoch einen rein nationalen Ansatz bei der Interpretation des Begriffs der Vertragsgültigkeit als zu einseitig ablehnt.

⁸⁴³ So vertreten von Neumayer/Ming, Art. 4, Nr. 2 und 6 f.; Longobardi, Fordham L. Rev. 53 (1985), S. 863 ff.; Lessiak, östJBl 1989, S. 487, 492 f.; Bianca/Bonell/Tallon, Art. 79, Bem. 2.4.3. Auch während der Vorarbeiten wurden Gültigkeitsfragen oftmals pauschal dem nationalen Recht zugeschlagen, vgl. in chronologischer Reihenfolge Honnold, Documentary History, S. 24, Nr. 118; UNCITRAL Yb. VIII (1977), S. 30, Nr. 74; Honnold, Documentary History, S. 583, Nr. 7. Offen bleibt dabei zumeist, auf welches nationale Recht sich die Qualifikation stützen soll; denkbar sind sowohl die lex fori als auch das nach dem IPR des Forums berufene fremde Sachrecht, so auch bei Lessiak, östJBl 1989, S. 487, 491, der sich dagegen ausspricht, die Gültigkeitsfrage „völlig losgelöst von der jeweiligen lex fori bzw. dem nach Kollisionsrecht anwendbaren nationalen Recht“ zu interpretieren.

bb. Autonome Ansätze

Demgegenüber distanziert sich die überwiegende Ansicht von einer rein nationalrechtlichen Beurteilung des Begriffs der Vertragsgültigkeit. Mit deren Befürwortern haben ihre Vertreter zwar gemein, dass sie Art. 4 S. 2 CISG als Ausdruck eines gegenüber „vereinheitlichungsfeindlichen“ Rechtsgebieten zurückhaltenden Regelungsanspruchs des CISG ansehen⁸⁴⁴. Sie halten ihnen jedoch entgegen, dass eine ausschließlich auf nationale Interessen abstellende Methode zur Konkretisierung dieses Anspruchs dem Vereinheitlichungsinteresse der Konvention nur unzureichend gerecht werde und dass auch die Anwendung des Art. 4 S. 2 CISG nicht ohne Blick auf ihren materiellen Regelungsgehalt erfolgen könne⁸⁴⁵.

Keine Einigkeit besteht innerhalb dieser Gruppe darüber, inwieweit die Konvention durch Art. 4 S. 2 CISG von konkurrierenden nationalen Regelungen zurückgedrängt wird und nach welcher Methode der Rechtsanwender die Grenzziehung vorzunehmen hat. Dabei schließen sich die den unterschiedlichen Ansätzen zugrunde liegenden Argumente nicht zwingend aus; sie werden bisweilen kumulativ angeführt.

Schlechtriem schlägt in Anlehnung an Rabel⁸⁴⁶ eine rechtsvergleichende, „autonome“ Qualifikation des Begriffs der Vertragsgültigkeit vor. Danach soll eine Rechtsfrage nur dann gem. Art. 4 S. 2 lit. a CISG dem nationalen Recht überantwortet werden, wenn sie überall, d.h. „in all or at least in the majority of the world's legal systems“ als Gültigkeitsfrage behandelt werde⁸⁴⁷. Der Beantwortung der Gültigkeitsfrage schaltet Schlechtriem damit umfangreiche rechtsvergleichende Untersuchungen vor. Zur Begründung weist er darauf hin, dass hinsichtlich der Interpretation der Vorschriften der Konvention - also

⁸⁴⁴ So betont Hartnell, 18 *Yale Journal of International Law* (1993), S. 1, 20 „Article 4(a) mediates the tension between the international and domestic legal orders“.

⁸⁴⁵ Vgl. Hartnell, 18 *Yale Journal of International Law* (1993), S. 1, 9 f.; Schlechtriem, *Internationales UN-Kaufrecht*, Rn. 36; ders., *Unification*, S. 121, 129; Piltz, *Internationales Kaufrecht*, § 2, Rn. 135 mit Hinweis auf Sekretariatskommentar, Art. 4, Bem. 2; Bianca/Bonell/Khoo, Art. 4, Bem. 3.3.5.

⁸⁴⁶ S. Rabel, *RabelsZ* 5 (1931), S. 241, 253, 267 ff. und 287; deutlicher in: *Conflict of Laws*, S. 54 ff.

⁸⁴⁷ Schlechtriem, *Unification*, S. 121, 127 f., Fn. 11.

auch von Art. 4 S. 2 CISG - eine teleologische Herangehensweise vorzugswürdig sei und das Hauptziel der Konvention, die Schaffung von Rechtseinheit, daher besondere Beachtung verdiene⁸⁴⁸. Diese „autonome“ Methode Schlechtriems ist für sich genommen mit dem rein nationalen Ansatz am Engsten verbunden, da sie zwar nicht auf die Wertungen einer einzelnen nationalen Rechtsordnung abstellt, wohl aber auf - wenn auch rechtsvergleichend gewonnene - nationale Inhalte.

Demgegenüber erlaubt es eine weiter gehende Ansicht, bei der Qualifikation des Gültigkeitsbegriffs nationale Interessen unmittelbar dem Regelungszweck der Konvention gegenüberzustellen und auf einen Ausgleich hinzuwirken: „A tribunal called upon to decide whether a contract, provision, or usage is ‘governed by’ the Convention or excluded from its scope by article 4(a) must strive to interpret ‘validity’ in a manner that upholds the integrity of the Convention and respects the political compromises made during the drafting process.“⁸⁴⁹ Bei der Anwendung des Art. 4 S. 2 CISG müsse über die Heranziehung einer nationalen Gültigkeitsvorschrift im Lichte des besonderen internationalen handelsrechtlichen Kontextes entschieden werden. Insbesondere müsse in die Abwägung einfließen, ob sich die in Frage stehende Rechtsmaterie als vereinheitlichungsfähig darstelle. Dies könne sich zum einen aus den Regelungen des CISG selbst, andererseits aber auch aus dem Erfolg späterer, dem CISG nachfolgender Vereinheitlichungsbemühungen oder aus der Konvention ergangener Rechtsprechung ergeben⁸⁵⁰.

Ein alternatives Modell, das ebenfalls von einer konstitutiven Wirkung des Art. 4 S. 2 CISG ausgeht, stellt zur negativen Bestimmung des Regelungsbereichs nach Art. 4 S. 2 CISG nicht auf die in lit. a und b genannten Gegenstände ab, sondern konzentriert sich auf die Interpretation des Passus „Soweit in diesem Übereinkommen nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist“. Dieser ist insofern problematisch, als das CISG,

⁸⁴⁸ Vgl. Schlechtriem, *Unification*, S. 121, 141.

⁸⁴⁹ Hartnell, 18 *Yale Journal of International Law* (1993), S. 1, 20.

⁸⁵⁰ Vgl. Hartnell, 18 *Yale Journal of International Law* (1993), S. 1, 60 ff.

obwohl es Regelungen beinhaltet, die in nationalen Rechtsordnungen als Gültigkeitsfrage ausgestaltet sind⁸⁵¹, dies an keiner Stelle *ausdrücklich* hervorhebt. Daher wird vorgeschlagen, diese Formulierung nicht wörtlich zu verstehen, sondern eine „ausdrückliche“ Bestimmung immer dann anzunehmen, wenn das CISG einen Sachverhalt, der (auch) Gültigkeits- und Eigentumsfragen berührt, abschließend regelt⁸⁵².

Am Weitesten entfernt man sich schließlich von dem rein nationalen Ansatz, wenn man die Grundsätze der teleologischen Qualifikation auch auf Art. 4 S. 2 CISG anwendet - nur eben gegenüber S. 1 unter „umgekehrten Vorzeichen“: Ein Problem, das vom CISG nach einer wertenden Zusammenschau der kollisionsrechtlichen und materiellrechtlichen Inhalte der Konvention, insbesondere also unter Berücksichtigung der Auslegungs- und Lückenfüllungsgrundsätze des Art. 7 CISG, einheitlich und abschließend geregelt ist, kann nicht allein deshalb als externe Lücke dem nationalen Recht überantwortet werden, weil es zu dem gem. Art. 4 S. 2 lit. a CISG „insbesondere“ nicht betroffenen Bereich gehört⁸⁵³. Durch den methodischen Gleichlauf mit der positiven Bestimmung des Regelungsbereichs anhand von Art. 4 S. 1 CISG kommt Art. 4 S. 2 CISG nach dieser Konzeption ebenfalls lediglich deklaratorische Bedeutung zu, denn die Vorschrift hebt danach lediglich solche Bereiche hervor, die unter Beachtung der oben zur teleologischen Qualifikation entwickelten Grundsätze bei der Anwendung des S. 1 ohnehin nicht dem Regelungsbereich zugeordnet worden wären.

cc. Stellungnahme

Gegen den rein nationalen Ansatz zur negativen Bestimmung des Regelungsbereichs der Konvention in Anwendung des Art. 4 S. 2 CISG spricht zunächst dessen vornehmlich auf rechtspolitische Erwägungen gestützte Begründung. Denn auf rechtspolitischer Ebene ist zunächst darauf

⁸⁵¹ Der Sekretariatskommentar, Art. 4, Bem. 3, weist auf Art. 11 CISG hin.

⁸⁵² Vgl. Sekretariatskommentar, Art. 4, Bem. 3; Schlechtriem/Ferrari, Art. 4, Rn. 13; Bianca/Bonell/Khoo, Art. 4, Bem. 2.5.; Staudinger/Magnus, Art. 4, Rn. 27.

⁸⁵³ Vgl. Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 36; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 2, Rn. 135; Bianca/Bonell/Khoo, Art. 4, Bem. 3.3.5.; Schlechtriem/Slechtriem, Einl., S. 33.

hinzuweisen, dass die Anordnung der Vertragsnichtigkeit in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen verschiedenste Funktionen erfüllen kann. Nicht immer müssen ihr vitale nationale Interessen zugrunde liegen. Dies wird bereits dadurch deutlich, dass Normen, die nach nationalem Recht mit einer Nichtigkeitsfolge versehen sind, durchaus nicht notwendig zwingend sein müssen, sondern ebenso der Parteidisposition überlassen sein können⁸⁵⁴. Doch selbst wenn die zur Nichtigkeit führende Norm Ausdruck nationaler Politik- und Ordnungsvorstellungen sein sollte, so impliziert dies nicht notwendig, dass sich diese Interessen auch im internationalen kaufmännischen Verkehr durchsetzen sollen⁸⁵⁵. Sollte der betreffenden Norm schließlich dennoch ursprünglich eine solche Intention zugrunde gelegen haben, so ist zu beachten, dass der erlassende Staat mit dem Beitritt zum CISG zum Ausdruck gebracht hat, dass er dessen materielle Regeln und die ihnen zugrunde liegenden Wertungen als mit seiner Rechtsordnung übereinstimmend ansieht. Darin liegt ein wichtiger Unterschied zu rein kollisionsrechtlichen Übereinkommen, die wegen der Unvorhersehbarkeit des konkreten Ergebnisses der Verweisung regelmäßig einen ordre-public-Vorbehalt beinhalten⁸⁵⁶. Der Gesetzgeber, der dem CISG in Kenntnis seines Regelungsgehalts beigetreten ist, hat dadurch völkerrechtlich die Verpflichtung übernommen, diesem nicht durch die Durchsetzung entgegenstehender nationaler Wertungen zu widersprechen⁸⁵⁷. Hält er dies im Nachhinein aufgrund nationaler Gemeinwohlerwägungen für unumgänglich, so muss er das Abkommen kündigen⁸⁵⁸. Einer Ausweichklausel in dem Sinne, dass die materiellrechtlichen Regelungen des CISG außer Betracht bleiben, wenn sie gegen den ordre public eines Signatarstaates verstoßen, bedarf es demnach nicht⁸⁵⁹. Bereits aus diesem Grund sind rechtspolitische Erwägungen, die pauschal die Durchsetzbarkeit nationaler Politik- und

⁸⁵⁴ Vgl. Hartnell, 18 *Yale Journal of International Law* (1993), S. 1, 41 f. Ein Beispiel aus dem BGB ist die Möglichkeit der vertraglichen Abdingbarkeit der Irrtumsanfechtung, vgl. dazu bereits Ehrlich, *Das zwingende und nichtzwingende Recht*, S. 78; Flume, *BGB AT*, S. 401.

⁸⁵⁵ Vgl. Hartnell, 18 *Yale Journal of International Law* (1993), S. 1, 56 f.

⁸⁵⁶ Vgl. Czerwenka, *Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht*, S. 192 f.

⁸⁵⁷ Vgl. Schlechtriem, *Unification*, S. 121, 126.

⁸⁵⁸ Vgl. dazu oben, Text vor Fn. 788.

⁸⁵⁹ Vgl. Czerwenka, *Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht*, S. 192 f.

Ordnungsvorstellungen in den Vordergrund stellen, kein hinreichender Anlass, Art. 4 S. 2 CISG eine konstitutive, den Regelungsbereich des CISG gegebenenfalls auch über dessen materiellen Regelungsumfang hinaus einschränkende Wirkung zuzusprechen⁸⁶⁰.

Die rechtspolitische Argumentation ist zudem aus einem weiteren Grund nicht schlüssig: Da Art. 7 Abs. 2 Var. 2 CISG zur Schließung externer Lücken den Rückgriff auf das nach dem IPR des Forums berufene nationale Vertragsstatut anordnet (und nicht etwa den Rückgriff auf die *lex fori*)⁸⁶¹, muss eine Qualifikation des Begriffs der Vertragsgültigkeit auch anhand dieses Rechts erfolgen, wenn Wertungswidersprüche zwischen zwei verschiedenen nationalen Rechtsordnungen vermieden werden sollen. Erfolgte nämlich die Qualifikation nach der *lex fori*, könnte es zu der Konstellation kommen, dass diese eine Rechtsfrage als Gültigkeitsfrage ansieht, für welche die *lex causae* entweder gar keine oder aber eine den politischen Ordnungs- und Lenkungsvorstellungen der *lex fori* zuwiderlaufende Regelung enthält. Den nationalen Interessen des Forumstaates wäre damit in keinster Weise gedient: Aus der Sicht des Forums würde der nationale Ansatz in der Regel lediglich zur Wahrung der Interessen eines nach dem anwendbaren IPR bzw. der parteiautonomen Rechtswahl zu bestimmenden, fremden Staates führen und nur im Falle einer zufälligen Übereinstimmung von *lex fori* und *lex causae* eigene Interessen bewahren.

Abgesehen von seiner wenig stichhaltigen rechtspolitischen Begründung ist der nationale Ansatz mit der *ratio* der Konvention nur schwer zu vereinbaren. Zum einen bringt er die Gefahr einer unzulässigen Beschneidung ihres Regelungsbereichs mit sich⁸⁶²: Sobald nämlich eine abschließende einheitsrechtliche Regelung mit einer nationalen Vorschrift konkurrieren würde, die innerhalb des Gefüges dieser nationalen Rechtsordnung als

⁸⁶⁰ Rechtspolitisch erscheint dies ohnehin als Randproblem: Die staatliche Lenkungs- und Gemeinwohlpolitik bezieht sich zumeist auf Bereiche, für die das CISG keinerlei Regelung bereithält, die nationale Vorschriften verdrängen könnte. Vgl. auch oben, Text vor Fn. 796.

⁸⁶¹ Vgl. Bianca/Bonell/Bonell, Art. 7, Bem. 2.3.3.

⁸⁶² Die Gefahr einer übermäßigen Beschneidung des Regelungsbereichs durch zu weite Interpretation des Art. 4 S. 2 lit. a CISG sieht auch Hartnell, 18 *Yale Journal of International Law* (1993), S. 1, 41.

Gültigkeitsfrage angesehen wird, müsste man paradoxerweise eben diese im CISG niedergelegte Regel gem. Art. 4 S. 2 lit. a CISG als von dessen Regelungsbereich ausgenommen ansehen. Dem Anspruch, durch Rechtsklarheit zur Rechtssicherheit beizutragen und somit die Entwicklung des internationalen Handels zu fördern⁸⁶³, könnte das CISG damit nicht gerecht werden: Stets bestünde ein Restzweifel, ob eine im CISG ausdrücklich getroffene Regelung auch tatsächlich anwendbar ist. Auch aus der Perspektive des dem CISG innewohnenden Gebots einheitlicher Anwendung⁸⁶⁴ ist der streng nationale Ansatz abzulehnen: Ohne jedes einheitsrechtliche Korrektiv würde er zu einem entweder von der lex fori oder dem Subsidiärstatut abhängigen, uneinheitlichen Regelungsumfang des CISG führen, da in jedem Land andere Sachfragen als Probleme der Vertragsgültigkeit i.S.d. Art. 4 S. 2 lit. a CISG angesehen werden. Damit wäre der Vereinheitlichungszweck des Übereinkommens in erheblichem Maße gefährdet.

Demgegenüber ist Schlechtriems Modell der „autonomen“ Qualifikation zuzugeben, dass es sich zumindest formal bemüht zeigt, dem dem CISG immanenten Anspruch der Förderung einheitlicher Rechtsanwendung gerecht zu werden. Da es dem Rechtsanwender jedoch streng genommen für jeden Einzelfall eine rechtsvergleichende Umschau zur Ermittlung der durch die nationalen Rechtsordnungen getroffenen „Mehrheitsentscheidungen“ hinsichtlich der Einstufung der in Frage stehenden Rechtsmaterien als Gültigkeitsfragen abverlangt, läuft es wiederum der ratio conventionis zuwider: Das CISG will keine Rechtseinheit um jeden Preis erzielen, sondern um der Vereinfachung und damit Förderung des internationalen Handels willen⁸⁶⁵. Darüber hinaus sieht sich die „autonome“ Qualifikation nach Schlechtriem - ihre strikte Anwendung vorausgesetzt - bezüglich der mangelnden Einbeziehung der übrigen materiellen, in den Sachvorschriften der Konvention zum Ausdruck kommenden Wertungen denselben Einwänden ausgesetzt wie der rein nationale Ansatz.

⁸⁶³ S. Abs. 3 der Präambel.

⁸⁶⁴ S. oben, Text vor Fn. 823.

⁸⁶⁵ S. nochmals Abs. 3 der Präambel.

Zustimmung verdient hingegen Schlechtriems an anderer Stelle zu dem Problemkreis dargelegter Lösungsvorschlag. Danach müsse über die Bestimmung des Anwendungsbereichs „eine autonome und funktionale Qualifikation der in Betracht kommenden Regeln [...entscheiden]. Ist die zu entscheidende Sachfrage bei funktionaler Qualifikation eine solche des Kaufrechts und enthält das CISG eine explizite oder durch Anwendung seiner Grundsätze zu ermittelnde Lösung, dann sollte die Regelung der Sachfrage durch das CISG auch als abschließend angesehen und nicht durch nationale Rechtsbehelfe verändert oder ergänzt werden“⁸⁶⁶. Diese Lösung entspricht dem oben vorgeschlagenen Rückgriff auf die zu Art. 4 S. 1 CISG entwickelten Grundsätze der teleologischen Qualifikation und spricht letztlich dafür, Art. 4 S. 2 CISG lediglich eine deklaratorische Bedeutung beizumessen. Dieser Schluss sieht sich in der Entstehungsgeschichte des Art. 4 CISG bestätigt: Bereits zu dem sachlich entsprechenden⁸⁶⁷ Art. 8 EKG wurde die Auffassung vertreten, dass er im Grunde überflüssig sei, da die Reichweite des Übereinkommens durch den Inhalt seiner Regelungen hinreichend bestimmt sei⁸⁶⁸. Auch im weiteren Verlauf der Vorarbeiten wurde mehrfach die Streichung einer entsprechenden Vorschrift verlangt⁸⁶⁹. Jedoch setzte sich schließlich die Ansicht durch, dass Art. 4 CISG insbesondere für den juristisch nicht geschulten Anwender des CISG eine nützliche Orientierungshilfe bedeute und daher beizubehalten sei⁸⁷⁰. Die Bedeutung dieser Vorschrift trotz ihrer Übernahme in das CISG nicht überzubewerten, gemahnt auch der Sekretariatskommentar, wenn er formuliert: „Although there are no provisions in this Convention which expressly govern the validity of the contract or of any usage, some provisions may provide a rule which

⁸⁶⁶ Schlechtriem/Slechtriem, Einl., S. 33.

⁸⁶⁷ Vgl. Staudinger/Magnus, Art. 4, Rn. 6.

⁸⁶⁸ Vgl. UNCITRAL Yb. III (1972), S. 74, Nr. 37.

⁸⁶⁹ UNCITRAL Yb. VI (1975), S. 70; UNCITRAL Yb. VIII (1977), S. 30, Nr. 75.

⁸⁷⁰ Vgl. Bianca/Bonell/Khoo, Art. 4, Bem. 1.2.; UNCITRAL Yb. VI (1975), S. 52, Nr. 32. Man befürchtete zudem, dass Gerichte aufgrund der Streichung des Artikels im Wege eines Umkehrschlusses aus Art. 8 EKG zu der Ansicht gelangen könnten, das CISG regele Gültigkeitsfragen abschließend, vgl. UNCITRAL Yb. VI (1975), S. 93, Nr. 50.

would contradict the rules on validity of contracts in a national legal system. In case of conflict the rule in this Convention would apply.”⁸⁷¹

Schließlich spricht auch der Wortlaut des Art. 4 S. 2 CISG gegen die Annahme, dass die Vorschrift pauschal eine Einschränkung des gem. S. 1 bestimmten Regelungsbereichs bezwecke. Denn zum einen ist der Katalog der nicht geregelten Materien lediglich als beispielhafte Aufzählung ausgestaltet („insbesondere“), zum anderen beschreibt Art. 4 S. 2 CISG die nicht geregelten Materien nur insoweit, als „in diesem Übereinkommen nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist“. Demnach kann die Aufnahme eines Sachbereichs in den Katalog dieser Vorschrift nicht als das „letzte Wort“ für den Ausschluss einer Sachfrage aus dem Regelungsbereich angesehen werden.

e. Art. 5 CISG

Der Streit um Rechtsnatur und Qualifikation der Vorschrift besteht bei Art. 5 CISG im Gegensatz zu Art. 4 S. 2 CISG nicht. So wie die Konventionsgeber in Art. 2 CISG eine klar umrissene, abschließend aufgezählte Reihe von Verträgen aus dem Anwendungsbereich des CISG ausgenommen haben, die sich insbesondere aus rechtspolitischen Gründen als der Vereinheitlichung nicht zugänglich erwiesen haben⁸⁷², ordnet Art. 5 CISG an, dass Fragen, welche die vertragliche Haftung des Verkäufers für den durch die Ware verursachten Tod oder die Körperverletzung einer Person zum Gegenstand haben, nicht von der Konvention erfasst sind. Im Gegensatz zu Art. 4 S. 2 CISG ist die Aufzählung der mittels Art. 5 CISG ausgenommenen Bereiche abschließend; sie wird auch nicht durch eine auf andere Vorschriften verweisende „soweit“-Ausnahme aufgeweicht. Art. 5 CISG nimmt mithin konkrete Bereiche der rechtspolitisch besonders brisanten Produkthaftung vom Regelungsbereich aus⁸⁷³. Damit richten sich nicht nur die deliktischen,

⁸⁷¹ Sekretariatskommentar, Art. 4, Bem. 2.

⁸⁷² Vgl. oben, Fn. 746.

⁸⁷³ Dadurch sollte verhindert werden, dass neben weiterreichenden nationalen Regelungen auch internationalen Vereinheitlichungsbemühungen der Boden entzogen würde, vgl. Honnold, *Documentary History*, S. 466, Nr. 11 ff.

sondern auch die vertraglichen Ersatzansprüche für Personenschäden nach dem vom Kollisionsrecht berufenen Subsidiärstatut⁸⁷⁴.

f. Zusammenfassung und Ergebnis

Die teleologische Qualifikation beschreibt eine Methode, die sich zur Bestimmung des Regelungsbereichs des CISG auf Art. 4 S. 1 und S. 2 CISG gleichermaßen heranziehen lässt. Ihren Nutzen entfaltet sie in zweierlei Hinsicht: Zum einen erlaubt sie durch die Einbeziehung der Ebene des materiellen Rechts die Konkretisierung von „Systembegriffen“ des Übereinkommens, die sich für sich genommen nicht hinreichend deutlich und damit auch nicht einheitlich bestimmen lassen würden. Wie gesehen, ist davon insbesondere der Begriff der „Vertragsgültigkeit“ des Art. 4 S. 2 lit. a CISG betroffen. Ebenso ermöglicht sie die einheitliche kollisionsrechtliche Erfassung auch solcher Rechtsinstitute, die dem CISG „an sich“ unbekannt sind⁸⁷⁵ - mit dem Ergebnis, dass die einheitliche Anwendung des CISG nicht an der Verschiedenheit der konkurrierenden nationalen Rechtsordnungen scheitern muss. Durch die teleologische Qualifikation wird beiden Sätzen des Art. 4 CISG letztlich nur eine deklaratorische Funktion zuerkannt⁸⁷⁶. Daraus folgt, dass auch eine Negativzuordnung zu Art. 4 S. 1 CISG den Regelungsbereich nicht zu begrenzen, zu Art. 4 S. 2 CISG ihn nicht zu erweitern vermag. Letztlich ist der Regelungsbereich der Konvention aus ihren materiellen Einzelbestimmungen heraus zu bestimmen, was sich methodisch vom klassischen Kollisionsrecht abhebt und einer Lösung auf der Konkurrenzenebene angenähert ist. Die sowohl in den Wertungen des Art. 7 Abs. 1 CISG als auch der Präambel zum Ausdruck kommende *ratio conventionis* verpflichtet den Rechtsanwender dabei zu einer möglichst

⁸⁷⁴ Vgl. Staudinger/Magnus, Art. 5, Rn. 15.

⁸⁷⁵ Damit ist das weitere Vorgehen für die in Fn. 821 aufgeworfene Zuordnung der *consideration rule* vorgezeichnet: Es sind die materiellrechtlichen Normen des CISG daraufhin zu untersuchen, ob in ihnen eine Regelung erfolgt, die mit der *consideration*-Lehre vergleichbar ist oder zumindest in einem hinreichend engen Sachzusammenhang steht, um sie als kaufrechtlich zu qualifizieren. Erst bejahendenfalls kann ein Vorrang des CISG angenommen werden. Vgl. dazu das Beispiel bei Honnold, *Uniform Law*, Rn. 204.1 ff.

⁸⁷⁶ Dagegen insbes. Lessiak, *östJBl* 1989, S. 487, 492.

weitreichenden Bestimmung des Regelungsbereichs; es gilt insoweit „in dubio pro lege uniformi“⁸⁷⁷.

Den vorangegangenen Ausführungen ist als Grundsatz für die Lösung des Konkurrenzproblems zwischen nationalem Recht und Konventionsrecht die folgende Regel zu entnehmen: Soweit dem CISG für eine Rechtsfrage unter Einbeziehung seiner Auslegungs- und Lückenfüllungsmechanismen eine abschließende Regelung zu entnehmen ist, so ist sie auch dem Regelungsbereich des Übereinkommens zuzuordnen - mit der Folge, dass die unvereinheitlichten nationalen Regeln einschließlich des einfach-zwingenden Rechts bis an die Grenzen des *ordre public* bzw. der Eingriffsnormen durch das Einheitsrecht verdrängt werden. Letzteres gilt insoweit abschließend. Ist dies nicht möglich, so betrifft die Frage entweder eine externe oder eine nicht im Wege der autonomen Lückenfüllung zu schließende interne Lücke; eine Abgrenzung ist wegen Art. 7 Abs. 2 Var. 2 CISG nicht erforderlich: In beiden Fällen ist die Grenze des Regelungsanspruchs des Übereinkommens überschritten; die Frage ist anhand des vom Kollisionsrecht berufenen, unvereinheitlichten Subsidiärstatuts zu beantworten.

2. Die einzelnen Schnittstellen

a. Partei- und Privatautonomie

aa. Die dispositive Natur des CISG

(1) Art. 6 CISG

Das CISG ist grundsätzlich nachgiebiges Recht. Dieses Prinzip kommt bereits im Wortlaut des Art. 6 CISG unmissverständlich zum Ausdruck. Die Parteien eines Kaufvertrages, auf den das CISG aufgrund seiner objektiven Anwendungsvoraussetzungen zunächst anwendbar ist, haben danach die

⁸⁷⁷ Vgl. Magnus, *RabelsZ* 53 (1989), S. 116, 120 f.

Möglichkeit, von der Konvention sowohl kollisionsrechtlich⁸⁷⁸ als auch materiellrechtlich ganz oder teilweise abzuweichen (Prinzip des „opting out“)⁸⁷⁹. Diese Abweichung kann - ohne dass dies in Art. 6 CISG ausdrücklich erwähnt würde - sowohl vor Abschluss des Kaufvertrages als auch zu einem späteren Zeitpunkt mit Wirkung ex tunc vereinbart werden⁸⁸⁰. Sie hat vertraglichen Charakter, daher sind ein einseitiger Ausschluss bzw. einseitige Abweichungen sowohl dem Verkäufer als auch dem Käufer verwehrt⁸⁸¹. Abweichungen können, obwohl Art. 6 CISG dies im Gegensatz zu Art. 3 EKG nicht mehr ausdrücklich vorsieht, auch konkludent erfolgen⁸⁸².

Wie die Vorarbeiten zum CISG belegen, stand die in Art. 6 CISG getroffene Grundentscheidung für eine weitestgehende Dispositivität seiner Regeln für die Mehrheit der Delegierten von Beginn der Arbeiten an außer Zweifel. Die Versuche Kanadas, eine Beschränkung der Vertragsfreiheit mittels des

⁸⁷⁸ Vgl. bereits Sekretariatskommentar, Art. 5, Bem. 1 (Die teilweise abweichende Nummerierung der Artikel im Sekretariatskommentar ergibt sich daraus, dass dieser sich auf den New Yorker Entwurf von 1978 bezieht. Bevor eine Aussage aus dem Sekretariatskommentar auf das CISG bezogen werden kann, muss daher zunächst ein Vergleich zwischen dem Entwurf und der korrespondierenden Vorschrift des CISG vorgenommen werden. Bis auf die veränderte Nummerierung des Verweises entspricht Art. 5 des Entwurfs Art. 6 CISG; s. zum Entwurf oben, Fn. 696. Die Zulässigkeit der kollisionsrechtlichen Wahl einer anderen Rechtsordnung ergibt sich allerdings nicht aus Art. 6 CISG, sondern richtet sich nach den Vorschriften des IPR der lex fori, vgl. Czerwenka, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, S. 168; Staudinger/Magnus, Art. 6, Rn. 58.

⁸⁷⁹ Vgl. Sekretariatskommentar, Art. 5, Bem. 1 f.; ferner Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 19 ff.

⁸⁸⁰ Vgl. Staudinger/Magnus, Art. 6, Rn. 51.

⁸⁸¹ S. zunächst die Entstehungsgeschichte in Honnold, Documentary History, S. 302, 360, 366. Diese Wertung hat sich auch im Wortlaut in der Verwendung des Plurals („die Parteien können...“) niedergeschlagen, vgl. Staudinger/Magnus, Art. 6, Rn. 10. Zustimmung Czerwenka, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, S. 169; Schlechtriem/Ferrari, Art. 6, Rn. 13, 17 m.w.N.

⁸⁸² Die Änderung des Wortlautes sollte lediglich verhindern, dass der Richter vorschnell einen konkludenten Ausschluss annimmt. Erforderlich ist also ein hinreichend deutlicher Parteiwille (Fallgruppen s. Schlechtriem/Ferrari, Art. 6, Rn. 19 ff.; Staudinger/Magnus, Art. 6, Rn. 22 ff.). Ist ein solcher Parteiwille nicht erkennbar, bleibt die Konvention anwendbar. Obwohl dieses Ergebnis in den Verhandlungen teilweise bezweifelt wurde (so von O’Flynn (Großbritannien) und Wagner (DDR), vgl. Honnold, Documentary History, S. 470), spricht die Entstehungsgeschichte sowohl des EKG als auch des CISG klar für eine solche Auslegung; vgl. dazu Honnold, Documentary History, S. 48-49 (EKG), 61 (EKG), 301-302, 322, 366; vgl. ferner Bianca/Bonell/Bonell, Art. 6, Bem. 2.3; Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 19; Schlechtriem/Ferrari, Art. 6, Rn. 1; Staudinger/Magnus, Art. 6, Rn. 20 f. Anderer Ansicht (bezogen auf den New Yorker Entwurf): Magnus, RIW/AWD 1978, S. 338, 339.

Grundsatzes von Treu und Glauben festzulegen⁸⁸³, scheiterten. Ebenso war der bereits bei den vorbereitenden Untersuchungen zu den Haager Kaufgesetzen vorgetragene Vorstoß Tunesiens, in einem künftigen Kaufgesetz bestimmte Vertragselemente der Disposition der Parteien zu entziehen, auf starken Widerstand gestoßen⁸⁸⁴. Dahinter steht die jahrzehntelang gewachsene Überzeugung, dass die durch die Privatautonomie ermöglichte freie Verhandlung und Gestaltung von Verträgen ein tragendes Element für die Entwicklung des internationalen Handels sei⁸⁸⁵. Im Gegensatz zu seinem Vorgänger, Art. 3 EKG, hebt Art. 6 CISG daher die Möglichkeit, dass die Parteien von den Konventionsbestimmungen „abweichen oder deren Wirkungen ändern“, sogar ausdrücklich hervor⁸⁸⁶.

Art. 6 CISG ist mithin nicht als Zeichen „mangelnden Selbstvertrauens“ der Konvention zu bewerten⁸⁸⁷, sondern schlicht als Ausdruck des Bewusstseins um das vorherrschende Prinzip der Privatautonomie, dessen weitestmögliche Verwirklichung nicht nur in der Tradition der Kaufrechtsvereinheitlichung steht, sondern Grundvoraussetzung für die Anpassungsfähigkeit der Konvention an die vielfältigen vorgefundenen Gegebenheiten des internationalen Handels ist: „The provisions of the Convention, however, were not meant to fill a vacuum. International business practice did not have the luxury of waiting until states could come to agreement to establish a suitable legal regime for transactions. The Convention, therefore, acknowledges that other rules exist which it supplements.“⁸⁸⁸

⁸⁸³ Zur Entstehung des Art. 6 CISG s. Honnold, *Documentary History*, dort v.a. die Diskussion auf der Diplomatischen Konferenz in Wien, S. 468-475, die letztlich zur einstimmigen Annahme der Vorschrift führte, s. S. 736 f. Zur Diskussion über den Vorschlag Kanadas s. S. 468, Bem. 53 ff.

⁸⁸⁴ Vgl. Honnold, *Documentary History*, S. 48 f.

⁸⁸⁵ Bereits zu Beginn der Bemühungen um eine Vereinheitlichung des Kaufrechts schrieb Rabel in seinen Erläuterungen zum Kaufrechtsentwurf 1935 (vgl. oben, Fn. 679): „Am liebsten hätte man in jedem einzelnen Artikel den Leser darauf hingewiesen, dass nur subsidiäre Rechtssätze aufgestellt sind“, Rabel, *RabelsZ* 9 (1935), S. 1, 52.

⁸⁸⁶ Die Aufnahme des ausdrücklichen Hinweises in das CISG ist allerdings lediglich redaktioneller Natur - die dahinter stehende Rechtsauffassung bestand bereits für Art. 3 EKG, vgl. v. Caemmerer/Schlechtriem/Herber, Art. 6, Rn. 3.

⁸⁸⁷ Vgl. Audit, *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*, S. 173, 174.

⁸⁸⁸ Audit, *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*, S. 173, 175.

(2) Sonstige Vorschriften

Von Art. 6 CISG einmal abgesehen, kommt der nachgiebige Charakter des Übereinkommens in einer Reihe von weiteren Vorschriften zum Ausdruck⁸⁸⁹. Zu nennen sind Artt. 30 und 53 CISG, die feststellen, dass die Hauptpflichten des Verkäufers bzw. des Käufers „nach Maßgabe des Vertrages und dieses Übereinkommens“ zu erfüllen sind - und somit einer vertraglichen Parteiabrede gegenüber abweichenden Konventionsregelungen ausdrücklich den Vorrang einräumen. Gleiches trifft für Artt. 31, 35 Abs. 2, 57 Abs. 1 und 58 CISG zu, in denen auf den subsidiären Charakter der Regelungen hingewiesen wird: „Haben die Parteien nichts anderes vereinbart,...“⁸⁹⁰. Ferner findet der Vorrang des Parteiwillens auch in Art. 9 Abs. 1 und 2 CISG Ausdruck⁸⁹¹.

bb. Konventionsinterne Grenzen der Disponibilität

Ausdrücklich weist Art. 6 CISG hinsichtlich der Grenzen der Disponibilität lediglich auf Art. 12 CISG hin. Dennoch ist unbestritten, dass die Privatautonomie auch innerhalb des Anwendungs- und Regelungsbereichs des Übereinkommens weitergehende Einschränkungen erfährt, die sich teils aus den Vorschriften der Konvention selbst ergeben, teils aber auch aus der Rechtsnatur des CISG als völkerrechtlicher Vertrag.

(1) Art. 12 CISG

Art. 12 CISG begrenzt den in Artt. 11 und 29 CISG niedergelegten Grundsatz der Formfreiheit, wenn der Staat, in dem zumindest eine Partei ihre Niederlassung hat, einen Vorbehalt nach Art. 96 CISG erklärt hat. Durch die zwingende Ausgestaltung des Art. 12 CISG soll verhindert werden, dass die Parteien über den Umweg des CISG die nationalen Schriftformerfordernisse der Staaten umgehen können, die ihrer Einhaltung solche Bedeutung beimessen, dass in Ermangelung einer solchen Vorbehaltsmöglichkeit ihre

⁸⁸⁹ Vgl. Schlechtriem/Ferrari, Art. 6, Rn. 6; Staudinger/Magnus, Art. 6, Rn. 1; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 2, Rn. 174; Bianca/Bonell/Bonell, Art. 6, Bem. 1.1 und 1.2; Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 19.

⁸⁹⁰ S. Art. 35 Abs. 2 CISG.

⁸⁹¹ S. dazu unten, Teil II, III.2.b.

Zustimmung zum Übereinkommen gefährdet gewesen wäre⁸⁹². In der Rechtsfolge stellt Art. 12 CISG den Zustand wieder her, der hinsichtlich der Formerfordernisse ohne die Konvention bestehen würde: Es finden nicht zwangsläufig die Formvorschriften des Vorbehaltsstaates, sondern die des vom Kollisionsrecht berufenen Subsidiärstatuts Anwendung. Machen die Parteien allerdings von der Möglichkeit Gebrauch, die Geltung des CISG gänzlich auszuschließen, findet auch Art. 12 CISG keine Anwendung. Dies kommt auch in der in Art. 6 CISG formulierten Einschränkung zum Ausdruck, wonach lediglich dessen zweite Alternative („...von seinen Bestimmungen abweichen oder deren Wirkung ändern“) „vorbehaltlich des Art. 12“ gilt⁸⁹³.

(2) Der völkerrechtliche Rahmen des CISG

Die Regeln des CISG unterliegen nur insoweit der Disposition der Parteien, als diese auch primäre Normadressaten sind. Daher können Regeln, die den völkerrechtlichen Rahmen der Konvention bilden, insbesondere also die Schlussbestimmungen der Artt. 89-99 CISG, von den Parteien weder ausgeschlossen noch in irgendeiner Weise modifiziert werden⁸⁹⁴: Das Bestehen und die Reichweite der völkerrechtlichen Bindungen des Staates zu bestimmen, ist dem Willen des privaten Bürgers entzogen⁸⁹⁵.

(3) Anwendungsvorschriften

Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die Frage zu beantworten, ob diejenigen Normen zur Parteidisposition stehen, die den Anwendungsbereich des Übereinkommens festlegen. Auf den ersten Blick scheinen diese vom Wortlaut des Art. 6 CISG umfasst zu sein, denn auch die Vorschriften über den Anwendungsbereich sind „Bestimmungen“ des Übereinkommens. Doch bestimmen diese primär, unter welchen Voraussetzungen die Mitgliedsstaaten

⁸⁹² Vgl. Piltz, Internationales Kaufrecht, § 2, Rn. 164.

⁸⁹³ Vgl. Staudinger/Magnus, Art. 12, Rn. 13; Schlechtriem/Slechtriem, Art. 12, Rn. 4.

⁸⁹⁴ Vgl. Czerwenka, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, S. 172.

⁸⁹⁵ Siehe Lindbach, Rechtswahl im Einheitsrecht, S. 76: „Daher ist es zum Beispiel ausgeschlossen, dass einem Staat durch eine Parteivereinbarung die Möglichkeit genommen wird, bei Ratifizierung der CISG einen nach den Artt. 92-96 CISG vorgesehenen Vorbehalt einzulegen“.

des Übereinkommens völkerrechtlich verpflichtet sind, eine Überlagerung ihrer Rechtsordnung mit den materiellrechtlichen Bestimmungen des Einheitsrechts anzuerkennen. Die Vertragsparteien sind von dieser Regelung lediglich mittelbar betroffen. Somit ist in Bezug auf die Anwendungsvoraussetzungen eine Eingriffsmöglichkeit der Parteien abzulehnen.

(4) *Art. 28 CISG*

Art. 28 CISG formuliert eine Kompromisslösung für einen zwischen den Rechtskreisen des civil law und des common law bezüglich der Bewertung des Erfüllungsanspruchs seit jeher bestehenden, bis heute als unüberbrückbar geltenden Gegensatz⁸⁹⁶. Im Grundsatz folgt der Erfüllungsanspruch im System des Einheitskaufrechts der einheitlichen Auffassung kontinentaleuropäischer Rechtssysteme, dass der primäre „Rechtsbehelf“⁸⁹⁷ die Erfüllung in Natur ist, das Recht des Gläubigers, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, dagegen von zusätzlichen Voraussetzungen abhängt⁸⁹⁸. Der Schuldner soll nach dieser Konzeption nicht das Recht haben, sich durch Leistung von Schadensersatz ohne weiteres vom Vertrag „loszukaufen“⁸⁹⁹. In den Staaten des common law wird dies umgekehrt gesehen. Der Anspruch auf Erfüllung in Natur („specific performance“) wird nur gewährt, wenn der Gläubiger ein besonderes Interesse daran hat⁹⁰⁰. So fordert beispielsweise § 2-716 UCC für „specific performance“, dass die zu

⁸⁹⁶ Vgl. Rabel, *RabelsZ* 9 (1935), S. 1, 69: „Hinsichtlich der Klage auf Erfüllung ist, wie jeder Kenner sich leicht denken kann, eine für das anglo-amerikanische und die sonstigen Rechte zugleich annehmbare Lösung unauffindbar.“

⁸⁹⁷ Aus deutscher Sicht ungewohnt ist, dass sich die Erfüllung gem. Art. 46 Abs. 1 CISG über Art. 45 Abs. 1 lit. a CISG in die Reihe der dem Käufer bei Verletzung vertraglicher Verkäuferpflichten zustehenden Rechtsbehelfe einreicht. Nach kontinentaleuropäischer Rechtstradition erscheint uns der Erfüllungsanspruch des Gläubigers „in Natur“ als ganz selbstverständliche Folge des Prinzips „pacta sunt servanda“, als das von Rabel so bezeichnete „Rückgrat der Obligation“, s. Rabel, *Das Recht des Warenkaufs*, Bd. 1, S. 375. Erst die nachfolgend beschriebene Sonderstellung des Anspruchs auf Erfüllung „in Natur“ im common law Rechtskreis macht es verständlich, warum die Erfüllung im UN-Kaufrecht als Rechtsbehelf ausgestaltet ist, dem Käufer zur Verfügung steht, wenn der Verkäufer seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommt.

⁸⁹⁸ Insbesondere dem Vorliegen einer Vertragsverletzung, vgl. Art. 45 Abs. 1 lit. b bzw. Art. 61 Abs. 1 lit. b i.V.m. Artt. 74-77 CISG.

⁸⁹⁹ Vgl. Schlechtriem/Huber, Art. 28, Rn. 2.

⁹⁰⁰ Vgl. Staudinger/Magnus, Art. 46 Rn. 6.

liefernde Ware für den Käufer „unique“, also unersetzlich ist. Ansonsten kann er lediglich Schadensersatz in Geld verlangen. Mit Rücksicht auf diese bereits im Ansatz unterschiedliche Sichtweise bezüglich der mit den Vertragsansprüchen korrespondierenden Interessen der Parteien bestimmt Art. 28 CISG, dass ein Gericht ein Urteil auf Erfüllung in Natur nur dann fällen muss, wenn es dies nach eigenem Recht bei gleichartigen Kaufverträgen ebenfalls täte, oder - anders ausgedrückt - auf eine Klage auf Erfüllung so reagieren soll, wie es dies nach der *lex fori* gewohnt ist⁹⁰¹.

Obwohl in Art. 6 CISG nicht ausdrücklich als zwingende Norm benannt, enthält auch Art. 28 CISG zwingendes Recht: Indem die Vorschrift die Regelung des Anspruchs auf Erfüllung in Natur letztlich dem Sachrecht der jeweiligen *lex fori* überantwortet, wird der Regelungsbereich der Konvention insoweit beschränkt. Dadurch können die Parteien über diese Frage auch nicht auf der Grundlage des Art. 6 CISG disponieren⁹⁰². Wie Piltz zutreffend feststellt, ist den Parteien dennoch eine entgegenstehende vertragliche Vereinbarung nicht grundsätzlich verwehrt⁹⁰³. Die in Art. 28 CISG getroffene Aussage beschränkt sich darauf, dass sich die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung nicht mehr nach dem CISG bestimmt, sondern nach der *lex fori*. Ein Richter, der nach seinem nationalen Recht diesbezüglich einen Ermessensspielraum hat, kann sich durch eine entsprechende Vereinbarung in seiner Entscheidung durchaus beeinflussen lassen⁹⁰⁴.

(5) *Art. 7 CISG*

Die Abdingbarkeit von Art. 7 CISG wird zumeist als rein theoretische Option ohne praktische Relevanz abgetan⁹⁰⁵. Dennoch wird vereinzelt darauf aufmerksam gemacht, dass eine privatautonome Einflussnahme auf Art. 7 CISG erwünscht sein kann. In der Praxis durchaus vorstellbar sei

⁹⁰¹ Vgl. Schlechtriem/Huber, Art. 28, Rn. 5.

⁹⁰² Vgl. Schlechtriem/Huber, Art. 28, Rn. 24; Staudinger/Magnus, Art. 28, Rn. 20.

⁹⁰³ Vgl. Piltz, Internationales Kaufrecht, § 2, Rn. 165.

⁹⁰⁴ Vgl. § 2-716 UCC, der einen Erfüllungsanspruch in Natur u.a. auch in „other proper circumstances“ zulässt.

⁹⁰⁵ Vgl. Czerwenka, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, S. 172; Staudinger/Magnus, Art. 7, Rn. 54.

beispielsweise eine Klausel, in der die Parteien vereinbaren, die Geltung des CISG zwar nicht in seiner Gesamtheit auszuschließen, hinsichtlich der Auslegung seiner Normen jedoch die - im Vergleich zu Art. 7 Abs. 1 CISG äußerst engen - Auslegungsgrundsätze des common law für Gesetzesrecht heranzuziehen und die verbleibenden Lücken durch Regeln des case law zu schließen⁹⁰⁶. Zweifel an der Zulässigkeit einer solchen privatautonomen Vereinbarung werden vornehmlich aus rechtspolitischem Blickwinkel geäußert. Sie gefährde die autonome Auslegung des Einheitsrechts und mithin die Grundlage für die Verwirklichung des elementaren Anliegens der Rechtsvereinheitlichung, nicht lediglich einheitliche Konventionstexte hervorzubringen, sondern durch die Sicherstellung einer staatenübergreifenden Anwendungspraxis und Begriffsbildung echtes Einheitsrecht zu schaffen⁹⁰⁷. Aufgrund der in Art. 6 CISG getroffenen Wertentscheidungen erscheint jedoch die Abdingbarkeit des Art. 7 CISG zwingend, denn wenn Art. 6 Hs. 1 CISG zulässt, die Konvention als Ganze abzubedingen, dann muss es den Parteien erst recht unbenommen bleiben, gleichsam als ein minus vertraglicher Einflussnahme lediglich die Anwendungsprämissen ihrer Regelungen bei deren grundsätzlichen Fortgeltung zu vereinbaren⁹⁰⁸. Unterstützt wird dieses Ergebnis durch Art. 6 Hs. 2 CISG. Es ist nicht ersichtlich, warum eine mittelbare Modifikation der Vorschriften der Konvention durch die Vereinbarung abweichender Auslegungsregeln anders behandelt werden soll als eine unmittelbare, in Art. 6 Hs. 2 CISG ausdrücklich gestattete Derogation. Das rechtspolitische Argument kann daher nicht überzeugen; es findet in der Konvention selbst keine hinreichende Stütze. Indem die Konvention ihrer totalen Abdingbarkeit keine Grenzen setzt, stellt sie selbst das Ziel der Rechtsvereinheitlichung hinter das einer unbeschränkten Privatautonomie. Art. 7 CISG ist daher grundsätzlich auch isoliert abdingbar⁹⁰⁹. Da jedoch, wie oben gesehen, die

⁹⁰⁶ So Bianca/Bonell/Bonell, Art. 7, Bem. 3.3. S. ausführlich zu den methodischen Divergenzen bei der Interpretation von internationalem Einheitsrecht im deutschen und englischen Recht: Diedrich, Autonome Auslegung, S. 56 ff.

⁹⁰⁷ S. Goldštajn, Autonomous Rules, S. 55, 100; Bianca/Bonell/Bonell, Art. 7, Bem. 3.3.

⁹⁰⁸ Vgl. Neumayer/Ming, Art. 7, Rn. 2.

⁹⁰⁹ Im Ergebnis zustimmend Czerwenka, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, S. 172.

Wertungen des Art. 7 CISG Einfluss auf die Bestimmung des Regelungsbereichs der Konvention haben⁹¹⁰, kann das CISG unter Abweichung von dieser Vorschrift nur insoweit auch zwingendes nationales Recht verdrängen, als diese Abweichung an die Anwendung des Übereinkommens zumindest ebenso strenge Anforderungen stellt wie Art. 7 CISG. Eine privatautonome Änderung der Auslegungs- und Lückenfüllungsgrundsätze, die im Ergebnis zu einer Erweiterung des Regelungsbereichs der Konvention führen würde⁹¹¹, wäre dagegen aus völkerrechtlichen Gründen unzulässig, da die Signatarstaaten ihre Regelungshoheit insoweit nicht zur Disposition gestellt haben. Entsprechende Parteivereinbarungen stoßen daher dann an ihre Grenzen, wenn sie mit zwingenden Regeln des Subsidiärstatuts unvereinbar sind.

(6) Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass das CISG den Parteien nicht nur für seinen Ausschluss, sondern auch für Modifikationen weitreichende Freiheiten lässt. Zwar hat die Untersuchung ergeben, dass der Privatautonomie mehr Rechtsbereiche entzogen sind, als die ausschließliche Nennung des Art. 12 CISG in Art. 6 CISG suggeriert, jedoch sind die von den Regelungen betroffenen Fragen für die Vertragsgestaltung im internationalen Warenkauf kaum von praktischem Interesse, so dass ihr seitens des CISG nur in äußerst beschränktem Umfang Grenzen gesetzt sind.

cc. Der Vorrang des Parteiwillens als Schnittstelle? - Das Verhältnis zum nationalen ius cogens

Da die grundsätzliche Anerkennung der Privatautonomie in sämtlichen Vertragsstaaten des CISG außer Frage steht⁹¹², spielt das Übereinkommen als Schnittstelle in Bezug auf die lex mercatoria nur insofern eine Rolle, als es eine einheitliche Regelung der den Parteien hinsichtlich ihrer

⁹¹⁰ S. oben, Teil II, III.1.b.

⁹¹¹ Beispielsweise eine Vereinbarung, dass zur Lückenfüllung gem. Art. 7 Abs. 2 CISG auch solche Grundsätze herangezogen werden dürfen, die nicht „diesem Übereinkommen zugrunde liegen“.

⁹¹² Vgl. oben, Fn. 208.

materiellrechtlichen Vertragsfreiheit in den Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedsstaaten ansonsten unterschiedlich eng gesetzten Grenzen bewirkt. Daher ist zu untersuchen, ob die Vorschrift einen für alle Mitgliedsstaaten einheitlichen Regelungsrahmen schafft, der den größten gemeinsamen Nenner für die Anwendbarkeit kautelarjuristischer Elemente der *lex mercatoria* darstellt und für diesen Teilbereich somit kollisionsrechtliche Erwägungen und die damit verbundenen Unsicherheiten bedeutungslos macht. Fraglich ist somit, ob ein solcher Regelungsrahmen durch eine abstrakte Formulierung des Verhältnisses von Art. 6 CISG und dem unvereinheitlichten *ius cogens* der Mitgliedsstaaten herausgearbeitet werden kann.

(1) Grundsatz: Beschränkung auf den Regelungsbereich

Oben wurde hervorgehoben, dass die materiellrechtlichen Regeln des CISG den konkurrierenden Vorschriften der nationalen Rechtsordnungen als *leges speciales* vorgehen - somit werden auch entgegenstehende zwingende Vorschriften des ansonsten maßgeblichen nationalen Rechts durch die Regeln der Konvention ersetzt⁹¹³. Ebenso wurde darauf hingewiesen, dass Vertragsparteien im Rahmen der dargestellten Grenzen die Geltung der Konvention nicht nur ganz oder teilweise ausschließen, sondern auch von ihren Bestimmungen abweichen oder deren Wirkung ändern können⁹¹⁴. Zusammengenommen ergibt dies, dass die Parteien gem. Art. 6 CISG grundsätzlich auch solche Vereinbarungen treffen können, die zwingenden Vorschriften des nationalen Rechts zuwider laufen⁹¹⁵. Dies könnte zu der pauschalen Annahme verleiten, dass Art. 6 CISG vertraglichen

⁹¹³ Vgl. oben, Text vor Fn. 724.

⁹¹⁴ Vgl. oben, Text vor Fn. 886, ferner das Beispiel bei Audit, *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*, S. 173, 190: „Among the issues covered by the Convention is the seller's liability for the goods' lack of conformity. Such liability is often covered by an express provision, particularly in the 'General Conditions' tendered by sellers. Indeed, article 36(1) states that the seller is liable 'in accordance with the contract'; article 36(2) expressly refers to a specific 'guarantee that for a period of time the goods will remain fit for their ordinary purpose or for some particular purpose or will retain specified qualities or characteristics.' The parties therefore are free to agree that the seller's liability will deviate from the standards established by the Convention. They may extend it, as article 36(2) seems to suggest, but they may -- and probably often will -- reduce or even eliminate it.”

⁹¹⁵ Vgl. Enderlein/Maskow/Strohbach/Maskow, Art. 6, Bem. 3.1; v. Caemmerer/Schlechtriem/Herber, Art. 6, Rn. 27; Schlechtriem/Ferrari, Art. 6, Rn. 33; Piltz, *Internationales Kaufrecht*, § 2, Rn. 125.

Parteivereinbarungen entgegen allen zwingenden Normen der *lex causae* umfassende Freiheit gewähren würde - begrenzt lediglich durch *ordre public* - Erwägungen bzw. Eingriffsnormen. Bezogen auf die Ausgangsfrage würde dies bedeuten, dass Art. 6 CISG ein beinahe grenzenloses Einfalltor für (standard-) vertragliche Elemente der *lex mercatoria* darstellte, denn eine Kontrolle anhand des *ius cogens* einer nationalen Rechtsordnung würde vollständig entfallen.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch schnell, dass eine so weitgehende Anwendung des Art. 6 CISG verfehlt wäre. Denn weiter, als der Regelungsanspruch der Konvention reicht, kann auch die Regelung der Vertragsfreiheit durch Art. 6 CISG nicht gehen. Nur insoweit haben die Vertragsstaaten durch ihren Beitritt zu dem Übereinkommen den entsprechenden Teil ihrer Regelungshoheit aufgegeben⁹¹⁶. Soweit also das CISG bestimmte Sachbereiche der Regelung durch die einzelnen Vertragsstaaten überlässt, ist die Rechtslage klar: Es bleibt Sache dieser Staaten, den Umfang der Privatautonomie der Parteien zu bestimmen⁹¹⁷. Ebenso wenig stößt der privatautonome Ausschluss einzelner oder mehrerer Vorschriften der Konvention auf Schwierigkeiten, sofern dieser zugunsten des Subsidiärstatuts erfolgt⁹¹⁸.

(2) Insbesondere: Art. 6 Hs. 2 CISG

Problematischer wird es, wenn die Parteien privatautonom von einer Regelung des CISG abweichen, was ihnen innerhalb der weiten Grenzen, die das CISG selbst der Vertragsfreiheit setzt, gem. Art. 6 Hs. 2 CISG jederzeit gestattet ist. Insoweit befinden sie sich innerhalb des Regelungsbereichs des CISG, in dem nach dem eingangs Gesagten das nationale Recht durch die Konvention verdrängt wird.

⁹¹⁶ Vgl. oben, Fn. 786.

⁹¹⁷ Problematisch ist vielmehr die Bestimmung des Regelungsbereichs; s. dazu oben, III.1.

⁹¹⁸ Vgl. Schlechtriem/Ferrari, Art. 6, Rn. 35.

(a) Grenzenlose Privatautonomie im Regelungsbereich des CISG?

Damit ist jedoch noch nicht geklärt, ob Art. 6 Hs. 2 CISG den Parteien innerhalb des Regelungsbereichs der Konvention eine grenzenlose vertragliche Gestaltungsfreiheit gewährt⁹¹⁹ oder ob sich die Vorschrift darauf beschränkt, die Regelungen des CISG zwar zur Disposition der Parteien zu stellen, die Reichweite der zulässigen Abweichung jedoch offen zu lassen. Dann wäre zur Bestimmung der Reichweite der Dispositionsfreiheit das nationale Subsidiärstatut heranzuziehen⁹²⁰.

Für letztere Sichtweise spricht bereits die Entstehungsgeschichte: Zwar verzichtete man zur Wahrung größtmöglicher Gestaltungsfreiheit im internationalen Handel weitestgehend auf eine zwingende Ausgestaltung der Vorschriften des CISG, jedoch sah man auch das Problem, dass ein völlig „freies Spiel der Kräfte“ aufgrund unterschiedlicher Verhandlungsstärke der Parteien zu unerwünschten vertraglichen Ungleichgewichten führen könnte⁹²¹. Dennoch konnten sich die Delegierten nicht zur Schaffung eines einheitlichen Regelungsrahmens zur Lösung dieses Problems entschließen; teilweise wurde sogar ausdrücklich auf die in den nationalen Rechtsordnungen bestehenden Instrumente zum Ausgleich besonders krasser Ungleichgewichte hingewiesen⁹²². Da das Problem erkannt, nicht aber geregelt wurde, ist davon auszugehen, dass das CISG diesbezüglich keinen Regelungsanspruch erhebt und sich die Reichweite der zulässigen Abweichung nach dem Subsidiärstatut bestimmt. Damit steht diese Lösung auch mit den oben entwickelten Grundsätzen zur teleologischen Qualifikation im Einklang, denn die Zuweisung zum Subsidiärstatut erfolgt nicht allein aufgrund einer pauschalen Einordnung als „Gültigkeitsfrage“ i.S.d. Art. 4 S. 2 lit. a CISG, sondern vielmehr dadurch, dass es sich hier um einen vom CISG nicht geregelten Bereich handelt. Auch unter völkerrechtlichen Gesichtspunkten erscheint

⁹¹⁹ Vgl. Enderlein/Maskow/Strohbach/Maskow, Art. 6, Bem. 3.1.; v. Caemmerer/Schlechtriem/Herber, Art. 6, Rn. 25.

⁹²⁰ Vgl. Czerwenka, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, S. 172; Bianca/Bonell/Bonell, Art. 6, Bem. 3.3.1.

⁹²¹ Damit begründete der Delegierte Tunesiens seine kritische Haltung gegenüber dem Vorläufer des Art. 6 CISG, Art. 3 EKG, vgl. UNCIRAL Yb. II (1971), S. 43 f., Nr. 41.

⁹²² So die Antwort Englands auf den Vorstoß Tunesiens, s. UNCIRAL Yb. II (1971), S. 44, Nr. 43.

dieses Ergebnis gerechtfertigt. Denn oben wurde die völkerrechtliche Verpflichtung der Mitgliedsstaaten, den Regelungen des CISG nicht durch die Durchsetzung entgegenstehender nationaler Wertungen zu widersprechen, damit begründet, dass sie der Konvention in Kenntnis ihres Inhalts beigetreten sind⁹²³. Es ist damit nur folgerichtig, durch die Konvention auch lediglich diesen Inhalt, nicht aber jede vertragliche Übereinkunft der Parteien als der nationalstaatlichen Regelungshoheit entzogen anzusehen.

(b) Die zur Lückenfüllung heranzuziehende Dispositivregelung

Belegt das Subsidiärstatut nun eine privatautonome Abweichung von einer Regelung des CISG mit der Folge, dass die entsprechende Parteivereinbarung nichtig sei, so stellt sich die Frage, ob es auch dem Subsidiärstatut vorbehalten ist, dadurch entstehende Lücken des Vertrages durch seine eigene Dispositivregelung zu schließen. Dies ist keineswegs selbstverständlich, denn in der hier diskutierten Konstellation geht es um eine vertragliche Regelung eines Sachbereichs, der vom Regelungsbereich des Übereinkommens erfasst ist und für den das CISG eine Regelung getroffen hat. Daran vermag insbesondere die Tatsache nichts zu ändern, dass die Parteien einen Versuch unternommen haben, von dieser Regelung abzuweichen, denn diese Abweichung wurde ja gerade vom nationalen *ius cogens* für nichtig erklärt. Nach den oben anhand der teleologischen Qualifikation entwickelten Grundsätzen genießt eine Regelung des CISG auch gegenüber zwingendem nationalen Recht den Vorrang, folglich gilt dies auch für die Ausfüllung der durch das nationale Nichtigkeitsurteil entstandene Lücke. In einer getrennten Beurteilung des Nichtigkeitsurteils für bestimmte Vertragsabsprachen und der Schließung der dadurch entstehenden Lücken zeigt sich der methodische Unterschied zu einer pauschalen Verweisung auf nationales Recht, die eine wörtliche Anwendung des Art. 4 S. 2 lit. a CISG durch Zuordnung des Problems zum Systembegriff der Vertragsgültigkeit bewirken würde. Nach der hier vertretenen Ansicht ist mithin zur Schließung der durch die nationale Nichtigkeitsanordnung entstandenen Lücke nicht auf

⁹²³ S. oben, bei Fn. 857.

unvereinheitlichtes nationales Recht, sondern stets auf die Dispositivregelung des CISG zurückzugreifen⁹²⁴.

dd. Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass Art. 6 CISG grundsätzlich als Schnittstelle für privatautonome Elemente der *lex mercatoria* in Betracht zu ziehen ist. Die über den Wortlaut des Art. 6 CISG hinausgehenden Grenzen, die das CISG selbst der Privatautonomie setzt, sind so ausgestaltet, dass keine mit den genannten Bereichen kollidierenden Elemente der *lex mercatoria* ersichtlich sind - sie schränken die Funktion des Art. 6 CISG als Schnittstelle daher nicht ein. Jedoch können Parteivereinbarungen, die sich auf außerhalb des Regelungsbereichs des CISG liegende Gegenstände beziehen, mangels entsprechenden Souveränitätsverzichts der Vertragsstaaten auch mittels Art. 6 CISG nicht über den Rang des subsidiär anwendbaren nationalen Rechts erhoben werden. Auch bei der privatautonomen Modifikation von CISG-Vorschriften erfolgt die Beurteilung der Reichweite der zulässigen Abweichung nach den Normen des vom Kollisionsrecht berufenen Subsidiärstatuts. Damit scheint es mit dem Nutzen des Art. 6 CISG als Schnittstelle für kautelarjuristische Elemente der *lex mercatoria* zunächst nicht allzu weit her zu sein: Um sich der Wirksamkeit der von ihnen verwendeten Standardklauseln und AGB sicher zu sein, müssen die Parteien zunächst das nach IPR-Grundsätzen auf ihren Vertrag anwendbare Recht bestimmen und eine entsprechende Prüfung anhand des unvereinheitlichten Subsidiärstatuts vornehmen. Die mit der Konzeption des IPR einhergehende Zwangsnationalisierung eines internationalen Sachverhaltes mit all ihren Unsicherheiten und den daraus resultierenden hohen Transaktionskosten lässt sich somit grundsätzlich auch im Zusammenspiel von Art. 6 CISG und *lex mercatoria* nicht gänzlich vermeiden.

⁹²⁴ Die Frage, ob das CISG überhaupt eine Regelung bereithält, stellt sich in dieser Konstellation nicht: Sobald nämlich festgestellt ist, dass die Parteien versucht haben, von einer materiellen Regelung *des CISG* abzuweichen, so hat man damit bereits eine positive Aussage über die Eröffnung des Regelungsbereichs getroffen und das Vorhandensein einer entsprechenden Norm oder einer Lösung aufgrund eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes i.S.d. Art. 7 Abs. 2 Var. 1 CISG bejaht.

Soweit allerdings der Regelungsbereich der Konvention betroffen ist, so erscheint aus ökonomischer Sicht die Modifizierung des CISG mittels kautelarjuristischer Elemente der *lex mercatoria* auch ohne eine eingehende Wirksamkeitsprüfung vertretbar. Denn soweit aus der Sicht des zur Anwendung gelangenden nationalen Rechts die Grenzen der zulässigen privatautonomen Abweichung vom CISG überschritten sind, so treten an die Stelle der Parteivereinbarung die auf die besonderen Bedürfnisse des internationalen Handels zugeschnittenen, ausgewogenen und nicht zuletzt einheitlichen Regelungen der Konvention. Führt man sich darüber hinaus noch vor Augen, dass die der Privatautonomie von den nationalen Rechtsordnungen gesetzten Grenzen in den für den internationalen Handel relevanten Rechtsbereichen ohnehin sehr weit sind, so erscheint es ökonomisch i.d.R.⁹²⁵ nicht nur vertretbar, sondern geradezu geboten, den verbleibenden Rest an Rechtsunsicherheit in Kauf zu nehmen⁹²⁶.

b. Gebräuche und Gepflogenheiten (Art. 9 CISG)

Neben der Kautelarpraxis machen die Handelsbräuche den prominentesten Bestandteil der *lex mercatoria* aus⁹²⁷. Schon seit langem ist anerkannt, dass derartige Bräuche faktisch einen weit größeren Einfluss auf internationale Vertragsbeziehungen haben als die unvereinheitlichten nationalen Rechtsordnungen⁹²⁸. Als zentrale Schnittstelle für die Anerkennung dieser Bestandteile der *lex mercatoria* kommt Art. 9 CISG in Frage, der unter bestimmten Bedingungen eine Bindung der Vertragsparteien an „Gepflogenheiten“ und „Gebräuche“ bestimmt. Die so geregelte Bedeutung dieser Bräuche⁹²⁹ kann sich in vielfältiger Weise zeigen; das CISG weist ausdrücklich auf die Relevanz bei der Auslegung von Willenserklärungen (Art. 8 Abs. 3), für die Frage, ob ein Vertrag zustande gekommen ist (Art. 18

⁹²⁵ D.h., soweit die vertragliche Pflichten- und Risikoverteilung nicht so weit von der Regelung des CISG abweicht, dass ein Rückgriff auf dessen Regelungen eine grundlegende Verschiebung derselben bedeuten würde.

⁹²⁶ Siehe dazu ausführlicher unten, Teil II, V.2.

⁹²⁷ Vgl. bereits oben, Fn. 301.

⁹²⁸ Vgl. Audit, *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*, S. 173, 175 f.

⁹²⁹ Die Verwendung des Begriffs „Brauch“ fasst hier sowohl „Gebräuche“ als auch „Gepflogenheiten“ zusammen.

Abs. 3), für die Pflichten des Verkäufers bezüglich des Transports der Ware (Art. 32 Abs. 2) und die Bestimmung ihrer Vertragsmäßigkeit (Art. 35 Abs. 2) hin. Diese Bestimmungen sind nicht abschließend; die Bindung an Gebräuche und Gepflogenheiten kann vielmehr die gesamte mit dem Abschluss des Kaufvertrages entstehende Pflichtenstruktur der Parteien modifizieren oder ergänzen⁹³⁰.

aa. Irrelevanz des Art. 9 Abs. 1 Hs. 2 CISG für das Verhältnis zur lex mercatoria

Das CISG enthält keine Legaldefinition des Begriffs „Gepflogenheiten“. Art. 9 Abs. 1 Hs. 2 CISG verlangt jedoch, dass diese zwischen den Parteien entstanden sein müssen. Die Vorschrift betont damit, dass es bei Gepflogenheiten nicht um Handelsbräuche mit allgemeiner Geltung geht, sondern um eine „individuelle Übung zweier Parteien“⁹³¹. Aus diesem subjektiven, auf die konkreten Geschäftsbeziehungen bestimmter Parteien bezogenen Charakter der Gepflogenheit ergibt sich, dass aus ihrer durch Art. 9 Abs. 1 CISG vermittelten Stellung keine Schlüsse auf die allgemeine Anerkennung einzelner Rechtssätze der lex mercatoria gezogen werden dürfen. Im Mittelpunkt der Betrachtung der Schnittstellenfunktion des Art. 9 CISG stehen daher Handelsbräuche, die zwar durchaus einen auf bestimmte Regionen oder bestimmte Geschäftszweige beschränkten Geltungsanspruch haben mögen, von dem Bestehen einer konkreten Geschäftsbeziehung zwischen konkreten Parteien jedoch unabhängig sind und somit als Bestandteil der lex mercatoria aufgefasst werden können. Eine genauere Erörterung des Begriffs der „Gepflogenheiten“ erübrigt sich damit.

bb. Gebräuche

Art. 9 CISG enthält, anders als Art. 13 Abs. 1 EAG und Art. 9 Abs. 2 S. 1 EKG, keine Legaldefinition des Begriffs der „Gebräuche“. Um Anhaltspunkte zu gewinnen, wann ein Gebrauch vorliegt, greift die Kommentarliteratur

⁹³⁰ Vgl. Bianca/Bonell/Bonell, Art. 9, Bem. 2.1.1; Staudinger/Magnus, Art. 9, Rn. 1; Czerwenka, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, S. 174.

⁹³¹ So Schlechtriem/Junge, Art. 9, Rn. 7.

zuweilen auf Art. 13 Abs. 1 EAG sowie § 1-205 UCC⁹³² zurück, die im Grundsatz übereinstimmende Definitionen des Handelsbrauchs enthalten. In Anlehnung daran lassen sich Gebräuche definieren als „jedes Verhalten unter Kaufleuten, [...] das bei Geschäften der betreffenden Art so weit verbreitet und damit üblich ist, dass der andere Vertragspartner von seiner Beachtung und Anwendung auf den Vertrag ausgehen muss“⁹³³. Im Rahmen des CISG unbesehen auf Definitionen aus nationalen Kodifikationen oder restatements zurückzugreifen, weckt jedoch bereits im Hinblick auf Art. 7 Abs. 1 CISG Bedenken, der ausdrücklich die Pflicht normiert, bei der Auslegung des Übereinkommens dessen einheitliche Anwendung zu fördern⁹³⁴. Darüber hinaus haben die Konventionsgeber die von der working group in Art. 6 des Entwurfs eines Abschlussübereinkommens niedergelegte Definition für das CISG nicht übernommen⁹³⁵. Daraus wird der Schluss gezogen, dass es der Rechtsprechung überlassen werden sollte, im Rahmen der autonomen Auslegung der Konvention⁹³⁶ den Begriff des Gebrauchs herauszuarbeiten und fortzuentwickeln⁹³⁷. Aufgrund der verschieden engen Voraussetzungen, welche die beiden Absätze des Art. 9 CISG für die Bindung der Parteien an Gebräuche normieren, ist ohnehin zweifelhaft, ob eine einheitliche Definition des in Abs. 1 und Abs. 2 wortgleich verwendeten Begriffs statthaft ist⁹³⁸. Dementsprechend wird vertreten, dass der Begriff der „Gebräuche“ für Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2 CISG unterschiedlich weit auszulegen sei oder aber dass ein Rückgriff auf eine autonome Definition überhaupt nur im Rahmen des Abs. 2 erforderlich sei⁹³⁹.

⁹³² Zu § 1-205 UCC s. bereits oben, Teil I, III.2.b.

⁹³³ Schlechtriem/Junge, Art. 9, Rn. 2. Für eine solche Ableitung im amerikanischen Kontext auch Audit, *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*, S. 173, 176, Fn. 9; ein Hinweis auf § 1-205 UCC findet sich ferner bei Bianca/Bonell/Bonell, Art. 9, Bem. 2.1.1.

⁹³⁴ Vgl. Holl/Keßler, RIW 1995, S. 457, 458.

⁹³⁵ S. UNCITRAL Yb. IX (1978), S. 84, Art. 6: „For the purpose of this Convention, usage means any practice or method of dealing of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to and regularly observed by parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned“.

⁹³⁶ S. zum Erfordernis der autonomen Auslegung ausführlicher unten, Teil II, III.2.c.aa(1).

⁹³⁷ Vgl. Bonell, *östJBI* 1985, S. 385, 386.

⁹³⁸ Vgl. Bonell, *östJBI* 1985, S. 385, 386.

⁹³⁹ Vgl. Bonell, *östJBI* 1985, S. 385, 386; Holl/Keßler, RIW 1995, S. 457, 458; Staudinger/Magnus, Art. 5, Rn. 7.

(1) Kraft Parteiwillens verbindliche Gebräuche (Art. 9 Abs. 1 CISG)

Nach Art. 9 Abs. 1 CISG ist Voraussetzung für die Geltung eines Gebrauchs, dass sich die Vertragsparteien mit ihm „...einverstanden erklärt haben“. Alleiniger Geltungsgrund ist also auch im Falle des Art. 9 Abs. 1 CISG das der gesamten Konvention zugrunde liegende und in Art. 6 CISG ausdrücklich normierte Prinzip des Vorrangs der Parteivereinbarung. Eine entsprechende Vereinbarung der Parteien bewirkt, dass die davon umfassten Gebräuche nicht mehr als solche, sondern als integrierter Vertragsbestandteil Anwendung finden und gemäß der in Art. 6 CISG niedergelegten Wertung der Konvention vorgehen⁹⁴⁰. Daraus folgt, dass für die Verbindlichkeit des vereinbarten Gebrauchs nach Art. 9 Abs. 1 CISG seine räumlichen, sachlichen und persönlichen Anwendungsvoraussetzungen gar nicht erfüllt zu sein brauchen, sofern nur ein hinreichender Parteiwille vorhanden ist. Insbesondere können die Parteien auch solche Gebräuche einbeziehen, die nicht die Anforderungen des Art. 9 Abs. 2 CISG an die Internationalität erfüllen⁹⁴¹. Aus demselben Grund ist es unzulässig, mittels eines *argumentum e contrario* aus Art. 9 Abs. 2 CISG zu schließen, dass Art. 9 Abs. 1 CISG lediglich die ausdrückliche Vereinbarung umfasse: Wenn sich Art. 9 Abs. 1 CISG wie Art. 6 CISG letztlich auf die Privatautonomie, also den tatsächlichen Willen der Vertragsparteien stützt, so muss, wie es auch bei Art. 6 CISG der Fall ist, auch der stillschweigend zum Ausdruck kommende Wille anerkannt werden.

(a) Eigenständige Bedeutung des Art. 9 Abs. 1 Hs. 1 CISG

Wenn aber nach Art. 9 Abs. 1 CISG für einen Gebrauch einzige Anwendungsvoraussetzung ein entsprechender Parteiwille ist, so drängt sich die Frage nach der eigenständigen Bedeutung dieser Vorschrift gegenüber Art. 6 CISG auf. Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte zu Art. 9 CISG zeigt, dass während der Vorarbeiten die Frage nach der Geltung von Handelsbräuchen zwischen Parteien von höchst unterschiedlicher

⁹⁴⁰ Vgl. Holl/Keßler, RIW 1995, S. 457, 458; Czerwenka, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, S. 176.

⁹⁴¹ Vgl. Bianca/Bonell/Bonell, Art. 9, Bem. 2.1.2.

wirtschaftlicher und politischer Herkunft kontrovers diskutiert wurde⁹⁴². Ein Fall, in dem die Geltung von Gebräuchen jedoch einhellig befürwortet wurde, war das Vorliegen eines gemeinsamen Parteiwillens. Dies findet seinen Ausdruck in Art. 9 Abs. 1 CISG. Letztlich erscheinen daher beide Absätze des Art. 9 CISG als eine aus Gründen der Übersichtlichkeit und Klarheit zusammengefasste Gesamtregelung für die Beachtlichkeit von Gebräuchen, deren Teilregelung des Abs. 1 sich mit dem Regelungsgehalt des Art. 6 CISG deckt⁹⁴³. Da es den Parteien auch im Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 1 CISG freisteht, jedwede Regel kraft entsprechender Vereinbarung für verbindlich zu erklären, ist an dieser Stelle der eingangs angesprochenen Auffassung zuzustimmen, die eine eigenständige Definition des Begriffs der Gebräuche i.S.d. Art. 9 Abs. 1 CISG für überflüssig hält⁹⁴⁴.

(b) Art. 9 Abs. 1 CISG als Schnittstelle

Aus dem Blickwinkel der Ausgangsfrage, inwieweit Art. 9 Abs. 1 CISG für materielle Rechtssätze der lex mercatoria zu gesicherter Anerkennung und Verbindlichkeit beitragen kann, ist festzustellen, dass der Vorschrift diesbezüglich keine eigenständige Bedeutung zukommt. Sie vermag den vertraglichen Spielraum der Parteien nicht über die Grenzen des Art. 6 CISG hinaus zu erweitern. Umgekehrt bedarf es auch zur privatautonomen Einbeziehung von international gebräuchlichen Standardverträgen, Geschäftsbedingungen oder Vertragsklauseln nicht erst des Umwegs über Art. 9 Abs. 1 CISG⁹⁴⁵. Einen eigenständigen Beitrag zu einem symbiotischen Nebeneinander von CISG und lex mercatoria leistet Art. 9 Abs. 1 CISG somit nicht; die Wirksamkeit der Einbeziehung von Gebräuchen i.S. dieser Vorschrift unterliegt denselben Beschränkungen wie jede andere Form privatautonomer Vertragsgestaltung nach Art. 6 CISG.

⁹⁴² Die Auseinandersetzungen konzentrierten sich vornehmlich auf die sog. „normativen Gebräuche“ i.S.d. Art. 9 Abs. 2 CISG; s. zur Entstehungsgeschichte daher sogleich III.2.b.bb(2)(a).

⁹⁴³ Vgl. Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 59.

⁹⁴⁴ Vgl. Holl/Keßler, RIW 1995, S. 457, 458; Staudinger/Magnus, Art. 9, Rn. 7.

⁹⁴⁵ Vgl. Holl/Keßler, RIW 1995, S. 457, 458.

(2) Art. 9 Abs. 2 CISG

Art. 9 Abs. 2 CISG statuiert im Gegensatz zu Abs. 1 auch eine Bindung an solche Gebräuche, die unabhängig vom tatsächlichen Geltungswillen der Parteien auf ihren Vertrag Anwendung finden.

(a) Entwicklung und Voraussetzungen

Diese Bindungswirkung ist im Vergleich zu Art. 9 Abs. 2 EKG⁹⁴⁶ an enge Voraussetzungen geknüpft, deren Grund einmal mehr in der Entstehungsgeschichte zu suchen ist. Eingangs wurde die zu geringe Beteiligung der Entwicklungs- und Staatshandelsländer an der Schaffung und inhaltlichen Ausgestaltung der Haager Einheitlichen Kaufgesetze für deren Scheitern mitverantwortlich gemacht. Die auf diesen Erfahrungen beruhende erhöhte Repräsentation solcher Staaten sowohl in der Working Group⁹⁴⁷ als auch in der Diplomatischen Konferenz⁹⁴⁸ brachte naturgemäß starke Kontroversen bei der Behandlung „politischer“ Gegenstände mit sich. Obwohl UNCITRAL von Farnsworth, einem langjährigen US-Delegierten, als „highly professional and apolitical group“⁹⁴⁹ bezeichnet wurde, wurde auf der Diplomatischen Konferenz von 1980 die politische Dimension der Frage nach der Bedeutung von Bräuchen im internationalen Handel schon aufgrund der zahlreichen Änderungsanträge zu Art. 9 Abs. 2 CISG offenkundig⁹⁵⁰. Es stellte sich heraus, dass die Vertreter der westlichen Industrienationen der Einbeziehung von Handelsbräuchen durchgehend positiv gegenüber standen, während die Delegierten der meisten Entwicklungs- und einiger sozialistischer Länder ihren Argwohn damit begründeten, dass sie an Entstehung und Entwicklung der Gebräuche nicht oder nur am Rande beteiligt waren und zudem eine Benachteiligung ihrer Unternehmen durch ihnen

⁹⁴⁶ Art. 9 Abs. 2 EKG bestimmt, dass die Parteien an die Gebräuche gebunden sind, von denen vernünftige Personen in der gleichen Lage gewöhnlich annehmen, dass sie auf den Vertrag anzuwenden seien.

⁹⁴⁷ Deren Besetzung spiegelte die Zusammensetzung von UNCITRAL wider, s. dazu oben, Teil II, II.1.c.aa.

⁹⁴⁸ S. oben, Teil II, II.1.c.bb.

⁹⁴⁹ Farnsworth, 9 Cal. W. Int'l L.J. (1979), S. 461, 468.

⁹⁵⁰ S. Honnold, Documentary History, S. 661.

unbekannte Bräuche befürchteten⁹⁵¹. Den sozialistischen Ländern wiederum war aufgrund ihrer Planwirtschaft naturgemäß an einer zumindest mittelfristig in Bestand und Inhalt verlässlichen Ordnung des internationalen Warenkaufs mehr gelegen als an einem Instrument, das eine rasche und flexible Anpassung an marktwirtschaftlich bedingte Änderungen der den Handel begleitenden Umstände ermöglicht⁹⁵². Die abschließende Fassung des Art. 9 CISG musste demnach auf einen Kompromiss hinauslaufen. Der Kompromiss findet seinen Ausdruck in Abs. 2, der die Anerkennung von Gebräuchen - sofern die Parteien sie nicht gem. Art. 9 Abs. 1 CISG selbst in ihren Vertrag einbezogen haben - auf solche beschränkt, die innerhalb des Geschäftszweigs, dem die Parteien angehören und für Verträge von der getätigten Art „weithin bekannt sind“ und „regelmäßig beachtet werden“ (objektives Element)⁹⁵³ und darüber hinaus voraussetzt, dass die konkreten Vertragsparteien den Gebrauch gekannt haben oder kennen mussten (subjektives Element). Beide Elemente müssen kumulativ vorliegen⁹⁵⁴. Nationale, regionale und lokale Gebräuche, die im internationalen Kontext keine „regelmäßige“ Beachtung finden, können also nicht mit dem Argument „internationalisiert“ werden, dass sie der fremden Vertragspartei hätten bekannt sein müssen. Relativiert wird diese für sich genommen doch sehr weit reichende Einschränkung dadurch, dass Bekanntheit und regelmäßige Beachtung lediglich den „Parteien von Verträgen dieser Art in dem betreffenden Geschäftszweig“ abverlangt werden. Verbreitung über die jeweils betroffene Branche oder das Verbreitungsgebiet des entsprechenden Geschäftszweigs hinaus sind mithin nicht erforderlich. Das subjektive Erfordernis der Kenntnis bzw. des Kennenmüssens kommt den Befürchtungen der Entwicklungsländer entgegen, dass ihre Vertragsparteien andernfalls an Gebräuche gebunden wären, die allein in Industrienationen befolgt werden und somit in anderen Teilen der

⁹⁵¹ Vgl. Honnold, *Documentary History*, S. 484, Nr. 73; Farnsworth, 9 *Cal. W. Int'l L.J.* (1979), S. 461, 465; Schlechtriem/Junge, Art. 9, Rn. 1.

⁹⁵² Vgl. Farnsworth, 9 *Cal. W. Int'l L.J.* (1979), S. 461, 465 f.

⁹⁵³ Das bedeutet nicht, dass lokale oder nationale Bräuche per se aus dem Kreis der gem. Art. 9 Abs. 2 CISG anzuwendenden Gebräuche ausgenommen sind, jedoch „erfordert ihre Anerkennung einen erheblichen Anteil ausländischer Marktteilnehmer, welche die Gebräuche beachten und mitprägen“, so Holl/Keßler, *RIW* 1995, S. 457, 459; vgl. ferner Bianca/Bonell/Bonell, Art. 9, Bem. 2.2.3.; Staudinger/Magnus, Art. 9, Rn. 22; Bonell, *östJBI* 1985, S. 385, 391.

⁹⁵⁴ Vgl. bereits Sekretariatskommentar, Art. 8, Bem. 3.

Welt unbekannt sind⁹⁵⁵. Dies erscheint gerechtfertigt, denn in der Tat hat sich die Mehrzahl der im internationalen Handelsverkehr üblichen Gebräuche an Handelsplätzen in Europa oder Nordamerika entwickelt⁹⁵⁶.

(b) Geltungsgrund der Gebräuche nach Art. 9 Abs. 2 CISG

Der Geltungsgrund für die sog. „normativen“ Gebräuche unter Art. 9 Abs. 2 CISG ist umstritten. Teilweise wird vertreten, dass das CISG in Art. 9 Abs. 2 trotz seiner abweichenden Formulierung entsprechend der rechtlichen Konstruktion des Art. 9 Abs. 2 EKG unmittelbar die Verbindlichkeit der einschlägigen Gebräuche anordne. Geltungsgrund für die Gebräuche, welche die engen Anforderungen des Art. 9 Abs. 2 CISG erfüllen, sei allein das Gesetz. Denn nur so sei zu verstehen, dass die Vorschrift in ihrem ersten Halbsatz gleichzeitig auf die Möglichkeit einer gegenteiligen Vereinbarung durch die Parteien hinweist⁹⁵⁷. In der Tat entsprechen die objektiven Erfordernisse, die Art. 9 Abs. 2 CISG an die Gebräuche stellt, im Ergebnis der Regelung des EKG hinsichtlich des persönlichen und sachlichen Geltungsbereichs der „normativen Gebräuche“⁹⁵⁸. Wie jedoch soeben skizziert, ist die Regelung des Art. 9 Abs. 2 CISG insbesondere im Interesse der Entwicklungsländer verschärft und um ein subjektives Element erweitert worden. Das CISG ordnet eine Bindungswirkung nicht vereinbarter Gebräuche erst dann an, wenn die Parteien zumindest die Möglichkeit hatten, von ihnen Kenntnis zu erlangen. Die Regelung des Art. 9 Abs. 2 EKG wurde in Wien also bewusst verworfen; das CISG bekennt sich vielmehr auch in Art. 9 Abs. 2 zu dem Grundsatz, dass Gebräuche nur als „integrierter Teil der vertraglich vereinbarten Regelung Bestand haben“⁹⁵⁹. Geltungsgrund für diese

⁹⁵⁵ Vgl. UNCITRAL Yb. VI (1975), S. 52, Nr. 36; Czerwenka, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, S. 179.

⁹⁵⁶ Vgl. Farnsworth, 9 Cal. W. Int'l L.J. (1979), S. 461, 465 f.; Bonell, östJBl 1985, S. 385, 389; Czerwenka, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, S. 179.

⁹⁵⁷ Vgl. Holl/Keßler, RIW 1995, S. 457, 459; Bianca/Bonell/Bonell, Art. 9, Bem. 2.2.1.

⁹⁵⁸ Vgl. Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 61; Czerwenka, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, S. 179. Neu ist allerdings die zusätzliche Bedingung, dass die entsprechenden Bräuche „im internationalen Handel [...] weithin bekannt sind“; vgl. Bonell, östJBl 1985, S. 385, 390.

⁹⁵⁹ Czerwenka, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, S. 176.

Gebräuche ist also letztlich die Privatautonomie⁹⁶⁰. Praktisch besteht jedoch kein Unterschied zu der Regelung der normativen Geltung von Gebräuchen, wie sie Art. 9 Abs. 2 EKG anordnet. Denn wenn Art. 9 Abs. 2 CISG unter bestimmten Voraussetzungen das Bestehen eines Parteiwillens fingiert und diesen einer stillschweigenden Vereinbarung i.S.d. Art. 6 CISG gleichstellt, so ist es doch die gesetzliche Anordnung des Art. 9 Abs. 2 CISG, welche die Verbindlichkeit des entsprechenden Gebrauchs auslöst⁹⁶¹. Ein wirklicher Parteiwille spielt daher bei der Prüfung des Art. 9 Abs. 2 CISG lediglich für die Frage eine Rolle, ob die Parteien die Geltung des betreffenden Gebrauchs gem. Art. 9 Abs. 2 Hs. 1 CISG *nicht* gewollt haben.

(c) Art. 9 Abs. 2 CISG als Schnittstelle

(aa) Verhältnis der Gebräuche zum CISG

Im Gegensatz zu Art. 9 Abs. 2 S. 2 EKG enthält das CISG keine Vorschrift, die den Vorrang von Gebräuchen gegenüber den Regeln der Konvention ausdrücklich anordnet. Eine solche Regelung erscheint auch gar nicht notwendig: Geltungsgrund für die Gebräuche i.S.d. Art. 9 CISG ist der - gegebenenfalls fingierte - Parteiwille. Das CISG trifft bereits in Art. 6 die Grundentscheidung, dass das Einheitsrecht hinter einem entgegenstehenden Willen der Parteien zurücktritt⁹⁶². Daher ergibt sich auch ohne eine besondere Anordnung in Art. 9 CISG ein Vorrang der Gebräuche vor den Regelungen der Konvention. Aufgrund dieser Überlegungen wurde die Vorschrift des Art. 9 Abs. 2 S. 2 EKG für überflüssig erachtet und gestrichen⁹⁶³. Ein Vorschlag der Tschechoslowakei, in Art. 9 Abs. 2 CISG ausdrücklich den Vorrang der Konventionsbestimmungen vor den Gebräuchen zu normieren,

⁹⁶⁰ Vgl. UNCIRAL Yb. VI (1975), S. 53, Nr. 41; Honnold, Documentary History, S. 485, Nr. 75, 77; Sekretariatskommentar, Art. 8, Bem. 2 ff.; Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 61; Czerwenka, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, S. 178 ff.

⁹⁶¹ Aus diesem Grunde kann ein Gebrauch i.S.d. Art. 9 Abs. 2 CISG nicht wegen Willensmängeln angefochten werden, vgl. Bonell, östJBl 1985, S. 385, 393; Holl/Keßler, RIW 1995, S. 457, 460; a.A. wohl Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 61.

⁹⁶² Zu den sonstigen Vorschriften, aus denen sich die grundsätzliche Nachgiebigkeit der Vorschriften des CISG entnehmen lässt s. oben, Teil II, III.2.a.aa.

⁹⁶³ Vgl. UNCITRAL Yb. VI (1975), S. 53, Nr. 41; Sekretariatskommentar, Art. 8, Bem. 5.

wurde abgelehnt⁹⁶⁴. Die Rangfolge innerhalb der Konvention lässt sich daher mit Bergsten auf folgende Faustformel bringen: „Contracts break usages; usages break convention“⁹⁶⁵.

(bb) Verhältnis der Gebräuche zu zwingendem nationalen Recht

Art. 9 CISG trifft keine Aussage über die Gültigkeit von Gebräuchen. Die Anordnung, einschlägige Gebräuche als Vertragsinhalt anzusehen, steht daher unter dem Vorbehalt ihrer Gültigkeit. Ob ein Handelsbrauch gültig ist und damit zur Auslegung und Ergänzung eines internationalen Warenkaufvertrages herangezogen werden muss, ist in der Konvention, wie Art. 4 S. 2 lit. a CISG klarstellt, nicht geregelt und somit gem. Art. 7 Abs. 2 Var. 2 CISG nach nationalem Recht zu bestimmen⁹⁶⁶. Den Rechtsanwender vermag daher die in Art. 9 CISG getroffene Entscheidung für die Anerkennung von Handelsbräuchen und Gepflogenheiten nicht von der Pflicht zur Bestimmung des nach dem IPR des Forumstaates anwendbaren Rechts zu entbinden. Zwingende Vorschriften des Subsidiärstatuts können - soweit sie nicht von den Vorschriften der Konvention verdrängt werden - der Verbindlichkeit von „an sich“ gem. Art. 9 Abs. 1 oder Abs. 2 CISG anwendbaren Gebräuchen entgegenstehen und somit zu einer international uneinheitlichen Reichweite derselben führen. Da Geltungsgrund für die einschlägigen Gebräuche sowohl nach Art. 9 Abs. 1 als auch Abs. 2 CISG letztlich die Privatautonomie ist, kann für die nähere Bestimmung des Verhältnisses zwischen diesen Gebräuchen und zwingenden Normen des Subsidiärstatuts auf die Ausführungen zu Art. 6 CISG verwiesen werden. Insbesondere ist auch hier im Falle eines Nichtigkeitsverdikts durch das nationale Recht zur Schließung der entstehenden Lücke zunächst auf das CISG und die ihm zugrunde liegenden Grundsätze zurückzugreifen⁹⁶⁷.

⁹⁶⁴ Vgl. Honnold, *Documentary History*, S. 484 f., Nr. 73 ff.

⁹⁶⁵ Bergsten, *Basic Concepts*, S. 15, 20.

⁹⁶⁶ Czerwenka, *Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht*, S. 180; Staudinger/Magnus, Art. 9, Rn. 20; Schlechtriem/Junge, Art. 9, Rn. 5; Goldštajn, *Autonomous Rules*, S. 55, 74; Bianca/Bonell/Bonell, Art. 9, Bem. 3.4.

⁹⁶⁷ Vgl. oben, Teil II, III.2.a.cc(2)(b).

(cc) Privatautonome Abweichung nach Art. 9 Abs. 2 Hs. 1 CISG

Die Formulierung „haben die Parteien nichts anderes vereinbart“ macht deutlich, dass es den Parteien unbenommen bleibt, durch entsprechende Vereinbarung eine von nach Art. 9 Abs. 2 CISG grundsätzlich zu beachtenden Gebräuchen abweichende Regelung zu treffen. Eine solche Abweichung kann in Gestalt anders lautender vereinbarter Gebräuche oder zwischen den Parteien entstandenen individuellen Gepflogenheiten (Art. 9 Abs. 1 CISG) oder durch anderweitige vertragliche Vereinbarungen (Art. 6 CISG) erfolgen.

Die Grenzen dieser grundsätzlich zulässigen privatautonomen Abweichung ergeben sich aus unvereinheitlichem nationalen Recht, da das CISG diesbezüglich keinerlei Regelung trifft⁹⁶⁸. Ebenfalls wurde jedoch hervorgehoben, dass die durch ein Nichtigkeitsverdikt entstehende Lücke nicht pauschal durch das nationale Recht zu schließen ist, denn soweit der entsprechende Bereich eine - ggf. mittels Auslegung und Lückenfüllung nach Art. 7 CISG zu ermittelnde - Regelung durch das CISG erfährt, so verdrängt diese entgegenstehendes nationales Recht⁹⁶⁹. Auch hier ist abermals die Frage der Wirksamkeit privatautonomer Vertragsgestaltung zu trennen von der Frage nach den zur Schließung der entstehenden Lücken heranzuziehenden Dispositivregelungen. Im Gegensatz zu der oben im Zusammenhang mit Art. 6 CISG beschriebenen Konstellation, in der die Parteien lediglich von im CISG niedergelegten Regelungen abweichen, besteht hier die zusätzliche Möglichkeit, die entstandene Lücke durch jenen „normativen“ Gebrauch zu schließen, dessen privatautonome Modifizierung nach nationalem Recht fehlgeschlagen ist. Da in der Hierarchie des CISG der Parteiwille sowohl gegenüber den dispositiven Normen der Konvention als auch gegenüber den „normativen“ Gebräuchen i.S.d. Art. 9 Abs. 2 CISG Vorrang genießt, kann auf die Frage nach dem Verhältnis beider Möglichkeiten zueinander keine allgemeingültige Antwort ermittelt werden; vielmehr muss durch Auslegung ermittelt werden, welche Lösung dem Parteiwillen am Nächsten kommt.

⁹⁶⁸ Vgl. oben, Teil II, III.2.a.cc(2)(a).

⁹⁶⁹ Vgl. oben, Teil II, III.2.a.cc(2)(b).

cc. Ergebnis

In Art. 9 CISG bringt der internationale Gesetzgeber seine Grundentscheidung für eine friedliche Koexistenz von einheitsrechtlichen Bestimmungen und vorgefundenen Verhaltensweisen des internationalen Handels in einer umfassenden Regelung der Bindung der Kaufvertragsparteien an Gebräuche und Gepflogenheiten zum Ausdruck. Entstehung und Verbreitung von Handelsbräuchen sind ja gerade Produkt und Ausdruck eines latenten Bindungswillens der am internationalen Handel beteiligten Kreise an diese von ihnen selbst geschaffenen Regeln. Diesen Willen aufgreifend, stützt Art. 9 CISG die Verbindlichkeit von Gebräuchen und Gepflogenheiten grundsätzlich auf die Privatautonomie. Ausnahmsweise finden internationale Gebräuche zudem aufgrund eines anhand einer Kombination aus subjektiven und objektiven Faktoren zu ermittelnden, hypothetischen Parteiwillens Anwendung, allerdings nur soweit ein tatsächlicher Wille der Parteien dem nicht entgegensteht.

Da Art. 9 CISG hinsichtlich des Geltungsgrundes für Gebräuche und Gepflogenheiten im Grundsatz lediglich die in Art. 6 CISG getroffene Entscheidung für eine weitestmögliche Anerkennung des Parteiwillens wiederholt, überrascht es nicht, dass aus dieser Vorschrift im Hinblick auf die Förderung eines symbiotischen Miteinanders von CISG und *lex mercatoria* kaum weiter reichende Möglichkeiten abgeleitet werden können, als dies bereits bei Art. 6 CISG der Fall war. Allein der Regelungsgehalt des Art. 9 Abs. 2 CISG geht hinsichtlich der Geltungsvoraussetzungen über den des Art. 6 CISG hinaus. Gerade diese Geltungsvoraussetzungen aber sind es, die ein besonderes Potential für eine Verzahnung von Konventionsrecht und *lex mercatoria* beinhalten. Denn im Gegensatz zu Art. 9 Abs. 2 EKG, der mit dem abstrakten *reasonable* - Erfordernis die Verbindlichkeit von Gebräuchen letztlich als Wertungsfrage ausgestaltet, nimmt Art. 9 Abs. 2 CISG durch seine Kombination aus objektiven und objektivierten subjektiven Erfordernissen direkt auf das jeweils aktuelle reale Geschehen im internationalen Handel Bezug. Veränderungen dieser realen Gegebenheiten wirken sich daher unmittelbar und in „Echtzeit“ auf die Verbindlichkeit von Gebräuchen aus - die Konvention erkennt die Flexibilität und Innovationskraft

des internationalen Handelsgeschehens an⁹⁷⁰. Art. 9 Abs. 2 CISG „holt“ die *lex mercatoria* somit bildlich gesprochen unmittelbar am Ort ihres Entstehens „ab“ und transportiert sie vorbehaltlich des Fehlens eines entgegenstehenden Parteiwillens auf die Ebene objektiven Rechts⁹⁷¹.

c. Auslegung und Lückenfüllung (Art. 7 CISG)

aa. Gegenstand, Ziele und Methoden

Wie die Entstehungsgeschichte belegt, war die Schaffung des CISG eine zugleich diffizile und herausfordernde Aufgabe sowohl in diplomatischer als auch rechtsvergleichender Hinsicht⁹⁷². Um die Früchte dieser Anstrengungen zu bewahren, ist es jetzt Aufgabe der Rechtsanwender, die mit dem Konventionstext erreichte Einheitlichkeit zu bewahren und in die Realität des Rechtslebens zu überführen. Diese Aufgabe gestaltet sich in der Praxis schwieriger, als es auf den ersten Blick den Anschein haben mag: Die jeweilige soziale, ökonomische und politische Umgebung des einzelnen Rechtsanwenders sowie seine vom Heimatrecht geprägte juristische Bildung lassen sich nur schwer aus dem Rechtsfindungsprozess eliminieren. Soweit Richter und Schiedsrichter aber die Auslegung und Lückenfüllung der Konvention nach ihren jeweiligen nationalen Maßstäben vornehmen, besteht trotz der formal einheitlichen Anwendung des CISG eine internationale Rechtseinheit nur noch auf dem Papier. Eine übergeordnete, supranationale Gerichtsinstanz, an deren Entscheidungen die Mitgliedsstaaten und ihre Gerichte vertraglich gebunden wären, also eine „Einheitliche Gerichtsbarkeit für vereinheitlichtes Recht“⁹⁷³ gibt es derzeit nicht⁹⁷⁴. Ein Pendant zum

⁹⁷⁰ Auf eine langdauernde Übung des Handelsbrauchs kommt es für Art. 9 Abs. 2 CISG nicht an: Auch ein erst kürzlich entstandener Handelsbrauch entspricht den Anforderungen dieser Vorschrift, wenn er bereits hinreichend bekannt ist und regelmäßig beachtet wird, vgl. Staudinger/Magnus, Art. 9, Rn. 23.

⁹⁷¹ Vgl. Audit, *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*, S. 173, 176: „Article 9(2) is significant in that it acknowledges that rules not made by states can be imposed upon the parties. These rules, therefore, are truly legal rules.“

⁹⁷² Vgl. oben, Teil II, II.1.

⁹⁷³ So titelte Riese, *RebelsZ* 26 (1961), S. 604.

⁹⁷⁴ Vgl. Diedrich, *Autonome Auslegung*, S. 35 f. S. auch Kropholler, *Einheitsrecht*, S. 145: „Ein zivilrechtlicher Weltgerichtshof ist ebenso utopisch wie das einheitliche Weltrecht“.

EuGH, dem es nach den Gemeinschaftsverträgen zukommt, über die einheitliche Anwendung und Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu wachen, existiert für privatrechtliche Streitigkeiten ebenfalls nicht. Außerhalb des europäischen Integrationszusammenhangs dürfte sich eine solche Instanz international auch nur schwerlich installieren lassen. Somit obliegt es dem CISG selbst, Richtern und Schiedsrichtern geeignete Hilfsmittel an die Hand zu geben, um die einheitliche Auslegung und Anwendung der Konvention sicherzustellen. Die dafür relevante Vorschrift ist Art. 7 CISG, der sich in zwei Teile gliedert. In Art. 7 Abs. 1 CISG ist die Auslegung geregelt, gefolgt von der Lückenfüllung in Abs. 2. Diese Reihenfolge im Konventionstext weist auf die methodische Vorgehensweise hin: Vorrang genießt immer die Auslegung vor der Lückenfüllung: Erst wenn mittels der Auslegung der Regelungsbereich einer bestehenden Vorschrift feststeht, kann sich dem Rechtsanwender erschließen, ob eine nach Art. 7 Abs. 2 CISG zu füllende Lücke überhaupt besteht⁹⁷⁵. Hier wird die inhaltliche Verwandtschaft der beiden Begriffe offenbar; die Grenze zwischen ihnen verläuft fließend, so dass diese logische Entscheidungsabfolge in der Praxis nicht immer einzuhalten sein wird⁹⁷⁶. So gehört beispielsweise die extensive Anwendung einer Norm zur Auslegung, während die analoge Anwendung der Lückenfüllung zuzuordnen ist. Kropholler bezeichnet daher treffend die Lückenfüllung als die „Fortsetzung der Auslegung auf einer anderen Stufe“⁹⁷⁷.

(1) Art. 7 Abs. 1 CISG

Art. 7 Abs. 1 CISG hatte keinen direkten Vorläufer im Haager Kaufrecht. Während Fragen der Lückenfüllung in Art. 17 EKG behandelt waren, fehlte eine Vorschrift zur Auslegung des Einheitsrechts im EKG völlig⁹⁷⁸.

⁹⁷⁵ Vgl. Magnus, *RabelsZ* 53 (1989), S. 116, 122; Czerwenka, *Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht*, S. 126 f.

⁹⁷⁶ Vgl. Magnus, *RabelsZ* 59 (1995), S. 469, 475 f.

⁹⁷⁷ Kropholler, *Einheitsrecht*, S. 292.

⁹⁷⁸ Vgl. Schlechtriem/Ferrari, Art. 7, Rn. 1.

Zur Auslegung des Übereinkommens beschränkt sich Art. 7 Abs. 1 CISG auf die Aufstellung dreier Auslegungsgrundsätze. Es sind der internationale Charakter des Übereinkommens sowie die Notwendigkeit der einheitlichen Anwendung des CISG und der Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel zu berücksichtigen. Die ersten beiden Grundsätze stellen auf die Herkunft der einheitsrechtlichen Normen und den bereits in der Präambel zum Ausdruck kommenden Vereinheitlichungszweck ab⁹⁷⁹ und lassen sich damit als das „Postulat nach international einheitlicher Auslegung und Anwendung“⁹⁸⁰ zusammenfassen. Bonell weist zu Recht darauf hin, dass sich die beiden Begriffe nicht voneinander trennen ließen, da das Erfordernis einheitlicher Auslegung nur die logische Konsequenz aus der Berücksichtigung des internationalen Charakters des Übereinkommens sei⁹⁸¹. Während die ersten beiden Grundsätze also entsprechend ihrer Stellung in Art. 7 Abs. 1 CISG Zielvorgaben für die Auslegung der Konvention darstellen, handelt es sich bei der Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handelsverkehr auch um ein materielles Erfordernis, das sich als Mittel zur Herstellung materieller Gerechtigkeit zwischen den Parteien auch unmittelbar auf die Parteibeziehungen auswirkt⁹⁸².

Der Regelung der Zielvorgaben für die Auslegung des Übereinkommens sowie dessen einheitsrechtlichem Charakter lässt sich der Auftrag entnehmen, soweit möglich auch einheitliche Interpretationsmethoden zu entwickeln und zu verwenden⁹⁸³. Offen bleibt jedoch, welche Methodik am ehesten geeignet erscheint, die genannten Ziele zu verwirklichen.

⁹⁷⁹ Vgl. Schlechtriem/Ferrari, Art. 7, Rn. 15.

⁹⁸⁰ Diedrich, Autonome Auslegung, S. 139.

⁹⁸¹ Vgl. Bianca/Bonell/Bonell, Art. 7, Bem. 2.2.1.

⁹⁸² Strittig, vgl. Schlechtriem/Ferrari, Art. 7, Rn. 26 m.w.N. Nach Magnus betrifft dieses Erfordernis nicht die Auslegungsmethode, sondern stelle ausschließlich „einen Rechtssatz mit materiellem (wenn auch vagem) Inhalt“ dar, vgl. Magnus, *RabelsZ* 53 (1989), S. 116, 122 f.; a.A. dagegen Bonell, *International Restatement*, S. 66.

⁹⁸³ Vgl. Bianca/Bonell/Bonell, Art. 7, Bem. 2.2.2.

(a) Vorüberlegungen

Oben wurde bereits darauf hingewiesen, dass zur Interpretation der eigentlichen zivilrechtlichen Regelungen des CISG über Rechte und Pflichten der Vertragsparteien, Artt. 1-88 CISG, nicht die Auslegungsregeln für Staatsverträge gem. Artt. 31-33 der Wiener Vertragsrechtskonvention maßgeblich sein können, da letztere als unmittelbare Normadressaten die Vertragsstaaten in ihrer hoheitlichen Funktion voraussetzen⁹⁸⁴. Anstelle der Anwendung der völkerrechtlichen Auslegungsmethoden müssen für die Auslegung des materiellen Einheitsrechts daher eigenständige Vorgehensweisen gefunden werden, die den Auslegungszielen des Art. 7 Abs. 1 CISG gerecht werden.

Gegenstand der Auslegung ist gem. Art. 7 Abs. 1 CISG das Übereinkommen selbst. Die deutsche Fassung als „amtliche Übersetzung“⁹⁸⁵ kann indes lediglich als unverbindliches Hilfsmittel herangezogen werden⁹⁸⁶; maßgeblich ist allein die Originalfassung der Konvention in ihren sechs gleichermaßen authentischen Vertragssprachen⁹⁸⁷. Nur diese repräsentieren den unmittelbaren, authentischen Willen der Abschlusskonferenz, der als völkerrechtliches Abkommen unmittelbare innerstaatliche Verbindlichkeit besitzt⁹⁸⁸ und genießen so bei Auslegungsdivergenzen Vorrang vor nicht-authentischen Übersetzungen. Formal betrachtet sind die sechs authentischen

⁹⁸⁴ Vgl. oben, Fn. 717. Strittig ist dies bei Differenzen zwischen den einzelnen authentischen Textfassungen in den verschiedenen Vertragssprachen des CISG. Hier wird vertreten, die Auslegungsregel des Art. 33 der Wiener Vertragsrechtskonvention anzuwenden, die auf den mehrheitlichen Willen der Staatenkonferenz abstellt, vgl. v. Caemmerer/Schlechtriem/Herber, Art. 7, Rn. 12; a.A.: Honnold, Uniform Law, Rn. 103; Volken, The Vienna Convention, S. 19, 38.

⁹⁸⁵ S. Staudinger/Magnus, Art. 7, Rn. 19, der in der deutschen Version eine Reihe von unkorrekten oder missverständlichen Übersetzungen nachweist, die die Notwendigkeit des Abgleichs mit den authentischen Fassungen offenbar werden lassen. Ein Beispiel ist Art. 65 Abs. 1 CISG, der für die Spezifizierung durch den Verkäufer in der deutschen Version auf die Bedürfnisse des Käufers abstellt, „soweit ihm diese bekannt sind“. Vgl. dagegen die englische Originalfassung („[...] that may be known to him“); ferner die französische: „[...] dont il peut avoir connaissance“ und die spanische Version: „[...] que le sean conocidas“.

⁹⁸⁶ Vgl. Schlechtriem/Ferrari, Art. 7, Rn. 31.

⁹⁸⁷ S. oben, Fn. 776.

⁹⁸⁸ Vgl. oben, Text um Fn. 720.

Sprachversionen zwar gleichwertig⁹⁸⁹; da jedoch das Englische während der Vorarbeiten die bevorzugte Arbeitssprache war, dürfte im Zweifelsfall auch der englischen Fassung das größte Gewicht zukommen⁹⁹⁰.

(b) Auslegungsmethoden

Bei seiner vergleichenden Analyse des internationalen Meinungsstandes zur Bewertung des Art. 7 Abs. 1 CISG und den für eine einheitliche Auslegung vorgeschlagenen Methoden kommt Diedrich zu dem Ergebnis, dass diesbezüglich zwischen den Vertretern der beiden großen Rechtskreise des civil- bzw. common law keine grundlegenden Divergenzen bestehen. Aus den übereinstimmenden Literaturmeinungen extrahiert er einen abgestuften Auslegungskanon, der in vier Schritten gleichsam als „Interpretationsleiter“ zur Verwirklichung der in Art. 7 Abs. 1 CISG postulierten Auslegungsziele führen soll⁹⁹¹.

Auf der ersten Stufe steht danach die grammatikalische Interpretation, die sich bei einem mehrsprachigen Übereinkommen wie dem CISG entsprechend den Vorüberlegungen an den authentischen Fassungen zu orientieren hat. Dabei ist vermeintlich vertrauten Begriffen des Einheitsrechts, die formal mit einem bestehenden nationalen Rechtsbegriff übereinstimmen, besondere Beachtung zu widmen: Die Formulierung der Konvention durch die Staatenvertreter war von dem Bemühen getragen, so weit wie möglich originäre Rechtsbegriffe zu verwenden, die nicht bereits mit feststehenden juristischen Definitionen in den Rechtsordnungen der einzelnen Vertragsstaaten besetzt waren. Für den Rechtsanwender folgt daraus die Pflicht, insbesondere denjenigen Begriffen und Rechtsinstituten, die sprachlich lediglich zufällig mit denen einer oder mehrerer nationaler Rechtsordnungen übereinstimmen, keinesfalls den dort üblichen Bedeutungsinhalt zuzumessen. Vielmehr sind sie im Wege autonomer Auslegung originär, d.h. allein aus dem Funktionszusammenhang

⁹⁸⁹ S. auch die Unterzeichnungsklausel des CISG: „Geschehen zu Wien am 11. April 1980 in einer Urschrift in arabischer, chinesischer, englischer, französischer, russischer und spanischer Sprache, wobei jeder Wortlaut gleichermaßen verbindlich ist.“

⁹⁹⁰ Vgl. Staudinger/Magnus, Art. 7, Rn. 17.

⁹⁹¹ Vgl. Diedrich, Autonome Auslegung, S. 139 ff.

des CISG heraus zu definieren⁹⁹². Dabei ist wiederum zu beachten, dass bei solchen Begriffen keine zufällige Übereinstimmung herrscht, für die sich aus der Entstehungsgeschichte eindeutig entnehmen lässt, dass sie bei der Redaktion einzelner Normen des CISG Pate gestanden haben und dies den Staatenvertretern bewusst gewesen ist⁹⁹³. In diesem Fall wurde die nationalrechtliche Bedeutung des betreffenden Begriffs in den Willen der Abschlusskonferenz, also des ursprünglichen „Konventionsgebers“, aufgenommen. Soweit ein solcher Wille jedoch nicht zu erkennen ist, darf ein Begriff allein aus dem Funktionszusammenhang des CISG heraus autonom interpretiert werden⁹⁹⁴; aus nationalem Recht vertraute Begrifflichkeiten entpuppen sich dann für den Rechtsanwender als *faux amis*, die zu einem methodologisch unzulässigen Vorgehen verleiten, das die Gefahr fehlerhafter Ergebnisse birgt.

Ebenfalls auf der ersten Stufe kann zur Unterstützung der reinen Textinterpretation der systematische Zusammenhang der Normen innerhalb der Gesamtstruktur des CISG zu Rate gezogen werden. Dabei hat sich die systematische Auslegung auf das Übereinkommen selbst zu beschränken und kann nicht etwa auf die Stellung der Konventionsnormen im Gesamtgefüge der Rechtsordnung, als deren Bestandteil das CISG zur Anwendung gelangt, ausgedehnt werden⁹⁹⁵. Ebenso ist mangels systematischen Zusammenhangs ein Vergleich mit „verwandtem“ Einheitsrecht ausgeschlossen, denn sowohl das unvereinheitlichte nationale Recht als auch internationales Einheitsrecht unterscheiden sich sowohl hinsichtlich ihrer Urheber und ihrer Legitimation als auch ihrer Regelungstechnik und Regelungsziele vom CISG; ihre Heranziehung wäre mit dem Vereinheitlichungszweck des Übereinkommens unvereinbar und würde in Ermangelung feststehender Kriterien bezüglich ihrer Auswahl zu willkürlichen Ergebnissen führen.

⁹⁹² Vgl. Schlechtriem/Slechtriem, Einleitung, S. 32; Garro, *Tulane Law Review* 69 (1995), S. 1149, 1154.

⁹⁹³ Vgl. Schlechtriem/Ferrari, Art. 7, Rn. 10; Staudinger/Magnus, Art. 7, Rn. 13.

⁹⁹⁴ Vgl. Diedrich, *Autonome Auslegung*, S. 141.

⁹⁹⁵ Vgl. Diedrich, *Autonome Auslegung*, S. 109.

Die zweite Stufe der Interpretationsleiter bildet die historische Auslegung anhand der travaux préparatoires. Der Zweck des Übereinkommens und der Wille der Abschlusskonferenz sind anhand der Entstehungsgeschichte des Übereinkommens im Allgemeinen und der in Frage stehenden Norm im Besonderen aus den verfügbaren Materialien zu extrahieren. Zum CISG sind die Vorarbeiten und die Abschlusskonferenz detailliert dokumentiert und wurden zudem von Honnold anwenderfreundlich in einem Band zusammengestellt⁹⁹⁶. Bei der historischen Interpretation kann auch ein Vergleich der Vorschriften des CISG mit denen der Haager Einheitlichen Kaufgesetze aufschlussreich sein, um einen gewandelten Willen der Konventionsgeber festzustellen⁹⁹⁷. Jedoch ist bei der historischen Auslegung des CISG einige Zurückhaltung geboten. Zum einen wird hier die oben bereits angesprochene, der legislatorischen Rechtsvereinheitlichung innewohnende Gefahr der juristischen Versteinerung relevant⁹⁹⁸. Gewandelte tatsächliche Verhältnisse aufgrund unvorhersehbarer technischer oder wirtschaftlicher Neuerungen erfordern zur Verwirklichung des Konventionszwecks bisweilen eine Auslegung, die von dem Willen des historischen Gesetzgebers nicht zwingend umfasst gewesen sein muss. Bei zunehmender Geltungsdauer des CISG muss daher in Betracht gezogen werden, dass die travaux préparatoires zugunsten der zum Übereinkommen ergangenen Gerichtsentscheidungen für dessen Anwendung an Bedeutung verlieren werden. Zum anderen ist zu beachten, dass lediglich der mehrheitliche Wille der Delegierten auf der Abschlusskonferenz Eingang in die als verbindlich beschlossene Regelung gefunden hat. Ansichten einzelner Abgeordneter haben daher möglicherweise

⁹⁹⁶ S. Honnold, Documentary History. Der Verlauf der Wiener Konferenz und die Konferenzdokumente sind den Official Records entnommen; die Vorarbeiten von UNCITRAL den UNCITRAL Yearbooks.

⁹⁹⁷ Dagegen erscheint es dogmatisch fragwürdig, auf die Gesetzgebungsmaterialien der Haager Einheitlichen Kaufgesetze oder die dazu ergangene Rechtsprechung und Doktrin zurückzugreifen, denn es gehört zu den herausragenden Merkmalen des CISG, dass es von einer weitaus größeren Zahl von Staaten mit deutlicher divergierenden Hintergründen und Zielvorstellungen gestaltet und in Kraft gesetzt wurde. Die Materialien zu EKG und EAG können daher nicht unbedenken zur Auslegung des weitaus stärker auf Kompromissen aufbauenden CISG herangezogen werden. Zur Parallelproblematik der im Wesentlichen auf den civil law - Rechtskreis beschränkten Rechtsprechung zum Haager Kaufrecht und ihrer Anwendbarkeit auf das CISG vgl. Magnus, RabelsZ 53 (1989), S. 116, 122.

⁹⁹⁸ Vgl. oben, Teil I, II.4.a.aa(3).

in der in Frage stehenden Regelung gar keinen Niederschlag gefunden und dürfen somit in die Auslegung nicht miteinbezogen werden⁹⁹⁹.

Die dritte Stufe der Interpretationsleiter verlässt das Übereinkommen selbst und wendet sich der internationalen Doktrin und Rechtsprechung zu. Diese tragen zu einer autonomen, international einheitlichen Auslegung insofern bei, als dadurch der nationale Horizont des Rechtsanwenders überschritten wird und von diesem anvisierte Auslegungsergebnisse überprüft und abgesichert werden können¹⁰⁰⁰. Selbstverständlich kommt der ausländischen Rechtsprechung dabei keine präjudizielle Wirkung zu. Eine formelle Bindungswirkung ausländischer Entscheidungen wäre mit der Souveränität der Vertragsstaaten nicht zu vereinbaren. Jedoch kann ihnen die Bedeutung einer *persuasive authority* zukommen, die zusätzliches Argumentationspotential beinhaltet und so die Entscheidung des Rechtsanwenders beeinflusst und lenkt¹⁰⁰¹. Ähnlich wie schon bei den Gesetzgebungsmaterialien stellt sich die Verfügbarkeit der zum CISG ergangenen Rechtsprechung als außerordentlich gut dar. Eine umfangreiche Sammlung von Gerichts- und Schiedsgerichtsentscheidungen, die mit UNCITRAL - Rechtsvereinheitlichungsprojekten in Zusammenhang stehen, wird von UNCITRAL selbst als „Case Law On UNCITRAL Texts“ (CLOUT) bereitgestellt¹⁰⁰².

⁹⁹⁹ Vgl. Magnus, *RabelsZ* 53 (1989), S. 116, 124.

¹⁰⁰⁰ Vgl. Diedrich, *Autonome Auslegung*, S. 112.

¹⁰⁰¹ Vgl. Bianca/Bonell/Bonell, Art. 7, Bem. 3.2.; Schlechtriem/Ferrari, Art. 7, Rn. 23 f.; Magnus, *RabelsZ* 53 (1989), S. 116, 123.

¹⁰⁰² UNCITRAL verfolgt damit den Zweck „to promote international awareness of such legal texts elaborated or adopted by the Commission, to enable judges, arbitrators, lawyers, parties to commercial transactions and other interested persons to take decisions and awards relating to those texts into account in dealing with matters within their responsibilities and to promote the uniform interpretation and application of those texts.“, s. CLOUT user guide; U.N. Doc. A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.1, S. 3 (URL: <http://www.uncitral.org/english/clout/guides/guide1-rev1-e.pdf>). Beachte zudem die CISG-Datenbank der New Yorker Pace Law School, URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/cisgintro.html> sowie die von Bonell betreute Datenbank UNILEX, URL: <http://www.unilex.info>, ferner die umfangreiche Sammlung von Materialien und Rechtsprechung zum CISG unter URL: <http://www.CISG-online.ch>. Damit sind die praktischen Bedenken von Bianca/Bonell/Bonell, Art. 7, Bem. 3.1.3 mittlerweile überholt. Weitere Internetadressen, die zu deutschen, französischen und amerikanischen Entscheidungen führen, finden sich bei Schlechtriem/Ferrari, Art. 7, Rn. 21.

Lassen sich anhand der ersten drei Stufen keine gesicherten Ergebnisse erzielen, so kommt als ultima ratio auf der vierten und letzten Stufe auch eine Auslegung auf der Grundlage funktionaler Rechtsvergleichung der nationalen Rechtsordnungen der Signatarstaaten in Frage. Sie hat zum Ziel, einen in den Vertragsstaaten übereinstimmend vorhandenen „Bedeutungskern“ der einheitsrechtlichen Norm herauszuarbeiten¹⁰⁰³. Ein in der Praxis durchführbarer Rechtsvergleich setzt jedoch voraus, dass unter den Rechtsordnungen der Vertragsstaaten, die auf der Abschlusskonferenz vertreten waren, eine Auswahl getroffen wird und bringt so die Gefahr von Verzerrungen mit sich¹⁰⁰⁴. Da sich diese Methode durch den Rückgriff auf unvereinheitlichtes nationales Recht am weitesten von der Konvention selbst entfernt, muss bei der Auswahl der exemplarisch zu vergleichenden Rechtsordnungen besonderes Augenmerk darauf gerichtet werden, dass dem Postulat einheitlicher Auslegung des Art. 7 Abs. 1 CISG entsprochen wird. Grundsätzlich darf sich die Auswahl daher nicht lediglich auf Rechtsordnungen eines Rechtskreises beschränken; innerhalb eines Rechtskreises erscheinen wiederum diejenigen Rechtsordnungen vorzugswürdig, die als exemplarisch für diesen Rechtskreis angesehen werden können¹⁰⁰⁵. Eine Ausnahme kann sich jedoch daraus ergeben, dass anhand der Entstehungsgeschichte der besondere Einfluss einer Rechtsordnung oder Rechtstradition auf den Inhalt der in Frage stehenden Norm des Übereinkommens nachgewiesen werden kann¹⁰⁰⁶.

Die genannten Auslegungsmethoden kommen nicht alternativ, sondern kumulativ zur Anwendung, wie sich bereits deutlich an der Aufnahme historischer Elemente in den Bereich der grammatikalischen bzw. rechtsvergleichenden Auslegung erkennen lässt. Sie verbindet der gemeinsame Anspruch, den Sinn und Zweck der in Frage stehenden Norm anhand der Zielvorgaben des Art. 7 Abs. 1 CISG sowie im Lichte der auch in der Präambel zum Ausdruck kommenden ratio conventionis zu ermitteln. Aus

¹⁰⁰³ Vgl. Diedrich, Autonome Auslegung, S. 113.

¹⁰⁰⁴ Vgl. Diedrich, Autonome Auslegung, S. 113.

¹⁰⁰⁵ Vgl. Diedrich, Autonome Auslegung, S. 114.

¹⁰⁰⁶ Vgl. Diedrich, Autonome Auslegung, S. 113 f.

diesem Grund stellt die teleologische Auslegung keine eigene Sprosse auf der Interpretationsleiter dar; sie ist vielmehr allen Stufen gleichermaßen immanent. Gleichwohl besteht im Falle widersprüchlicher Resultate bei Anwendung der einzelnen „Stufen“ der Interpretationsleiter insofern eine Wertungshierarchie, als, wie gesagt, die rechtsvergleichende Auslegung lediglich als *ultima ratio* herangezogen werden sollte und die historische Auslegung im Laufe der Zeit gegenüber der Einbeziehung von Doktrin und Rechtsprechung an Autorität verlieren wird. Auch aus praktischen Erwägungen dürfte das Hauptaugenmerk bei der Auslegung auf den Wortlaut des Übereinkommens zu legen sein, ist es doch der Konventionstext in seinen authentischen Fassungen, der allen Rechtsanwendern unabhängig von ihrem wirtschaftlichen, sozialen und juristischen Hintergrund gleichermaßen zur Verfügung steht. Das bedeutet jedoch nicht, dass der Wortlaut der Konvention die äußerste Grenze für ihre Auslegung darstellen muss. Selbst in den *common law* - Staaten mit ihrer traditionellen *literal rule* bzw. *plain meaning rule* erscheint die vorgeschlagene, über den reinen Wortlaut des Übereinkommens hinausreichende Auslegungsmethode konsensfähig, da die dortige Rechtsprechung ihre strengen Regeln für das internationale Einheitsrecht inzwischen stark aufgelockert hat¹⁰⁰⁷.

(2) *Art. 7 Abs. 2 CISG*

Während Art. 7 Abs. 1 CISG Leitlinien für den Umgang mit auslegungsbedürftigen Begriffen des CISG aufstellt, betrifft Abs. 2 die Situationen, in welchen das CISG zu einer Sachfrage zwar durch Einbeziehung in seinen Regelungsbereich einen Regelungsanspruch erhebt, es an einer expliziten Regelung jedoch fehlt¹⁰⁰⁸. Die Beschränkung auf interne Lücken bei der Lückenfüllung mittels Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze ergibt sich nicht nur aus dem insoweit eindeutigen Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 CISG¹⁰⁰⁹; auch der bereits mehrfach hervorgehobene,

¹⁰⁰⁷ Vgl. Magnus, *RabelsZ* 53 (1989), S. 116, 124; Diedrich, *Autonome Auslegung*, S. 115 und 151; Bianca/Bonell/Bonell, Art. 7, Bem. 2.2.1.; zurückhaltender Volken, *The Vienna Convention*, S. 19, 39 f.

¹⁰⁰⁸ Vgl. Schlechtriem/Ferrari, Art. 7, Rn. 42 f.

¹⁰⁰⁹ Vgl. Staudinger/Magnus, Art. 7, Rn. 38; Magnus, *RabelsZ* 59 (1995), S. 469, 475.

lediglich auf den Regelungsbereich des Übereinkommens beschränkte vertragliche Verzicht der Signatarstaaten auf ihre Regelungshoheit unterstützt dieses Ergebnis: Wo der Regelungsanspruch der Konvention endet, ist die Anwendung des nach dem IPR des Forumstaates berufenen Recht auch unter völkerrechtlichen Gesichtspunkten zwingend.

(a) Das Verhältnis zu Art. 4 CISG

Bevor also die Lückenfüllungsgrundsätze des Art. 7 Abs. 2 CISG zum Tragen kommen können, muss bestimmt werden, ob die unregelte Sachfrage eine interne Lücke betrifft, das CISG also überhaupt den zur Beurteilung stehenden Sachverhalt erfasst. Im Zusammenhang mit der Bestimmung des Regelungsbereichs des CISG wurde festgestellt, dass dazu die Wertungen des Art. 7 CISG und dadurch u.a. auch die dem CISG zugrunde liegenden Rechtsgrundsätze in die Betrachtungen einzufließen haben. Lässt sich demnach aus einem dem CISG zugrunde liegenden allgemeinen Rechtsgrundsatz eine adäquate Lösung ableiten, so wird man nach dem oben Gesagten zumeist zu dem Ergebnis kommen, dass die Sachfrage vom Regelungsbereich umfasst sei und umgekehrt¹⁰¹⁰. Es besteht somit eine Wechselwirkung zwischen den Lückenfüllungsgrundsätzen des Art. 7 Abs. 2 und Art. 4 CISG¹⁰¹¹: Die Probleme der autonomen Lückenfüllung der Konvention gem. Art. 7 Abs. 2 Var. 1 CISG überschneiden sich mit dem Problem der exakten Bestimmung ihres Regelungsbereichs¹⁰¹².

(b) Methodik der Lückenfüllung

Zur Lückenfüllung existieren nach der Konzeption des Art. 7 Abs. 2 CISG zwei Möglichkeiten, nämlich einerseits eine die Anwendung des Einheitsrechts fördernde autonome Lückenfüllung durch Fortbildung der in der Konvention niedergelegten Regeln und andererseits der Rückgriff auf nationales Recht unter Preisgabe des Vereinheitlichungserfolges¹⁰¹³.

¹⁰¹⁰ S. oben, Teil II, III.1; insbesondere III.1.c.bb.

¹⁰¹¹ Vgl. Magnus, *RabelsZ* 59 (1995), S. 469, 475 ff.

¹⁰¹² Vgl. Schlechtriem, *Unification*, S. 121, 129.

¹⁰¹³ Die Verfasser des Haager Kaufrechts sahen dagegen eine Lückenfüllung allein aus der Konvention heraus vor, vgl. oben, Fn. 804. Jedoch ist man auch bei der Anwendung des

Aufgrund dieser Preisgabe ist letztere nach allgemeiner Ansicht nur als ultima ratio zulässig; vorrangig vor dem Rückgriff auf nationales Recht ist daher stets die genaue Prüfung, ob allgemeine Rechtsgrundsätze auffindbar sind, die zu einer angemessenen Lösung führen können¹⁰¹⁴.

(aa) Zum Auffinden allgemeiner Rechtsgrundsätze

Solche Lösungen können sich nach Karollus „insbesondere daraus ergeben, dass aus den einzelnen Bestimmungen des UNK induktiv bestimmte Leitgedanken herausgearbeitet werden und daraus dann deduktiv eine für den konkreten Fall passende neue Regel entwickelt wird.“¹⁰¹⁵ Der Rechtsanwender ist somit gem. Art. 7 Abs. 2 CISG verpflichtet, in einem ersten Schritt das CISG nach Normen zu durchforschen, die allein oder in Verbindung mit anderen Vorschriften des Übereinkommens Prinzipien für die gesamte Konvention aufstellen. Beispiel für erstere sind der Grundsatz von Treu und Glauben oder der Grundsatz der Formfreiheit, die sich jeweils allein aus Art. 7 Abs. 1 bzw. Art. 11 CISG ableiten lassen¹⁰¹⁶. Hingegen wurde oben bereits festgestellt, dass sich der Grundsatz des Vorrangs des Parteiwillens in seinem vollen Umfang nicht allein aus Art. 6 CISG ergibt, sondern im Zusammenspiel mit einer ganzen Reihe weiterer Einzelvorschriften des CISG, denen dieser gemeinsame Regelungsgedanke zugrunde liegt¹⁰¹⁷. Erst in einem zweiten Schritt kann dann der so gefundene Grundsatz zu einem „präzisen, speziellen Rechtssatz verdichtet werden“¹⁰¹⁸, der auf den Einzelfall anwendbar ist. Karollus weist zu Recht darauf hin, dass diese Vorgehensweise der Rechtsfigur der Gesamtanalogie entspreche¹⁰¹⁹.

Haager Kaufrechts in Ermangelung einschlägiger Grundsätze letztlich auf das jeweils anwendbare nationale Recht zurückgegangen, vgl. Magnus, *RabelsZ* 53 (1989), S. 116, 120.

¹⁰¹⁴ Vgl. Schlechtriem/Ferrari, Art. 7, Rn. 41 und 58; Bianca/Bonell/Bonell, Art. 7, Bem. 2.3.3.2.; Staudinger/Magnus, Art. 7, Rn. 58; Magnus, *RabelsZ* 53 (1989), S. 116, 121; Garro, *Tulane Law Review* 69 (1995), S. 1149, 1156 und 1159.

¹⁰¹⁵ Karollus, *UN-Kaufrecht*, S. 16 f.

¹⁰¹⁶ Vgl. Magnus, *RabelsZ* 59 (1995), S. 469, 477.

¹⁰¹⁷ S. oben, Teil II, III.2.a.aa(2). Weitere Beispiele finden sich bei Bianca/Bonell/Bonell, Art. 7, Bem. 2.3.2.2.

¹⁰¹⁸ Kropholler, *Einheitsrecht*, S. 159.

¹⁰¹⁹ Vgl. Karollus, *UN-Kaufrecht*, S. 17.

Fraglich ist jedoch, ob auch ein Analogieschluss aus Einzelvorschriften des CISG als Mittel der Lückenfüllung zulässig ist. Seinem Wortlaut nach beruft sich Art. 7 Abs. 2 CISG lediglich auf die der Konvention zugrunde liegenden allgemeinen Rechtsgrundsätze. Die Antwort auf diese Frage ist jedoch unter Berücksichtigung des Telos des gesamten CISG zu suchen, das für den vom Übereinkommen erfassten Bereich eine möglichst weitgehende Vereinheitlichung des Rechts internationaler Warenkaufverträge vorsieht¹⁰²⁰. Aus diesem Blickwinkel erscheint es geboten, die Zulässigkeit einer analogen Anwendung einzelner Vorschriften ebenfalls zu bejahen¹⁰²¹. Der Übergang zwischen der analogen Anwendung einzelner Vorschriften und der Gewinnung allgemeiner Grundsätze ist indes fließend; eine scharfe Abgrenzung wirkt sich aufgrund der Zulässigkeit des Analogieschlusses in der Sache nicht aus und kann daher grundsätzlich auf sich beruhen¹⁰²². Fehlt es jedoch an den Voraussetzungen für eine Analogie und soll aus einer oder mehreren Bestimmungen des CISG ein allgemeiner Rechtsgrundsatz abgeleitet werden, so dürfen dazu solche Rechtssätze nicht herangezogen werden, deren Regelungsinhalt der Konventionsgeber bewusst begrenzt hat. Hier haben die Verfasser der Konvention die Regelung der offen gelassenen Frage dem nach dem IPR des Forumstaates berufenen nationalen Recht überantwortet¹⁰²³. Allerdings wird man solche Rechtsfragen nach den oben für die Ermittlung des Regelungsbereichs aufgestellten Grundsätzen als außerhalb der Konvention liegend zu qualifizieren haben, so dass die Anwendung des Art. 7 Abs. 2 CISG ohnehin ausgeschlossen ist.

Darüber hinaus sind schließlich mittels eines *argumentum a maiore ad minus* zur Ausfüllung interner Lücken eine Reihe weiterer anerkannter Methoden

¹⁰²⁰ Vgl. Magnus, *RabelsZ* 53 (1989), S. 116, 120; Diese Intention kommt sowohl in der Präambel zum Ausdruck als auch im gesamten Art. 7 CISG; s. dazu oben, Text um Fn. 834 und 836.

¹⁰²¹ Ebenso Schlechtriem, *Internationales UN-Kaufrecht*, Rn. 47; Bianca/Bonell/Bonell, Art. 7, Bem. 2.3.2.1.

¹⁰²² Vgl. allgemein Kropholler, *Einheitsrecht*, S. 298, der darauf hinweist, dass „die methodologischen Einteilungen nur Schwerpunkte, aber keine genauen Grenzen markieren, daß die Übergänge ineinander fließen und die verschiedenen Gesichtspunkte sich ergänzen“. Zu den dogmatischen Unterschieden zwischen der Analogie und der Heranziehung allgemeiner Rechtsgrundsätze s. Bianca/Bonell/Bonell, Art. 7, Bem. 2.3.2.2.

¹⁰²³ Vgl. Schlechtriem, *Internationales UN-Kaufrecht*, Rn. 46.

der Rechtsfortbildung als zulässig anzusehen. Denn wenn Art. 7 Abs. 2 CISG den Rekurs auf allgemeine Rechtsgrundsätze zulässt, so lässt sich daraus ableiten, dass auch die in der Literatur zum internationalen Einheitsrecht anerkannten, weniger weitreichenden Methoden der Rechtsfortbildung anwendbar sind. Namentlich sind diese das *argumentum a maiore ad minus*, das *argumentum e contrario* sowie die teleologische Reduktion bzw. Extension¹⁰²⁴.

(bb) Rückgriff auf unvereinheitlichtes nationales Recht

Erst wenn sämtliche der soeben aufgezeigten Methoden zu keiner adäquaten Lösung führen, ist gem. Art. 7 Abs. 2 Var. 2 CISG auf unvereinheitlichtes nationales Recht zurückzugreifen. Zur Bestimmung des heranzuziehenden Sachrechts ist der übliche kollisionsrechtliche Weg zu beschreiten, der mit den durch die Zwangsnationalisierung eines internationalen Sachverhalts verbundenen Problemen behaftet ist und auch aus diesem Grunde nur als *ultima ratio* in Betracht zu ziehen ist¹⁰²⁵.

bb. Art. 7 CISG als Schnittstelle?

(1) Zur Schnittstellenfunktion des Art. 7 Abs. 1 CISG

Art. 7 Abs. 1 CISG hat ausschließlich die Auslegung des Übereinkommens selbst zum Gegenstand. Daher ist an dieser Stelle eine unmittelbare Legitimierung von außerhalb der Konvention liegenden Rechtssätzen der *lex mercatoria*, so wie mittels Artt. 6 und 9 CISG bewirkt werden kann, ausgeschlossen. Auch ist die Heranziehung von Wertungen, die der *lex mercatoria* entstammen, auf den ersten beiden konventionsimmanenten Stufen der Interpretationsleiter (grammatikalisch- systematische und historische

¹⁰²⁴ Grundlegend dazu Kropholler, Einheitsrecht, S. 293 ff.

¹⁰²⁵ Stoll, FS Ferid, S. 495, 498 f. schlägt dagegen vor, dass sog. Rest- und Randfragen „ohne Wertungsprobleme von einiger Bedeutung“ stets nach dem Sachrecht der *lex fori* beurteilt werden sollten. Diese Lösung vermeidet zwar für bestimmte Fragen die mit der kollisionsrechtlichen Bestimmung des anwendbaren Sachrechts verbundenen Schwierigkeiten, zieht jedoch die nicht minder problematische Frage nach sich, nach welchen Kriterien diese Rest- und Randfragen zu ermitteln und von den wertungsbedürftigen Fragen abzugrenzen sind. Zur Kritik am Vorschlag Stolls vgl. Staudinger/Magnus, Art. 7, Rn. 59 m.w.N.

Auslegung) kaum denkbar. Dennoch erlangt die *lex mercatoria* bei der Anwendung des Art. 7 Abs. 1 CISG in zweifacher Hinsicht Bedeutung:

(a) Rechtsprechung der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit

Zum einen wird auf der dritten Stufe der Interpretationsleiter ausländische Rechtsprechung zwar nicht mit formeller Bindungswirkung, jedoch gleichwohl durch ihre *persuasive authority* als Argumentationshilfe herangezogen. Gerade weil es aber aufgrund der fehlenden formellen Bindungswirkung auf die staatliche Herkunft dieser Rechtsprechung nicht ankommt, kann die eine der Säulen der *lex mercatoria* darstellende Rechtsprechung der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit ebenso wie die staatliche Rechtsprechung Einfluss auf die Auslegung des CISG nehmen.

(b) „Privatkodifikationen“

Gleiches gilt für die vierte und letzte Stufe der Interpretationsleiter: Sollten bestehende Auslegungszweifel den Rückgriff auf die rechtsvergleichende Methode erforderlich machen, so stellt sich für den Rechtsanwender, wie bereits Kropholler treffend hervorhebt, das Problem, „daß dem nationalen Richter mit der Ermittlung rechtsvergleichend gewonnener allgemeiner Rechtsgrundsätze eine Aufgabe gestellt ist, die an Schwierigkeit kaum zu überbieten ist und im Vergleich zu der die richtige Anwendung eines einzigen ausländischen Sachrechts noch als relativ einfach erscheint.“¹⁰²⁶ Die Anwendung des Einheitsrechts vermag auf diese Weise wohl kaum zur Verwirklichung der damit bezweckten Ziele beitragen. Wie Magnus betont, obliegt es an dieser Stelle der Wissenschaft, sich um eine Hilfestellung zur Bewältigung dieser Aufgabe zu bemühen. Diese hat sich der Aufgabe gestellt und die oben bereits vorgestellten UNIDROIT Principles und PECL entwickelt¹⁰²⁷. Sie beruhen auf intensiven rechtsvergleichenden Vorarbeiten und repräsentieren einen breiten internationalen Konsens¹⁰²⁸, so dass ihre Heranziehung als Auslegungs- und Begründungshilfe nicht nur zulässig,

¹⁰²⁶ Kropholler, Einheitsrecht, S. 301.

¹⁰²⁷ S. oben, Teil I, III.2.c.

¹⁰²⁸ Beachte jedoch die oben aufgrund der rechtsfortbildenden Tätigkeit der jeweiligen Kommissionen geäußerten Vorbehalte, vgl. oben, Fn. 322, 340.

sondern in Hinblick auf die praktischen Schwierigkeiten bei der Verwirklichung des Konventionszwecks auf der vierten Stufe der Auslegungsleiter sogar geboten erscheint.

Soweit die *lex mercatoria* also rechtliche Wertungen formuliert, die im Vergleich mit der zur Auslegung des CISG vorgeschlagenen Interpretationsleiter methodisch gleichwertig gewonnen wurden, stellt sich Art. 7 Abs. 1 CISG als Schnittstelle zur Anwendung der *lex mercatoria* dar, wobei deren Anwendung hier im Unterschied zu Artt. 6, 9 CISG nicht unmittelbar als Norm, sondern lediglich mittelbar als Auslegungs- und Begründungshilfe erfolgt¹⁰²⁹.

(2) Zur Schnittstellenfunktion des Art. 7 Abs. 2 CISG

(a) Persuasive authority der lex mercatoria

Auch bei der Lückenfüllung nach Art. 7 Abs. 2 CISG kann bestimmten Elementen der *lex mercatoria* eine mit Art. 7 Abs. 1 CISG vergleichbare, mittelbare Bedeutung im Sinne einer *persuasive authority* zukommen. Wie oben erwähnt, beinhaltet die in Art. 7 Abs. 2 CISG geregelte Vorrangstellung des Rückgriffs auf allgemeine Grundsätze gegenüber der Anwendung unvereinheitlichten nationalen Rechts für den Rechtsanwender die Verpflichtung, aus einem herausgearbeiteten allgemeinen Grundsatz eine für den konkreten Fall passende neue Regel zu entwickeln. Diese Aufgabe kann sich aufgrund der Unbestimmtheit und Weite dieser Grundsätze als schwierig erweisen. Insbesondere besteht die Gefahr, dass der angestrebte internationale Entscheidungseinklang durch divergierende Konkretisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze ausbleibt, was der *ratio conventionis* zuwiderliefe. Sofern die *lex mercatoria* einheitliche, international anerkannte Leitlinien für eine solche Konkretisierung beinhaltet, erscheint es daher, wie bereits zu Art. 7 Abs. 1 CISG festgestellt, unter dem Gesichtspunkt der Wahrung der einheitlichen Anwendung geboten, die entsprechenden Rechtssätze der *lex*

¹⁰²⁹ Auf ebendiese Funktion der UNIDROIT Principles weist hin: Bonell, *RabelsZ* 56 (1992), S. 274, 284 f.

mercatoria als persuasive authority in die Lückenfüllung einzubeziehen. Voraussetzung dafür ist jedoch zunächst, dass die der lex mercatoria angehörenden Grundsätze mit den dem CISG zugrunde liegenden Generalprinzipien deckungsgleich sind. Magnus, der im Jahre 1995 eine Liste von 26 allgemeinen Grundsätzen des CISG herausgearbeitet hat, stellt zutreffend fest, dass sich diese in erheblichem Umfang mit solchen Grundsätzen decken, die als Inhalt der lex mercatoria genannt werden. Dabei beruft er sich auf eine Arbeit Mustills aus dem Jahre 1988, die eine Zusammenstellung von 20 solcher Grundsätzen enthält¹⁰³⁰.

Somit stellt Art. 7 Abs. 2 CISG zunächst nur insofern eine Schnittstelle zur Anwendung der lex mercatoria dar, als diese wie in Art. 7 Abs. 1 CISG nicht unmittelbar als Norm, sondern lediglich mittelbar als Auslegungs- und Begründungshilfe Beachtung findet.

(b) Lex mercatoria als mittels Art. 7 Abs. 2 CISG anwendbares Recht

Fraglich ist, ob das Ausgangsmaterial für die Bestimmung allgemeiner, gem. Art. 7 Abs. 2 CISG vorrangig vor dem Rückgriff auf nationales Recht anzuwendender Rechtsgrundsätze zwingend auf das CISG selbst beschränkt ist. Art. 7 Abs. 2 CISG beschränkt die zur Lückenfüllung heranzuziehenden allgemeinen Grundsätze ausdrücklich auf solche, die der Konvention selbst zugrunde liegen. Ein Rückgriff auf externe Grundsätze, wie er zu Art. 17 EKG noch für zulässig erachtet wurde, scheidet dem Wortlaut zufolge aus¹⁰³¹. Dennoch will die Literatur von dieser Regel dann eine Ausnahme machen, wenn und soweit sich allgemeine Grundprinzipien entwickelt haben, die international abgestimmt sind und tatsächlich generelle Anerkennung finden¹⁰³². Zwar spricht neben dem Wortlaut¹⁰³³ auch die

¹⁰³⁰ Vgl. Magnus, *RabelsZ* 59 (1995), S. 469, 478 ff; die Zusammenstellung Mustills ist zitiert in Fn. 37.

¹⁰³¹ Vgl. Schlechtriem/Ferrari, Art. 7, Rn. 41.

¹⁰³² Vgl. Magnus, *RabelsZ* 59 (1995), S. 469, 477.

¹⁰³³ Vgl. den insofern deutlichen englischen Text, nach dem Art. 7 Abs. 2 CISG nur die Beachtung solcher Grundsätze erlaubt, auf denen die Konvention „is based“. Zum besonderen Gewicht der englischen Fassung gegenüber den sonstigen authentischen Fassungen s. oben, Text vor Fn. 990.

Entstehungsgeschichte gegen einen Rückgriff auf externe Grundsätze¹⁰³⁴, jedoch sind die in Art. 7 Abs. 1 CISG sowie in Abs. 3 der Präambel zum Ausdruck gebrachten Ziele auch bei der Auslegung des Art. 7 Abs. 2 CISG zu beachten¹⁰³⁵. Unter dem Gesichtspunkt der Berücksichtigung des internationalen Charakters der Konvention, der Förderung der Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel und schließlich des Ziels, die rechtlichen Hindernisse im internationalen Handel zu beseitigen und seine Entwicklung zu fördern, lässt sich ein Rückgriff auf Generalprinzipien außerhalb des CISG deshalb rechtfertigen, da eine solche Fortentwicklung des einheitlichen Rechts seiner vielfach kritisierten „Versteinerung“ entgegenwirkt¹⁰³⁶. Dem Postulat einheitlicher Anwendung der Konvention widerspricht ein solcher Rückgriff nicht, denn er beschränkt sich auf international akzeptierte, allgemeingültige und somit einheitliche Grundprinzipien.

Damit geht die Schnittstellenfunktion des Art. 7 Abs. 2 CISG über die des Abs. 1 hinaus. Während der *lex mercatoria* im Zusammenhang mit Abs. 1 lediglich mittelbare Bedeutung im Sinne von Auslegungs- und Begründungshilfe zukommt, bewirkt Abs. 2, dass solche Rechtssätze der *lex mercatoria*, die als Konkretisierung allgemeingültiger, international anerkannter Grundsätze qualifiziert werden können, als Rechtsnormen Anwendung finden können. Mehr noch: Soweit einzelne Regelungen des einfach-zwingenden nationalen Rechts dem Regelungsbereich des CISG angehören, werden diese mittels Art. 7 Abs. 2 CISG durch die entsprechenden Rechtssätze *lex mercatoria* verdrängt. Art. 7 Abs. 2 CISG vermag unter den genannten Umständen somit einzelne Grundsätze der *lex mercatoria* im Rang über nationale *ius cogens* zu erheben.

¹⁰³⁴ Die „allgemeinen, von den zivilisierten Staaten anerkannten Rechtsgrundsätze“ heranzuziehen, auf die Art. 38 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs hinweist, wurde bereits im ersten Entwurf von 1935 nicht vollständig übernommen und findet in Art. 7 Abs. 2 CISG keine Stütze, vgl. Magnus, *RabelsZ* 59 (1995), S. 469, 476; zum Entwurf vgl. Rabel, *RabelsZ* 9 (1935), S. 1, 54.

¹⁰³⁵ Vgl. Stoll, FS Ferid, S. 495, 498; Diedrich, *RIW* 1995, S. 353, 355.

¹⁰³⁶ Vgl. Magnus, *RabelsZ* 59 (1995), S. 469, 477; zur Kritik Kötz, *RabelsZ* 50 (1986), S. 1, 12.

IV. Schnittstellen und lex mercatoria - ein unerwünschter Automatismus?

Das vorstehende Kapitel hat gezeigt, dass das CISG eine Reihe von Instrumenten bereitstellt, durch die sein Zusammenwirken mit einzelnen Bestandteilen der lex mercatoria in weiten Grenzen frei von Legitimationsproblemen ermöglicht wird. Andererseits wurde bereits im ersten Teil anlässlich der praktischen Beurteilung der Idee einer autonomen Rechtsordnung lex mercatoria festgestellt, dass dem internationalen Handel gegenwärtig das Bild eines umfassenden kaufrechtlichen Regelungsrahmens durch selbst geschaffenes Spontanrecht fremd ist. Der Kaufmann, so wurde festgestellt, geht vielmehr grundsätzlich von der Anwendbarkeit einer nationalen Rechtsordnung aus, die er nach Bedarf durch die selektive Heranziehung geeignet erscheinender Strukturelemente der lex mercatoria zu modifizieren oder zu ergänzen versucht¹⁰³⁷. Wäre dem Zusammenspiel von CISG und lex mercatoria ein Automatismus immanent, der unabhängig vom Willen der Vertragsparteien zur Anwendbarkeit der ihnen im Grundsatz unbekanntem lex mercatoria führte, so wäre damit der Rechtssicherheit alles andere als gedient. Von einer Symbiose, also einem beiderseitig nutzbringenden Zusammenwirken von lex mercatoria und CISG könnte im Ergebnis keine Rede sein, würden doch in diesem Falle die einheitlichen Bestimmungen des CISG gerade nicht, wie in Abs. 3 der Präambel gefordert, dazu beitragen, „die rechtlichen Hindernisse im internationalen Handel zu beseitigen und seine Entwicklung zu fördern“, sondern das Gegenteil bewirken.

Um dieser Frage nachzugehen, soll das Zusammenspiel von CISG und lex mercatoria anhand der nun folgenden, beispielhaften Anwendung zweier prominenter Bestandteile der lex mercatoria auf die Schnittstellen des CISG deutlich gemacht werden:

1. Schnittstellen und die „Privatkodifikationen“

Da UNIDROIT Principles und PECL sich sowohl hinsichtlich Struktur, Entstehung und Zielsetzung als auch inhaltlich äußerst ähnlich sind, sollen sie

¹⁰³⁷ Vgl. oben, bei Fn. 661.

hier gemeinsam behandelt werden. Die Heranziehung der PECL ist im Zusammenhang mit dem CISG jedoch insoweit mit Vorsicht vorzunehmen, als die darin formulierten Prinzipien unstreitig einen europäischen Schwerpunkt besitzen, wodurch die dort niedergelegten Grundsätze nicht zwangsläufig weltweit Gültigkeit besitzen müssen. Allerdings ist relativierend zu bemerken, dass sich die Lando-Kommission bei der Schaffung der PECL durchaus nicht auf die Sichtung und Analyse europäischen Materials beschränkt hat und die Gefahr von tief greifenden Diskrepanzen daher gering einzuschätzen ist¹⁰³⁸. Im Folgenden werden, soweit dies statthaft ist, die PECL und die UNIDROIT Principles unter dem Stichwort „Principles“ zusammengefasst.

a. Art. 6 CISG

Im Anwendungsbereich des CISG zeigt sich der Einsatz der Principles am wenigsten problematisch, wenn und soweit sich die Parteien ausdrücklich oder konkludent auf deren Geltung für den Vertrag im Ganzen oder für Teile desselben geeinigt haben¹⁰³⁹. Diese Konstellation sehen sowohl die PECL als auch die UNIDROIT Principles als einen ihrer Hauptanwendungsfälle an¹⁰⁴⁰. Durch die grundsätzlich nachgiebige Konzeption des CISG sind Kollisionen mit den Bestimmungen der Konvention ausgeschlossen; in den weiten Grenzen, die das CISG der Privatautonomie setzt¹⁰⁴¹, gehen die Principles entgegenstehenden Konventionsbestimmungen vor.

Schwieriger gestaltet sich das Verhältnis zu zwingenden Normen des Subsidiärstatuts. Wie oben dargestellt, kann sich privatautonome

¹⁰³⁸ Vgl. v. Bar/Zimmermann, Grundregeln, S. XXVIII; Lando, Salient Features, S. 157, 170 f. Ausführlich zu den materiellen Gemeinsamkeiten und Unterschieden zwischen UNIDROIT Principles und PECL aus der Perspektive der PECL: Lando, Similarities, S. 3 ff.; aus der Perspektive der UNIDROIT Principles: Bonell, International Restatement, S. 88 ff.

¹⁰³⁹ Wie oben gesehen, kann der Wille der Parteien, ihren Vertrag insgesamt den Principles zu unterstellen, de lege lata vor einem staatlichen Gericht nur als materiellrechtliche Verweisung aufgefasst werden, vgl. oben, Fn. 626. Anders verhält es sich im schiedsrichterlichen Verfahren: Hier muss zunächst geprüft werden, ob die Bezugnahme auf die Principles nicht als parteiautonome Rechtswahl anzusehen ist, die die Anwendbarkeit des CISG und damit auch seiner Schnittstellen ausschließen würde, vgl. Boele-Woelki, Terms of Co-Existence, S. 203, 224.

¹⁰⁴⁰ S. Art. 1:101 Abs. 2 PECL bzw. Abs. 2 der Präambel der UNIDROIT Principles.

¹⁰⁴¹ Vgl. oben, Teil II, III.2.a.bb.

Vertragsgestaltung mittels des CISG auch gegen zwingendes unvereinheitlichtes Recht durchsetzen, sofern sie sich im Rahmen des Regelungsbereichs der Konvention bewegt. Dabei kann das Subsidiärstatut wiederum der Reichweite der zulässigen Abweichung vom Regelungsinhalt der Konvention Grenzen setzen, da diese Grenzen vom CISG selbst nicht festgelegt sind. Überschreitet die Parteivereinbarung diese Grenzen, setzt sich jedoch nicht das *ius cogens* des Subsidiärstatuts durch, sondern die einheitliche Regelung des CISG, denn insoweit haben die Signatarstaaten durch ihren Beitritt zur Konvention auf ihren Regelungsanspruch verzichtet¹⁰⁴².

Auf die Principles bezogen bedeutet dies, dass bei einer entsprechenden Parteivereinbarung Fragen, die vom Regelungsbereich des CISG umfasst sind, grundsätzlich unter Verdrängung der entsprechenden Vorschriften des CISG durch die Principles geregelt werden. Ist die von den Principles getroffene Regelung mit den zwingenden Normen des Subsidiärstatuts nicht vereinbar (was aufgrund der weitgehenden Gewährung der Privatautonomie für internationale Kaufverträge eine eher theoretische Möglichkeit bleiben dürfte¹⁰⁴³), so wird die entstehende Lücke durch das CISG, notfalls unter Anwendung der konventionsinternen Auslegungs- und Lückenfüllungsinstrumente, geschlossen. Da man sich bei der Schaffung der Principles um eine weitgehende Harmonisierung mit den Bestimmungen des CISG bemüht hatte¹⁰⁴⁴, ist die Gefahr, dass sich durch dieses Nebeneinander Brüche innerhalb des Gesamtgefüges auftun, als äußerst gering einzuschätzen. Soweit der Regelungsbereich des CISG reicht, unterstellt eine materiellrechtliche Verweisung der Parteien auf die Principles den Vertrag

¹⁰⁴² Vgl. zum Ganzen oben, Teil II, III.2.a.cc.

¹⁰⁴³ Sofern an dem Vertrag kein Verbraucher beteiligt ist, was aufgrund der Regelung des Art. 2 lit. a CISG nur in seltenen Ausnahmefällen der Fall sein dürfte.

¹⁰⁴⁴ Vgl. für die PECL Lando, *Similarities*, S. 4; für die UNIDROIT Principles Bonell, *International Restatement*, S. 65: „It was both the merits and the shortcomings of CISG which prompted Unidroit to embark upon a project as ambitious as the Principles. In other words, if it had not been for the world-wide adoption of an international uniform sales law like the CISG, any attempt at formulating rules for international commercial contracts in general would have been unthinkable.“ Erleichtert wurde die Harmonisierung nicht zuletzt aufgrund der Tatsache, dass es zwischen den Autoren von CISG und Principles personelle Überschneidungen gab, vgl. Michaels, *RabelsZ* 62 (1998), S. 580, 606.

somit einer einheitlichen, auf die Bedürfnisse des internationalen Handels zugeschnittenen, in sich harmonischen Gesamtregelung, die uneingeschränkt und ohne Modifikationen sowohl auf der Ebene der Vertragsdurchführung als auch auf der der Streitbeilegung unabhängig von Art und Ort des mit der Sache befassten Forums Verbindlichkeit besitzt. Frei von dem Zwang zur Eingehung politisch motivierter Kompromisse, haben die Principles sich nicht nur auf die Formulierung der sachlich am geeignetsten erscheinenden Lösungen konzentrieren können, sondern auch eine im Vergleich zum CISG wesentlich höhere Regelungsdichte erreicht¹⁰⁴⁵. Dadurch steht den Parteien auch für Einzelfragen ein umfassender, leicht zugänglicher, einheitlicher und neutraler Normenkomplex zur Verfügung, der die Frage nach dem durch das IPR berufenen unvereinheitlichten nationalen Recht in den Hintergrund treten lässt.

Anders verhielte es sich freilich, wenn man den Stimmen folgen wollte, die in der privatautonomen Einbeziehung der Principles eine stillschweigende Abwahl des CISG sehen. Eine nach Art. 6 CISG zulässige materiellrechtliche Abwahl der Konvention und damit seiner Schnittstellen würde der Anwendung der Principles ihre staatlich gesetzte, einheitsrechtliche Legitimationsgrundlage entziehen. Zulässigkeit und Reichweite der Heranziehung der Principles würden allein von dem durch das IPR des Forumstaates berufenen Recht bestimmt. Boele-Woelki begründet ihre Auffassung mit dem Argument, dass die Bezugnahme auf nichtstaatliche Regelungswerke wie die UNIDROIT Principles oder die PECL ebenso auszulegen sei wie eine materiellrechtliche Verweisung auf das unvereinheitlichte Recht eines Vertragsstaates, die ebenfalls einen Ausschluss der Geltung der Konvention impliziere¹⁰⁴⁶.

Dem kann nicht gefolgt werden. Denn zum einen besteht zwischen den Principles und dem CISG kein Konkurrenzverhältnis, das mit dem einer unvereinheitlichten nationalen Rechtsordnung vergleichbar wäre: Sowohl das

¹⁰⁴⁵ Vgl. Bonell, *International Restatement*, S. 70 ff.; eine detailliertere Darstellung, inwieweit die UNIDROIT Principles das CISG ergänzen, findet sich bei Garro, *Tulane Law Review* 69 (1995), S. 1149, 1164 ff.

¹⁰⁴⁶ So Boele-Woelki, *Terms of Co-Existence*, S. 203, 230.

CISG als auch die Principles sind als einheitliche, internationale Regelungselemente mit größtenteils übereinstimmenden Regelungszielen und -adressaten für eine friedliche Koexistenz ausgelegt¹⁰⁴⁷. Zum anderen ist es kaum denkbar, dass die Vertragsparteien, die ihre Vertragsbeziehung einem einheitlichen und neutralen Instrumentarium wie den Principles unterstellen, stillschweigend darauf verzichten wollten, diese Regelung auf eine ebenso einheitliche und neutrale Grundlage zu stellen. Die Bezugnahme auf die Principles kann somit nicht ohne weitere Anhaltspunkte als stillschweigender Ausschluss der Geltung des CISG ausgelegt werden.

b. Art. 9 Abs. 2 CISG

Die Principles könnten gem. Art. 9 Abs. 2 CISG auch ohne ausdrückliche oder stillschweigende Parteivereinbarung als sog. „normative Gebräuche“ zur Anwendung gelangen. Dazu müsste es sich bei diesen zunächst um solche Gebräuche handeln, die innerhalb des Geschäftszweigs, dem die Parteien angehören und für Verträge von der getätigten Art „weithin bekannt sind“ und „regelmäßig beachtet werden“. Äußerst zweifelhaft ist jedoch bereits, ob es sich bei den Principles überhaupt um kodifizierte Gebräuche handelt. Denn nach der an Art. 13 Abs. 1 EAG sowie § 1-205 UCC angelehnten Definition müsste ihr Ursprung in der Praxis des internationalen Handels liegen¹⁰⁴⁸. Wenn sie auch nach Ansicht ihrer Verfasser als eine „modern formulation of an internationally accepted law merchant or lex mercatoria“¹⁰⁴⁹ oder „eine Art modernes ‚ius commune‘ angesehen werden oder als authentischer Ausdruck dessen, was gemeinhin ‚lex mercatoria‘ genannt wird“¹⁰⁵⁰, so schöpfen sie ihren Gehalt doch nicht ausschließlich aus dem selbst geschaffenen Recht des internationalen Handels, sondern ebenso aus einer rechtsvergleichenden Umschau in den europäischen und außereuropäischen Rechtsordnungen¹⁰⁵¹

¹⁰⁴⁷ Vgl. Bonell, *International Restatement*, S. 61 ff. Audit, *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*, S. 173, 174 ff.; a.A. allerdings Kappus, *Lex mercatoria*, S. 29 und 179.

¹⁰⁴⁸ S. oben, bei Fn. 933.

¹⁰⁴⁹ Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, *PECL III*, S. XV; vgl. auch Lando, *Salient Features*, S. 157, 163; v. Bar/Zimmermann, *Grundregeln*, S. XXVI.

¹⁰⁵⁰ Bonell, *RabelsZ* 56 (1992), S. 274, 287.

¹⁰⁵¹ Vgl. Bonell, *International Restatement*, S. 21 ff.; Berger, *Schleichende Kodifizierung*, S. 142 ff.; ders., *ZVglRWiss* 94 (1995), S. 217, 225 ff. (UNIDROIT Principles); v. Bar/Zimmermann, *Grundregeln*, S. XXVIII; Lando, *Salient Features*, S. 157, 170 f. (PECL).

und schließlich nicht zuletzt aus der Arbeit der Kommissionen selbst, die sich nicht scheuten, gegebenenfalls eigene Lösungen für einzelne Rechtsfragen zu entwickeln¹⁰⁵². Es sollten durch die Principles mithin nicht nur bestehende Gebräuche zusammengetragen und konsolidiert werden, sondern echte Rechtsfortbildung „von außen“ vorgenommen werden. Mithin kommen die Principles zumindest als Gesamtwerk nicht mittels Art. 9 Abs. 2 CISG zur Anwendung. Soweit dagegen einzelne Bestimmungen bestehende Handelsbräuche repräsentieren, ist dies aufgrund der Wandelbarkeit dessen, was derzeit als internationaler Handelsbrauch praktiziert wird, für jeden Einzelfall erneut nachzuweisen, bevor eine Anwendbarkeit nach Art. 9 Abs. 2 CISG angenommen werden darf.

c. Art. 7 Abs. 1 CISG

Wie gesehen, bildet Art. 7 Abs. 1 CISG keine Schnittstelle, die nichtstaatliche Normen unmittelbar zu legitimieren vermag. Jedoch ist deutlich geworden, dass sich der Rechtsanwender auf der vierten und letzten Stufe der zur Auslegung des Übereinkommens vorgeschlagenen Interpretationsleiter mit einer Aufgabe konfrontiert sieht, die, wenn sie nicht seine Möglichkeiten ohnehin schon übersteigt, im Zuge des alltäglichen Umgangs mit dem CISG unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten absurd anmutet: Gemeint ist die rechtsvergleichende Umschau unter den Rechtsordnungen der Vertragsstaaten, die nicht nur aufgrund ihrer Schwierigkeit und ihres Aufwandes der Verwirklichung der Konventionsziele im Wege steht, sondern gleichzeitig Gefahr läuft, von jedem Rechtsanwender durch seinen eigenen, national geprägten Hintergrund verfälscht zu werden. Oben wurde bereits darauf hingewiesen, dass aus diesem Grunde eine Bezugnahme auf die UNIDROIT Principles und die PECL nicht nur zulässig, sondern geradezu geboten erscheint. Auf der anderen Seite wurde jedoch betont, dass der Anwendung dieser vierten Stufe der Interpretationsleiter lediglich eine ultima-

¹⁰⁵² Vgl. für die PECL Lando, *RabelsZ* 56 (1992), S. 261, 267; v. Bar/Zimmermann, *Grundregeln*, S. XXVIII f.; für die UNIDROIT Principles Bonell, *International Restatement*, S. 30 ff.; Berger, *ZVglRWiss* 94 (1995), S. 217, 228 f.

ratio-Funktion zukommen solle, so dass sich die Relevanz der Principles an dieser Stelle in einem engen Rahmen hält¹⁰⁵³.

d. Art. 7 Abs. 2 CISG

Sowohl die UNIDROIT Principles als auch die PECL verstehen sich als Instrumente zur Ergänzung internationalen Einheitsrechts¹⁰⁵⁴. Gem. Art. 7 Abs. 2 CISG lassen sich jedoch zur Schließung interner Lücken der Konvention nur solche allgemeinen Grundsätze heranziehen, die „diesem Übereinkommen zugrunde liegen“. Dieses Erfordernis schließt einen globalen Rückgriff auf die Principles zum Zwecke der Lückenfüllung aus, denn die in ihrer Regelungsdichte weit über das CISG hinausreichenden „Privatkodifikationen“ müssen sich mit den dem CISG zugrunde liegenden Generalprinzipien nicht zwangsläufig decken. Dies gilt nicht nur, weil die Principles zeitlich nach dem CISG entstanden sind, sondern wird insbesondere daran deutlich, dass, wie erwähnt, die Kommissionen, wo immer sie es für erforderlich hielten, auch eigene Regelungen in die Principles aufgenommen haben¹⁰⁵⁵. Dennoch können sie als Basis für die Fortbildung des CISG herangezogen werden, soweit sie helfen, die zugrunde liegenden Wertungen und Rechtsgrundsätze zu identifizieren und zu präzisieren¹⁰⁵⁶. Methodisch sind dazu diejenigen Grundsätze herauszuarbeiten, die beiden Regelwerken zugrunde liegen, so etwa das Gebot von Treu und Glauben oder der Grundsatz der Formfreiheit. Die Vorschriften, Kommentare und Beispiele der Principles, die solche Grundsätze konkretisieren, lassen sich mithin zur Lückenfüllung des CISG heranziehen. Ein konkreteres Beispiel sind Art. 7:101 Abs. 1 lit. a PECL bzw. Art. 6.1.6 Abs. 1 lit. a UNIDROIT Principles, nach denen Zahlungsverpflichtungen stets als Bringschulden ausgestaltet sind. Diese Regel deckt sich mit Art. 57 Abs. 1 lit. a CISG, der als Ausdruck eines entsprechenden allgemeinen Rechtsgrundsatzes angesehen wird¹⁰⁵⁷. So

¹⁰⁵³ Vgl. zum Ganzen oben, Teil II, III.2.c.aa(1)(b).

¹⁰⁵⁴ Vgl. Abs. 6 der Präambel der UNIDROIT Principles bzw. Art. 1:101 Abs. 4 PECL.

¹⁰⁵⁵ Vgl. oben, Fn. 340.

¹⁰⁵⁶ Vgl. Schlechtriem/Ferrari, Art. 7, Rn. 64.

¹⁰⁵⁷ Vgl. v. Caemmerer/Slechtriem/Herber, Art. 7, Rn. 41.

können die Principles einschließlich ihrer Kommentare und Beispielsfälle¹⁰⁵⁸ beispielsweise zur Beantwortung der Frage herangezogen werden, wie zu verfahren ist, wenn sich der Ort der Niederlassung des Gläubigers nach Vertragsschluss geändert hat¹⁰⁵⁹. Die Möglichkeit des Rückgriffs auf einheitliche, leicht zugängliche und auf die Bedürfnisse des internationalen Handels zugeschnittene Regelwerke wie die Principles erleichtert es dem Rechtsanwender somit erheblich, dem in Art. 7 Abs. 1 CISG aufgestellten und auch für Abs. 2 maßgeblichen Postulat nach international einheitlicher Anwendung gerecht zu werden.

2. Schnittstellen und die INCOTERMS

Als zweites Beispiel sollen die eingangs als wohl geläufigste Sammlung internationaler Handelsklauseln vorgestellten INCOTERMS mit den Schnittstellen des CISG in Berührung gebracht werden.

a. Art. 6 CISG

Wie bei den Principles stellt sich auch hier die Frage, ob und inwieweit die Einbeziehung der INCOTERMS zu einem Ausschluss oder einer Modifizierung der Bestimmungen des CISG führt. Eine Auffassung, die in der vertraglichen Bezugnahme auf die INCOTERMS eine stillschweigende vollständige Abbedingung des CISG erkennen will, gibt es hier allerdings nicht: Die INCOTERMS stellen im Gegensatz zu den Principles keinen umfassenden rechtlichen Regelungsrahmen bereit, der funktional in der Lage wäre, das CISG zu substituieren, sondern regeln nur einen Ausschnitt der dem Verkäufer und dem Käufer bei Außenhandelsverträgen obliegenden Pflichten¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁸ Die Kommentare und Beispiele sind bei beiden Regelwerken integrativer Bestandteil der Principles, vgl. Bonell, *International Restatement*, S. 41 ff. (UNIDROIT Principles); Lando, *Salient Features*, S. 157, 161 f.; ders., *RabelsZ* 56 (1992), S. 261, 267 (PECL).

¹⁰⁵⁹ Vgl. Kommentar 3 und Beispielsfall 4 zu Art. 6.1.6 UNIDROIT Principles.

¹⁰⁶⁰ Insbesondere enthalten die INCOTERMS keine Aussagen über die Folgen von Leistungsstörungen, über die Gewährleistung oder über die Zahlungsabwicklung, vgl. Bredow/Seiffert, *INCOTERMS 1990*, Einführung, Rn. 19; ferner Honnold, *Uniform Law*, Rn. 76; Dasser, *Lex mercatoria*, S. 88.

Die Einbeziehung der INCOTERMS in einen Vertrag, auf den das CISG grundsätzlich anwendbar ist, bewirkt, soweit die betreffende Klausel abweichende oder weiterführende Regelungen beinhaltet, lediglich eine punktuelle Modifikation oder Ergänzung der Bestimmungen des CISG. Diese Modifikation oder Ergänzung hat ihre Grundlage in der Privatautonomie; bei der Verwendung einer INCOTERM gehen mithin die in dem Auslegungskatalog des Regelwerks aufgestellten Pflichten der Parteien den Bestimmungen des CISG gem. Art. 6 CISG vor. Die bereits im Zusammenhang mit der vertraglichen Einbeziehung der Principles hervorgehobenen Grenzen, die zwingende Normen des Subsidiärstatuts der privatautonomen Gestaltungsfreiheit gegebenenfalls setzen, gelten selbstverständlich auch hier¹⁰⁶¹.

b. Art. 9 Abs. 2 CISG

Sollen die INCOTERMS auch ohne ausdrückliche oder stillschweigende Bezugnahme der Parteien auf dieses Klauselwerk gelten, so müsste gem. Art. 9 Abs. 2 CISG zunächst ein internationaler Handelsbrauch des Inhalts bestehen, dass die Verwendung der in den INCOTERMS enthaltenen Kurzformeln auch durch die von der ICC formulierten Erläuterungen ausgelegt werden soll. Dies ist zweifelhaft: Zwar sind die INCOTERMS mittlerweile das am häufigsten verwendete Klauselwerk, mit dem Vertragsparteien ihre internationalen Lieferverträge ausgestalten¹⁰⁶². Piltz weist jedoch darauf hin, dass insbesondere US-amerikanischen Anwendern die American Foreign Trade Definitions, die teilweise die gleichen 3-Buchstaben-Codes wie die INCOTERMS verwenden, geläufiger sein dürften als letztere. Deren nähere Ausgestaltung unterscheidet sich jedoch deutlich von der der American Foreign Trade Definitions¹⁰⁶³. Insoweit ist bei der Annahme eines Gebrauchs i.S.d. Art. 9 Abs. 2 CISG vorsichtige Zurückhaltung angebracht¹⁰⁶⁴; letztlich ist es jedoch Fallfrage, ob ein

¹⁰⁶¹ Siehe oben, Text vor Fn. 1042.

¹⁰⁶² Vgl. Winship, Int. L., Fall 1995, Vol. 29, No. 3, S. 525, 545.

¹⁰⁶³ Vgl. Piltz, INCOTERMS und UN-Kaufrecht, S. 20, 22.

¹⁰⁶⁴ A.A: v.Caemmerer/Schlechtriem/Huber, Art. 30, Rn. 3, der „im Zweifel“ annimmt, dass die Parteien stillschweigend auf die INCOTERMS Bezug genommen haben.

entsprechender Gebrauch besteht oder nicht. Eine allgemeingültige Aussage kann daher an dieser Stelle nicht gemacht werden.

c. Art. 7 CISG

Die INCOTERMS sind ein Instrument, das die Vertragsgestaltung internationaler Lieferverträge durch einheitliche Klauseln und Festlegung ihrer Bedeutung und Auslegung vereinfachen will. Sie enthalten daher keine Regelungen, die funktional mit denen objektiven Rechts vergleichbar wären. Die INCOTERMS konzentrieren sich ausschließlich auf ein konkretes Vertragsverhältnis: Auslöser für ihre Wirksamkeit ist stets ein dahingehender tatsächlicher oder (etwa im Falle des Art. 9 Abs. 2 CISG¹⁰⁶⁵) fingierter Parteiwille. Daher lassen sich die INCOTERMS weder zur Auslegung noch zur Lückenfüllung des CISG heranziehen; die in Art. 7 CISG enthaltenen Schnittstellen haben somit für die INCOTERMS keine Relevanz.

3. Ergebnis

Die Beispiele haben gezeigt, dass die Befürchtung, es könne beim Zusammenwirken von CISG und *lex mercatoria* zu unerwünschten Automatismen kommen, welche die Rechtssicherheit beeinträchtigen könnten, grundlos war. Dreh- und Angelpunkt der Einbeziehung einzelner Elemente der *lex mercatoria* ist in Art. 6 wie Art. 9 CISG die Privatautonomie; stets müssen daher auch die ihr durch das Subsidiärstatut gesetzten Grenzen beachtet werden. Die Einbeziehung in Ermangelung eines tatsächlichen Parteiwillens erfolgt gem. Art. 9 Abs. 2 CISG in engen Grenzen, denen neben objektiven Erfordernissen auch ein subjektives Element eigen ist. Gänzlich unabhängig vom Parteiwillen erfolgt jedoch die Einbeziehung bzw. Konsultation der *lex mercatoria* durch Art. 7 CISG. Aber auch hier erscheint eine Gefährdung der Rechtssicherheit durch unliebsame „Überraschungen“ ausgeschlossen: Da das CISG das Ergebnis umfangreicher rechtsvergleichender Vorarbeiten in allen beteiligten Rechtskreisen darstellt, wird sich jede Vertragspartei unabhängig von ihrer Herkunft mit den dem CISG zugrunde liegenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen identifizieren

¹⁰⁶⁵ Vgl. dazu oben, Teil II, III.2.b.bb(2)(b).

können. Die Parteien operieren dabei auf gleicher Augenhöhe: Zum CISG ist ein umfassender, vielsprachiger Bestand an Literatur und Rechtsprechung verfügbar, so dass davon ausgegangen werden darf, dass Parteien, die in der Lage sind, Außenhandel zu betreiben, ebenfalls die Möglichkeit haben, sich im Zweifelsfall über Bestehen und Umfang der betreffenden Grundsätze zu informieren. Da sich die Anwendbarkeit einzelner Elemente der *lex mercatoria* gem. Art. 7 Abs. 2 CISG auf diejenigen Regeln beschränkt, die Ausdruck eines dem CISG zugrunde liegenden allgemeinen Rechtsgrundsatzes sind, bewirkt eine solche Anwendung keine Verlagerung innerhalb des auf den Vertrag anwendbaren Regelungsgefüges. Hätte sich beispielsweise die Lando-Kommission nicht die Mühe gemacht, durch eine rechtsvergleichende Umschau europäische und auch außereuropäische, allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze herauszuarbeiten und auszugestalten, würde diese Aufgabe im Falle des Art. 7 Abs. 2 Var. 1 CISG dem Rechtsanwender selbst zukommen. Die mittels Art. 7 Abs. 2 CISG auch ohne einen entsprechenden Parteiwillen gebotene Heranziehung der PECL führt in diesem Falle mithin nicht zu Rechtsunsicherheit, da sie eine systemgerechte, harmonische Präzisierung und Fortbildung der im CISG ohnehin bereits getroffenen Regeln bewirkt. Ebenso verhält es sich mit der Interpretation des Übereinkommens: Dass Elemente der *lex mercatoria* eine oder beide Vertragsparteien unvorhersehbar betreffen, dürfte hier bereits deshalb ausgeschlossen sein, weil Grundlage der Interpretation nach Art. 7 Abs. 1 CISG das Einheitsrecht selbst ist; die *lex mercatoria* dient hier lediglich als Auslegungs- und Begründungshilfe.

V. Kritische Bewertung des Beitrags der lex mercatoria innerhalb des Gesamtgefüges

Die beiden vorstehenden Kapitel haben gezeigt, dass Schnittstellen auf dogmatisch unterschiedlichste Weise unter unterschiedlichen Voraussetzungen bestimmte, nicht dem CISG zugehörige Elemente des selbst geschaffenen Rechts des internationalen Handels in oder sogar über den Rang der Konvention selbst erheben können. Gleichzeitig wurden aber auch die Grenzen deutlich, innerhalb derer sich die Einbeziehung der *lex mercatoria* bewegt. Welchen Beitrag vermag die *lex mercatoria* also innerhalb dieser

Grenzen zu leisten, um die Schwächen des Konventionseinheitsrechts auszugleichen? Wie ist dieser Beitrag angesichts des in der Einleitung festgelegten normativen Ausgangspunkts bezüglich der Verwirklichung der in der Präambel des CISG niedergelegten Konventionsziele zu bewerten?

1. Der Beitrag der lex mercatoria zur Symbiose

Die Probleme, welche die legislatorische Rechtsvereinheitlichung mit sich bringt, wurden im Verlauf der Arbeit deutlich. Stichwortartig zusammengefasst präsentiert sie sich als zeitaufwändig, organisatorisch und diplomatisch höchst komplex, geprägt vom Ausgleich nationaler Eigenheiten und Empfindlichkeiten und damit der Gefahr ausgesetzt, dass nicht die sachlich beste, sondern politisch bequemste Lösung realisiert wird. Die Folge ist die Gefahr einer juristischen „Versteinerung“ der einmal gefundenen Regelung¹⁰⁶⁶. Hobhouse äußerte sich gegenüber internationalem Konventionseinheitsrecht zudem deshalb kritisch, weil dieses einerseits durch die Gleichschaltung verschiedenster Rechtsordnungen und andererseits durch eine im Vergleich zu nationalen Rechtsordnungen ungleich größere Schwerfälligkeit bei der Ergänzung und Aktualisierung ihrer Normen ein „race to the top“, einen Wettbewerb der Rechtsordnungen, bereits im Keim erstecke¹⁰⁶⁷.

Mangelnder Flexibilität und der Gefahr der juristischen „Versteinerung“ hat die lex mercatoria ihre weitgehende Identität von Regelungsgebern und Regelungsadressaten entgegensetzen. Einheitliche Normen und Standards bilden sich im internationalen Wirtschaftsverkehr zwischen privaten Rechtssubjekten kraft praktischer Überzeugung heraus. Es versteht sich von selbst, dass dort, wo die Rechtsbildung den Betroffenen selbst überlassen ist, die durch Übung geschaffenen Normen und Standards auf dem gleichen Wege wieder verändert werden können, um sich sozialen, wirtschaftlichen und technischen Neuerungen anzupassen. Während die Schaffung internationaler Konventionen geprägt ist vom Zusammenwirken nationaler

¹⁰⁶⁶ Vgl. oben, Teil I, II.4.a.aa sowie Teil II, II.3.d.

¹⁰⁶⁷ Vgl. oben, bei Fn. 194.

Delegationen, die ihre jeweiligen nationalen, nur schwer miteinander zu vereinbarenden Rechtsvorstellungen einbringen, was beinahe unweigerlich zu einem langwierigen Ringen um Kompromisse auch in Detaillösungen führt, fühlen sich Kaufleute gleich welcher Nation weit weniger nationalen Besonderheiten und Empfindlichkeiten verpflichtet. Sie verbindet ein gemeinsames Ziel, das den Antrieb ihres Handelns darstellt, nämlich die Schaffung und Erhaltung möglichst optimaler Voraussetzungen zur Gewinnerzielung.

Die evolutorische Rechtsentwicklung der *lex mercatoria* begegnet auch der von Hobhouse geäußerten Kritik: Sie besteht aus einem ständigen Wettbewerb ihrer verschiedenen materiellen Rechtssätze, hervorgebracht durch die am internationalen Handel beteiligten Kaufleute und eine Vielzahl von untereinander konkurrierenden Handelsorganisationen oder auch wissenschaftlichen Projekten wie den UNIDROIT Principles, den PECL oder der Transnational Law Database¹⁰⁶⁸. Dieser Vielfalt zum Trotz vermag diese Entwicklung einheitliche Standards auch über Staats-, Kultur- und Rechtskreisgrenzen hinweg zu schaffen. Führt eine Rechtsbildung, die sich anhand einer Vielzahl von unterschiedlichen internationalen Konstellationen in vielen Teilen der Welt weitgehend unabhängig voneinander vollzieht, zu international einheitlichen Lösungen, so liegt zudem der Schluss nahe, dass es sich dabei in der Regel um die praktikabelste und damit aus der Sicht der Regelungsadressaten auch beste Lösung handelt.

Ein weiterer Kritikpunkt, dem sich staatlich gesetztes Einheitsrecht ausgesetzt sieht, ist sein fragmentarischer Charakter¹⁰⁶⁹. Gegenüber dem CISG stellt die *lex mercatoria* einen weit umfassenderen Fundus an Regelungen bereit. Ihre Regeln orientieren sich am Bedarf der internationalen Kaufmannschaft und sind nicht von der Notwendigkeit eines Konsenses einer Vielzahl von Staaten mit all ihren historischen, politischen, wirtschaftlichen und sozialen

¹⁰⁶⁸ Vgl. bereits oben Fn. 194.

¹⁰⁶⁹ Vgl. oben, Fn. 189.

Unterschieden geprägt¹⁰⁷⁰. Folglich ist es der *lex mercatoria* möglich, auch die Bereiche abzudecken, die zugunsten einer möglichst weitgehenden Akzeptanz aus dem Regelungsbereich des CISG herausfallen mussten. Dem Kritikpunkt, dass es der *lex mercatoria* an hinreichender inhaltlicher Bestimmtheit fehle, um in der Praxis von Nutzen zu sein, steht mittlerweile eine Reihe von Arbeiten entgegen, die einen recht umfassenden Bestand materieller Rechtssätze der *lex mercatoria* in Form anwendungsfähiger „black letter rules“ zusammengetragen haben. An dieser Stelle sind insbesondere Bergers Ansatz der „schleichenden Kodifizierung“¹⁰⁷¹, aber auch „Privatkodifikationen“ wie PECL und UNIDROIT Principles¹⁰⁷² zu nennen: „The great importance of the Principles is that the volume exists. It can be taken to court, it can be referred to page and article number, and persons who are referred to its provisions can locate and review them without difficulty.“¹⁰⁷³

Bedingt durch die konzeptionelle Lückenhaftigkeit des CISG und die damit verbundenen Schnittstellen zur Interaktion mit anderen Rechtssystemen ergibt sich in Verbindung mit der *lex mercatoria* ein international einheitlicher, mit hoher Regelungsdichte ausgestatteter Normenkomplex. Er ermöglicht den Parteien, Verträge unter Bezugnahme auf einen Regelungsrahmen zu schließen, der von nationalen Rechtsvorstellungen losgelöst ist, der in Sprachen zur Verfügung steht, die beide Parteien gleichermaßen beherrschen und der den im Außenhandel engagierten Personen bei andauernder Verwendung im Laufe der Zeit deutlich vertrauter sein wird als die einzelnen nationalen Rechtsordnungen der verschiedenen Staaten, in denen sie Handel treiben. Die Autorität dieses Normenkomplexes ergibt sich durch Ableitung aus dem UN-Kaufrecht selbst. Die Diskussion um eine *lex mercatoria* als „übernationale Rechtsordnung“ stellt sich dadurch erst gar nicht. Es bestätigt sich vielmehr das immer wieder gezeichnete Bild einer Vielfalt von

¹⁰⁷⁰ Vgl. am Beispiel der UNIDROIT Principles Garro, *Tulane Law Review* 69 (1995), S. 1149, 1160 f.

¹⁰⁷¹ Vgl. oben, Teil I, III.2.d.

¹⁰⁷² Vgl. oben, Teil I, III.2.c.

¹⁰⁷³ Selden, *Ann.Surv.Int'l&Comp.L.* 1995, S. 121, 122.

verbindlichen wie unverbindlichen internationalen Regeln und Standards, die sich gegenseitig eher ergänzen als miteinander zu konkurrieren¹⁰⁷⁴.

2. Bewertung

Die durch das Zusammenwirken von CISG und *lex mercatoria* theoretisch erreichbare umfassende Einheitlichkeit der Rechtsanwendung wird in der Praxis relativiert durch einen bisweilen hohen Aufwand bei der Rechtsfindung. Da jede Rechtsfrage, auf welche die *lex mercatoria* eine Antwort bereithält, zunächst anhand der verschiedenen Schnittstellen in das CISG „eingebettet“ werden muss, entstehen umso größere Rechtsunsicherheiten, je höhere Anforderungen der Umgang mit den Schnittstellen an den Rechtsanwender stellt. Im Verlaufe der Arbeit ist deutlich geworden, dass diese Anforderungen bei Artt. 6 und 9 CISG geringer, bei Art. 7 Abs. 1 und 2 CISG jedoch höher sind, da letztere ein methodisch mehrstufiges Vorgehen erfordern¹⁰⁷⁵. Die Symbiose zeigt also gerade dort ihre Stärken, wo sie derzeit in der Praxis auch am relevantesten ist: bei der privatautonomen, selektiven Substitution staatlichen Rechts durch selbst geschaffene Regeln der internationalen Kaufmannschaft¹⁰⁷⁶.

Rechtsunsicherheiten wird es beim Zusammenspiel *lex mercatoria* - CISG daher vornehmlich dort geben, wo der Regelungsbereich der Konvention endet und sich die Verbindlichkeit der von den Parteien herangezogenen Elemente der *lex mercatoria* nach unvereinheitlichtem nationalen Recht bestimmt. Diese Zweifelsfälle betreffen in der Regel jedoch nicht die Kernfragen eines internationalen Warenkaufs¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷⁴ Vgl. beispielhaft Burkart, Interpretatives Zusammenwirken, S. 47; Boele-Woelki, Terms of Co-Existence, S. 203, 208 ff.; Bonell, International Restatement, S. 85 ff.; Audit, The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria, S. 173 ff.

¹⁰⁷⁵ Art. 7 Abs. 1 CISG erfordert das Abarbeiten der dargestellten Stufen der „Interpretationsleiter“; Art. 7 Abs. 2 zunächst das Auffinden allgemeiner, der Konvention zugrunde liegender Rechtsgrundsätze und daraufhin das Verdichten dieser Grundsätze zu einer konkreten, anwendungsfähigen Regel, vgl. oben, Teil II, III.2.c.aa(1)(b) und III.2.c.aa(2)(b)(aa).

¹⁰⁷⁶ Vgl. dazu oben, Teil I, V.3.

¹⁰⁷⁷ Die Praxis des internationalen Warenkaufs zeigt, dass bei den Verträgen, auf die das CISG Anwendung findet, eine besonders geringe Wahrscheinlichkeit besteht, dass diese mit zwingenden nationalen Vorschriften in Konflikt treten, die sich außerhalb des Regelungsbereichs befinden, vgl. Grundmann, FS Rolland, S. 145, 153. Schon eine

Ob angesichts dieser verbleibenden Restrisiken die Inanspruchnahme der skizzierten Symbiose unter Offenlassung der Bestimmung des Subsidiärstatuts empfohlen werden kann, lässt sich nur aus ökonomischer Perspektive beantworten.

a. Aufgaben des Vertragsrechts aus ökonomischer Sicht

Dazu ist zunächst allgemein herauszuarbeiten, welche Funktion dem Vertragsrecht aus ökonomischer Sicht zukommt.

Anschaulich gemacht werden kann diese Funktion durch das Gedankenspiel vom „vollständigen Vertrag“ und seiner Rekonstruktion durch die Rechtsordnung. Dieses Gedankenspiel geht von einer modellhaften Welt aus, in der ein Wettbewerb unter Annahme rationalen Handelns der beteiligten Wirtschaftssubjekte¹⁰⁷⁸ bei vollständiger Markttransparenz und dem vollständigen Fehlen jeglicher Transaktionskosten besteht. In dieser Welt wäre ein Vertragsrecht überflüssig: Die Parteien könnten das Umfeld ihrer Transaktion vollständig selbst bestimmen, indem sie sich über die Zuordnung aller Risiken einigen, die mit der Durchführung ihrer Transaktion verbunden sind¹⁰⁷⁹ und bestimmen, welche Leistungen der Risikoträger im Falle seiner Realisierung zu erbringen hat. Rational handelnde Wirtschaftssubjekte würden diese Risiken einvernehmlich derjenigen Partei aufbürden, die ihre Realisierung am ehesten verhindern bzw. die Folgen der Realisierung am besten versichern könnte (cheapest cost avoider bzw. cheapest cost insurer). Der Grund dafür ist, dass nur so der Preisaufschlag, den der Verkäufer bzw.

Betrachtung der Rechtsprechung zum EKG ergab, dass die wichtigsten Punkte bereits dort einheitsrechtlich erfasst gewesen sein dürften: Nur in jedem zehnten Fall war auch über Fragen zu entscheiden, die das Einheitsrecht nicht regelte, vgl. Staudinger/Magnus, Art. 4, Rn. 1.

¹⁰⁷⁸ Unterstellt wird also das Bestreben jeder Vertragspartei, durch den Austausch ihrer Leistungen jeweils einen Vorteil gegenüber der Situation zu erlangen, in der eine entsprechende Austauschsituation unterblieben wäre. Im deutschen Sprachgebrauch spricht man auch von der REM-Hypothese (rationaler egoistischer Mensch); im englischen Sprachgebrauch dominiert die Formel REMM (resourceful, evaluating, maximizing man), vgl. Schäfer/Ott, Lehrbuch, S. 56 ff.

¹⁰⁷⁹ Hierzu gehören nicht nur die klassischen Leistungsstörungen, sondern auch Fragen, die üblicherweise anderen Rechtsgebieten, etwa dem Deliktsrecht oder dem Produkthaftungsrecht, zugeordnet werden.

der Preisabschlag, den der Käufer für die Übernahme des Risikos verlangen müsste, gering gehalten werden kann. Durch marktrationale Risikoverteilung wird eine Verschwendung von Ressourcen verhindert und der gemeinsame Nutzen, den beide Parteien aus dem Vertragsverhältnis ziehen können, maximiert¹⁰⁸⁰. Auch auf der Rechtsfolgende bedürfte ein solcher vollständiger Vertrag keines ihn umgebenden Vertragsrechts: Er wäre, da sich die Risikozuteilung im Preis der zu erbringenden Leistung niederschlägt, wirksam und unangreifbar. Gründe für eine Vertragsauflösung oder einen Wegfall der Geschäftsgrundlage gäbe es nicht, da die vertragliche Risikoverteilung bereits im Vorfeld in Kenntnis aller Umstände und Berücksichtigung aller Eventualitäten erfolgt wäre¹⁰⁸¹.

Verlässt man nun aber die Ebene des Modells, so wird schnell deutlich, dass ausschließlich auf Einzelvereinbarungen beruhende Austauschbeziehungen in der Realität keinen Bestand haben können: Zu hoch wären die Kosten für die Informationsbeschaffung über etwaige Risiken im Vorfeld des Vertragsschlusses; ebenso die Kosten für den Entwurf einer umfassenden einzelvertraglichen Gestaltung der Risikoordnung für alle nur erdenklichen Fälle von Leistungsstörungen¹⁰⁸². Ein Vertrag, der das Ideal des soeben skizzierten vollständigen Vertrages bei beiderseitiger Nutzenmaximierung durch effiziente und umfassende Risikoordnung erreichen könnte, wäre aufgrund der mit ihm verbundenen „prohibitiv hohen“¹⁰⁸³ Transaktionskosten aus der Sicht der Parteien ökonomisch widersinnig. Daher bleiben diejenigen Risiken, deren Eintrittswahrscheinlichkeit bzw. deren Kosten im Falle der Realisierung im Vergleich mit den für eine vertragliche Regelung entstehenden Kosten als unbedeutend angesehen werden, schlicht ungeregelt.

¹⁰⁸⁰ Vgl. Schäfer/Ott, Lehrbuch, S. 373 f.

¹⁰⁸¹ Vgl. Schäfer/Ott, Lehrbuch, S. 374.

¹⁰⁸² Vgl. Schäfer/Ott, Lehrbuch, S. 374: „Hätten Adam und Eva bei ihrem gemeinsamen Vorhaben, vom Baum der Erkenntnis zu essen, sich über die Verteilung aller daraus entstehenden Risiken einigen wollen, säßen sie noch heute im Paradies, vollbeschäftigt mit Vertragsverhandlungen.“ Die Realität hingegen skizziert Honnold, Uniform Law, Rn. 113: „[...] there are practical limitations on the ability of the parties to envisage and answer every possible question. Many transactions must be handled quickly and informally. Even where there is time to prepare detailed documents, an attempt to anticipate and solve all conceivable problems may generate disagreements and prevent the making of a contract“.

¹⁰⁸³ Schäfer/Ott, Lehrbuch, S. 377.

Hier zeigt sich die erste Aufgabe, die dem Vertragsrecht aus ökonomischer Sicht zukommt: Bei hinreichender Vertragsfreiheit für die Realisierung des zum Ausgangspunkt dieser Überlegungen genommenen Gewinnstrebens der Parteien muss es diese von der Notwendigkeit entbinden, jedes noch so unvorhersehbare Detail der vertraglichen Risikoordnung selbst vorzunehmen. Ihm kommt eine Ergänzungsfunktion zu, die es den Parteien ermöglicht, lediglich die von ihnen als relevant erachteten Punkte des Vertrages festzulegen und darüber hinaus auf die Zweckmäßigkeit und Ausgewogenheit der von der Rechtsordnung vorgenommenen Risikoverteilung und deren konkrete Ausgestaltung zu vertrauen und somit dem Ideal des vollständigen Vertrags bei überschaubaren Transaktionskosten näher zu kommen¹⁰⁸⁴.

Reduzierte man die Aufgabe des Vertragsrechts allerdings auf diese Ergänzungsfunktion, so müsste dem entgegnet werden, dass diese Funktion ebenso gut von den sich im Laufe der Zeit innerhalb der Kaufmannschaft selbst entwickelnden Regeln und Standards ausgeübt werden könnte. Hier offenbart sich die zweite Aufgabe des Vertragsrechts; es handelt sich dabei um die oben bereits thematisierte Garantiefunktion des Rechts: Was oben exemplarisch für die Garantiefunktion der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit herausgearbeitet wurde¹⁰⁸⁵, lässt sich auf das Vertragsrecht im Allgemeinen übertragen: Die in der Realität anzutreffende weitgehende Bereitschaft zur Erfüllung der vertraglichen Pflichten auch für den Fall, dass sich der Vertrag für eine Partei letztlich doch als nachteilhaft herausstellt, muss vor dem Hintergrund der gegebenen gerichtlichen Durchsetzbarkeit der sich aus dem Vertragsverhältnis ergebenden Ansprüche gesehen werden¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸⁴ Schäfer/Ott, Lehrbuch, S. 374 f. sprechen insoweit von einer „Servicefunktion“. Vgl. auch Schäfer/Ott, Lehrbuch, S. 394 f.

¹⁰⁸⁵ Vgl. oben, Teil I, V.2.a.bb(2).

¹⁰⁸⁶ Vgl. Schäfer/Ott, Lehrbuch, S. 425 ff.

b. Die Wahrnehmung dieser Aufgaben durch die Symbiose aus CISG und lex mercatoria

Beiden dem Vertragsrecht überantworteten Aufgaben kann die Symbiose aus CISG und lex mercatoria in besonderer Weise gerecht werden: Die fragmentarischen Bestimmungen des CISG werden durch die mittels der Schnittstellen heranzuziehenden Bestandteile der lex mercatoria modifiziert und ergänzt. Die resultierende hohe Dichte des entstehenden Regelungsrahmens erlaubt es den Parteien, sich bei der Vertragsgestaltung auf die für sie wesentlichen Fragen zu konzentrieren; für die verbleibenden unregulierten Bereiche stellt der Regelungskomplex aus CISG und lex mercatoria sowohl in Hinblick auf das vertragliche „Primärprogramm“ als auch auf das im Falle einer Leistungsstörung eingreifende „Sekundärprogramm“ Regelungen bereit. Um einen rationalisierenden Effekt zu begründen, muss die Risikoverteilung des subsidiär zur Anwendung gelangenden Regelungskomplexes allerdings eine nach ökonomischen Gesichtspunkten mit einer Individualvereinbarung vergleichbare Anreizstruktur bieten. Eine solche Vergleichbarkeit liegt bei der lex mercatoria besonders nahe, handelt es sich bei ihr doch nach der hier vertretenen engen Auffassung schwerpunktmäßig um ein von den am internationalen Handel unmittelbar beteiligten Kreisen selbst geschaffenes Recht. Durch die Symbiose aus CISG und lex mercatoria kommt es mithin schon bei der Vertragsgestaltung zu einem Effizienzgewinn. Dieser Effizienzgewinn setzt sich in der Phase der Vertragsdurchführung fort: Dem durch die Symbiose entstandenen Regelungsrahmen sind durch die Anknüpfung an das CISG Legitimationsdefizite fremd, daher wird die Durchsetzbarkeit der Vereinbarung der Parteien nicht durch die Gefahr fehlender Anerkennung durch das streitentscheidende Forum geschwächt; der Aufgabe der Wahrnehmung einer Garantiefunktion wird die Symbiose mithin gerecht.

Es fragt sich jedoch weiterhin, ob den Parteien empfohlen werden kann, unter Inkaufnahme der dadurch entstehenden Rechtsunsicherheiten auf die kollisionsrechtliche Bestimmung des Subsidiärstatuts zu verzichten. Eine Antwort erfordert eine Abwägung, auf deren einer Seite die Kosten stehen,

die sich aus dem Risiko der Durchführung von internationalen Kaufverträgen unter Inkaufnahme verbleibender Rechtsunsicherheiten ergeben können, denen auf der anderen Seite jedoch ein erhebliches Einsparungspotential bei den Transaktionskosten gegenüber steht:

Mit der Symbiose aus CISG und *lex mercatoria* besteht ein umfassendes Regelungsangebot, das eine ausgewogene Vertragsgestaltung bei minimalem einzelvertraglichem Regelungsaufwand weitgehend sicherstellt. Es kann vermutet werden, dass diese Aussage auch für die Zukunft Bestand hat, da der Regelungskomplex flexibel genug gestaltet ist, sich im Zuge kaufmännischer Übung den laufenden Veränderungen sowohl in der Technologie als auch der Handelspraxis anzupassen. Transaktionskosten werden zudem gespart durch weitestgehenden internationalen Entscheidungseinklang, der kostenintensive Anreize zum *forum shopping* gar nicht erst entstehen lässt. Schließlich entfallen die Aufwendungen, welche die Ermittlung des günstigsten nationalen Sachrechts mit sich bringt. Diese lägen andernfalls nicht nur in den damit einhergehenden Rechtsfindungskosten begründet¹⁰⁸⁷, sondern ebenfalls in der Gefahr von Einigungsschwierigkeiten und Prestigeverlust der Partei, die auf der Anwendung einer bestimmten nationalen Rechtsordnung besteht¹⁰⁸⁸.

Da die Praxis des internationalen Warenkaufs durch eine Vielzahl von Einzelverträgen mit vergleichsweise kleinen Volumina geprägt ist und dadurch die Transaktionskosten im Verhältnis zum Volumen des Einzelvertrags und damit auch zu den Kosten, die mit der Verwirklichung des durch die Rest-Rechtsunsicherheiten eingegangenen Risikos einhergehen, hoch anzusetzen sind, geht die Abwägung zugunsten der Inanspruchnahme dieser Symbiose unter Verzicht auf die kollisionsrechtliche Bestimmung des Subsidiärstatuts aus. Die verbleibenden Rechtsunsicherheiten schlicht hinzunehmen, erscheint ökonomisch nicht nur vertretbar, sondern geradezu geboten.

¹⁰⁸⁷ Vgl. zu den Schwierigkeiten kollisionsrechtlicher Rechtsfindung bereits oben, Teil I, II.3.a.

¹⁰⁸⁸ Vgl. Diedrich, *Autonome Auslegung*, S. 23.

Dieses Ergebnis lässt es einmal mehr unverständlich erscheinen, warum die Anwendung des CISG in der Vergangenheit beinahe stereotyp abgedungen wurde¹⁰⁸⁹. Vorsichtig darf der Schluss gewagt werden, dass dies eher auf die Unkenntnis innerhalb des Handels und der diesen beratenden Anwaltschaft zurückzuführen ist als auf irgendwelche inhaltlichen oder strukturellen Mängel seiner Regelungen¹⁰⁹⁰. Insbesondere ein Vergleich mit der Vereinbarung „deutsches Recht unter Ausschluss des UN-Kaufrechts“ offenbart, dass die Anwendung deutschen Rechts für den internationalen Warenkauf eine ganze Reihe von „Fallstricken“ bereithält, die die Rechtssicherheit für die Vertragsparteien in erheblichem Maße gefährden¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸⁹ Auf einen sich mittlerweile abzeichnenden Trendwechsel weist diesbezüglich hin: Piltz, INCOTERMS und UN-Kaufrecht, S. 20.

¹⁰⁹⁰ Deutlicher Koch, NJW 2000, S. 910.

¹⁰⁹¹ Das deutsche Recht schränkt insbesondere bei der Verwendung von AGB die Vertragsfreiheit in erheblichem Maße ein: „Haftungsfreizeichnung- und Haftungsbegrenzungsklauseln sind im kaufmännischem Verkehr [...] praktisch nicht mehr zu erreichen; das unternehmerische Risiko eines Exportvertrags kann folglich nicht mehr durch vorformulierte Klauseln auch nur annähernd beherrscht werden. Die Rechtssicherheit ist in weitreichendem Maß in Frage gestellt“, v. Westphalen, NJW 1994, S. 2113, 2215. Dies ist nur einer der zahlreichen „Fallstricke“, die das deutsche Recht oder andere nationale Rechtsordnungen bei Verträgen und Prozessen mit Auslandsberührung bereit halten; s. dazu die anschauliche Darstellung v. Westphalens in NJW 1994, S. 2113 ff.

ERGEBNIS

Die Rolle der *lex mercatoria* im Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts ergab im Verlauf der Arbeit folgendes Bild: Weder als eigenständige Rechtsordnung überstaatlicher Art noch als von besonders progressiven Schiedsparteien in Form eines Sonderrechts der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit berufenes Vertragsstatut vermag sie das ihr im jüngeren Schrifttum zu Recht einhellig zuerkannte beachtliche Potential zur Vereinfachung, Flexibilisierung und Aktualisierung des rechtlichen Rahmens des Außenhandels auszuspielen. Unter der aus dem Blickwinkel der Praxis unverzichtbaren Prämisse der Durchsetzbarkeit ihrer Regelungen auch gegen den Willen der unterlegenen Partei präsentiert sie sich *de lege lata* als ein Regelungskomplex, dessen Verbindlichkeit für jeden einzelnen seiner Rechtssätze im konkreten Einzelfall von staatlichem Recht abgeleitet werden muss. Dieses Ergebnis spiegelt die Realität des internationalen Handels wider, der gerade nicht von der Existenz einer wie auch immer gearteten Rechtsordnung „*lex mercatoria*“ ausgeht, sondern von der grundsätzlichen Geltung staatlichen Rechts, das er nach Bedarf selektiv mit einzelnen Bestandteilen des „selbstgeschaffenen Spontanrechts“ zu modifizieren sucht.

Ein solches Ergebnis ist aus der Sicht der im Goldmanschen Lager angesiedelten „Mercatoristen“ ernüchternd. Im Zusammenwirken mit dem CISG aber bietet die *lex mercatoria* für den internationalen Handel gerade zum heutigen Zeitpunkt eine große Chance, denn beide Regelungskomplexe treffen zu einem Zeitpunkt aufeinander, an dem sie sich auf ihre jeweils eigene Weise auf einem Siegeszug befinden: Das CISG kann aus heutiger Sicht sowohl hinsichtlich seines Gegenstandes als auch seiner Verbreitung als die weltweit wohl bedeutendste privatrechtsvereinheitlichende Konvention angesehen werden, die sich nicht nur zunehmender Ratifikationsdichte, sondern in jüngster Zeit auch zunehmender Akzeptanz innerhalb der internationalen Kaufmannschaft selbst erfreut. Bei der *lex mercatoria* hingegen hat der beobachtete Trend zu einer pragmatischen Herangehensweise ein Anwachsen des Bestandes gesicherter, anwendungsfähiger „black letter rules“

bewirkt und damit den immer wieder gegen sie vorgetragenen Einwand mangelnder Bestimmtheit und Praktikabilität zurückgedrängt.

Ideelles Bindeglied zwischen CISG und *lex mercatoria* ist das ihnen gemeinsame Ziel, internationale Rechtseinheit für grenzüberschreitende Kaufverträge zu schaffen und durch ausgewogene, international akzeptable Regelungen Handelshemmnisse zu reduzieren. Materiell drängt sich das Zusammenwirken beider Komplexe auf, da den jeweiligen Schwächen des einen die Stärken des anderen geradezu komplementär gegenüber stehen. Rechtstechnisch erfolgt das Zusammenwirken anhand der dem CISG eigenen Schnittstellen, durch die weiten Bereichen der *lex mercatoria* das „prächtige Gewand staatlich gesetzten Einheitsrechts“ letztlich doch umgehängt werden kann. Die im CISG durch seine Schnittstellen angelegte und von der *lex mercatoria* ausgefüllte Anpassungsfähigkeit des Gesamtgefüges macht innerhalb des Regelungsbereichs der Konvention erneute diplomatische Konferenzen zu ihrer Aktualisierung überflüssig und verhindert die als Hauptkritikpunkt gegen die legislatorische Rechtsvereinheitlichung vorgetragene „Versteinerung“ des Einheitsrechts.

Die Ausfüllung des Legitimationsdefizits der *lex mercatoria* durch legislatorisches Einheitsrecht erfolgt allerdings um den Preis, dass die grundsätzliche Notwendigkeit der Lokalisierung des internationalen Sachverhalts in einer nationalen Rechtsordnung zumindest *de lege lata* nicht überwunden werden kann. Wie die abschließende ökonomische Analyse jedoch belegt, kann potentiellen Parteien eines internationalen Warenkaufvertrages bei Inanspruchnahme der beschriebenen Symbiose aus CISG und *lex mercatoria* in der Regel empfohlen werden, auf die kollisionsrechtliche Bestimmung des Subsidiärstatuts zu verzichten und die dadurch verbleibenden Rechtsunsicherheiten in Kauf zu nehmen.

Nachdem sich die EU-Kommission von einer Angleichung des materiellen Vertragsrechts ihrer Mitgliedsstaaten durch ein Gemeinschaftsinstrument oder gar von der Schaffung eines „Europäischen Zivilgesetzbuchs“ distanziert

hat¹⁰⁹², so sind zukünftig nicht nur in Europa, sondern erst recht im weltweiten Rahmen nichtlegislatorische Vereinheitlichungsbemühungen als die treibende Kraft für den weiteren Abbau von Handelshemmnissen durch ausgewogene und international akzeptable Regelungen anzusehen. Je weiter diese Bemühungen fortschreiten, desto mehr tragen sie aufgrund der aufgezeigten vielfältigen Interaktionsmöglichkeiten von CISG und *lex mercatoria* dazu bei, die in der Präambel des CISG niedergelegten Ziele zu konkretisieren und in die Rechtswirklichkeit zu überführen.

¹⁰⁹² Vgl. Grünbuch über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahr 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung (KOM(2002) 654 endgültig), S. 14 ff. (URL s. oben, Fn. 148).

LITERATURVERZEICHNIS

- Arnaldez, Jean-Jacques/Derains, Yves/Hascher, Dominique* (Hrsg.), *Collection of ICC Arbitral Awards: 1996-2000*, The Hague: Kluwer Law International 2003
- Audit, Bernard*, *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria* in: Carbonneau, Thomas E. (Hrsg.), *Lex Mercatoria and Arbitration - A Discussion of the New Law Merchant*, 2nd rev. ed., New York: Transnational Juris Publications 1997, S. 173 ff. (*zitiert: Audit, The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*)
- Alexy, Robert*, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg [u.a.]: Alber 1992
- Bar, Christian v.*, *Typen des internationalen Einheitsrechts und das Internationale Privatrecht*, in: *Recht und Wirtschaft* 1985, S. 19 ff.
- Bar, Christian v.*, *Internationales Privatrecht, Zweiter Band - Besonderer Teil*, München: Beck 1991 (*zitiert: v. Bar, IPR II*)
- Bar, Christian v.*, *Internationales Privatrecht, Erster Band - Allgemeine Lehren*, 2. Aufl., München: Beck 2003 (*zitiert: v. Bar, IPR I*)
- Bar, Christian v./Zimmermann, Reinhard*, *Grundregeln des europäischen Vertragsrechts: Teile I und II*, hrsg. von der Kommission für Europäisches Vertragsrecht. Vorsitz: Ole Lando. Dt. Ausg., München: Sellier, European Law Publ. 2002 (*zitiert: v. Bar/Zimmermann, Grundregeln*)
- Bärmann, Johannes*, *Ist internationales Handelsrecht kodifizierbar?* In: Flume, Werner (Hrsg.), *Festschrift für F.A. Mann zum 70. Geburtstag am 11. Aug. 1977*, München: Beck 1977, S. 547 ff.
- Baxter, Ian F.G.*, *International Conflict of Laws and International Business*, in: *I.C.L.Q.* 1985, S. 538 ff.
- Behrens, Peter*, *Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereinheitlichung*, in: *RabelsZ* 50 (1986), S. 19 ff.
- Beitzke, Günther*, *Grundgesetz und Internationalprivatrecht: Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 3. März 1961*, Berlin: De Gruyter 1961 (*zitiert: Beitzke, Grundgesetz und IPR*)
- Berger, Klaus Peter*, *Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts: Zu den methodischen und praktischen Grundlagen der lex mercatoria*, Berlin [u.a.]: De Gruyter 1996 (*zitiert: Berger, Schleichende Kodifizierung*)
- Berger, Klaus Peter*, *Lex Mercatoria Online*, in: *RIW* 2002, S. 256 ff.
- Berger, Klaus Peter*, *Transnational Commercial Law in the Age of Globalization*, Rom: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero 2001 (*zitiert: Berger, Transnational Commercial Law*)
- Berger, Klaus Peter*, *Die UNIDROIT-Prinzipien für Internationale Handelsverträge*, in: *ZVglRWiss* 94 (1995), S. 217 ff.

- Bergsten*, Eric E., Basic Concepts of the UN-Convention on the International Sale of Goods, in: Doralt, Peter (Hrsg.), Das UNCITRAL-Kaufrecht im Vergleich zum österreichischen Recht: Referate u. Diskussionen des Symposiums in Baden bei Wien, 17.-19.4.1983, Wien: Manz 1985, S. 15 ff. (zitiert: *Bergsten, Basic Concepts*)
- Berman*, Harold J./*Kaufman*, Colin, The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria), in: HILJ 19 (1978), S. 221 ff.
- Bianca*, Cesare Massimo/*Bonell*, Michael J., Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention, Milano: Giuffrè 1987 (zitiert: *Bianca/Bonell/Bearbeiter*)
- Böckstiegel*, Karl-Heinz, Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen, Frankfurt am Main: Athenäum Verlag 1971
- Böckstiegel*, Karl-Heinz, Die Bestimmung des anwendbaren Rechts in der Praxis internationaler Schiedsverfahren, in: Sandrock, Otto (Hrsg.), Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag am 26. April 1979, Berlin [u.a.]: De Gruyter 1979, S. 443 ff.
- Boele-Woelki*, Katharina, Terms of Co-Existence: The CISG and the UNIDROIT Principles, in: Šarčević, Petar/Volken, Paul (Hrsg.), The International Sale of Goods Revisited, London: Kluwer Law International 2001, S. 203 ff. (zitiert: *Boele-Woelki, Terms of Co-Existence*)
- Bonell*, Michael Joachim, Das Autonome Recht des Welthandels – Rechtsdogmatische und rechtspolitische Aspekte, in: RabelsZ 42 (1978), S. 485 ff.
- Bonell*, Michael Joachim, Die Bedeutung der Handelsbräuche im Wiener Kaufrechtsübereinkommen von 1980, in: östJBl 1985, S. 385 ff.
- Bonell*, Michael Joachim, Das Unidroit-Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für internationale Handelsverträge, in: RabelsZ 56 (1992), S. 274 ff.
- Bonell*, Michael Joachim, An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts - Second Enlarged Edition, Irvington, NY: Transnational Publ. 1997 (zitiert: *Bonell, International Restatement*)
- Bredow*, Jens/*Seiffert*, Bodo, INCOTERMS 1990, Wegweiser für die Praxis, Bonn: Economica-Verl. 1990 (zitiert: *Bredow/Seiffert, INCOTERMS 1990*)
- Bredow*, Jens/*Seiffert*, Bodo, INCOTERMS 2000, Kommentar und deutsch/englischer Text der ICC Incoterms, Bonn: Economica-Verl. 2000 (zitiert: *Bredow/Seiffert, INCOTERMS 2000*)
- Bucher*, Andreas, Transnationales Recht im IPR, in: Schwind, Fritz (Hrsg.), Aktuelle Fragen zum Europarecht aus der Sicht in- und ausländischer Gelehrter, Wien: Verlag der Österr. Akad. d. Wiss. 1986, S. 11 ff.
- Bucher*, Andreas, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Basel [u.a.]: Helbing & Lichtenhahn, 1989

- Bühning-Uhle*, Christian, *Arbitration and Mediation in International Business: Designing Procedures for Effective Conflict Management*, Deventer: Kluwer Law International 1996 (*zitiert: Bühning-Uhle, Arbitration and Mediation in International Business*)
- Burkart*, Fabian, *Interpretatives Zusammenwirken von CISG und UNIDROIT Principles*, Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges. 2000
- Caemmerer*, Ernst v., *The Influence of the Law of International Trade on the Development and Character of the Commercial Law in the Civil Law Countries*, in: Schmitthoff, Clive M. (Hrsg.), *The Sources of the Law of International Trade: With Special Reference to East-West Trade*, International Association of Legal Science, London: Stevens 1964, S. 88 ff. (*zitiert: v. Caemmerer, The Influence of the Law of International Trade*)
- Caemmerer*, Ernst v./*Schlechtriem*, Peter (Hrsg.), *Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht: Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, 2., völlig Neubearb. Aufl.*, München: Beck 1995 (*zitiert: v. Caemmerer/Schlechtriem/Bearbeiter*)
- Canaris*, Claus-Wilhelm, *Die Stellung der „UNIDROIT Principles“ und der „Principles of European Contract Law“ im System der Rechtsquellen*, in: Basedow, Jürgen, *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2000, S. 5 ff.
- Carbonneau*, Thomas E., *The Remaking of Arbitration: Design and Destiny*, in: Carbonneau, Thomas E. (Hrsg.), *Lex Mercatoria and Arbitration - A Discussion of the New Law Merchant*, 2nd rev. ed., New York: Transnational Juris Publications 1997, S. 23 ff. (*zitiert: Carbonneau, Design and Destiny*)
- Cesarini Sforza*, Widar, *Il diritto dei privati*, Roma: Sampaolesi 1929
- Coing*, Helmut, *Von Bologna bis Brüssel: Europäische Gemeinsamkeiten in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*, Bergisch Gladbach [u.a.]: Eul 1989 (*zitiert: Coing, Von Bologna bis Brüssel*)
- Cremades*, Bernardo/*Plehn*, Stephen, *The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions*, in: *BUILJ* 1984, S. 317 ff.
- Czernich*, Dietmar/*Heiss*, Helmut, *Das europäische Schuldvertragsübereinkommen: EVÜ. Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht. Kommentar*, Wien: Orac 1999 (*zitiert: Czernich/Heiss/Bearbeiter, EVÜ*)
- Czerwenka*, Beate, *Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht: Das Kollisionsrecht bei grenzüberschreitenden Kaufverträgen und der Anwendungsbereich der internationalen Kaufrechtsübereinkommen*, Berlin: Duncker & Humblot 1988 (*zitiert: Czerwenka, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht*)
- Dasser*, Felix, *Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria: Rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion über ein nicht-staatliches*

- Handelsrecht, Zürich: Schulthess 1989 (*zitiert: Dasser, Lex mercatoria*)
- Dasser*, Felix, Lex Mercatoria – Critical Comments on a Tricky Topic, in: Appelbaum, Richard P./Felstiner, William L. F./Gessner, Volkmar (Hrsg.), Rules and Networks: The Legal Culture of Global Business Transactions, Oxford [u.a.]: Hart 2001, S. 189 ff.
- Day*, D. M., The Law of International Trade, London [u.a.]: Butterworths 1981
- Delaume*, Georges R., The Myth of the Lex Mercatoria and State Contracts, in: Carbonneau, Thomas E. (Hrsg.), Lex Mercatoria and Arbitration - A Discussion of the New Law Merchant, 2nd rev. ed., New York: Transnational Juris Publications 1997, S. 111 ff.
- Derains*, Yves, Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales, in: RdA 1973, S. 122 ff.
- Derains*, Yves, Chronique des sentences arbitrales, in: Clunet 105 (1978), S. 976 ff.
- Derains*, Yves, Chronique des sentences arbitrales, in: Clunet 107 (1980), S. 949 ff.
- Derains*, Yves, Possible Conflict of Law Rules and the Rules Applicable to the Substance of the Dispute, in: Sanders, Pieter (Hrsg.), UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration [Interim Meeting, Lausanne, May 9 - 12, 1984], Internat. Council for Commercial Arbitration, Deventer [u.a.]: Kluwer 1984, S. 169 ff.
- Dezalay*, Yves/*Garth*, Bryant G., Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order, Chicago [u.a.]: The Univ. of Chicago Press 1996 (*zitiert: Dezalay/Garth, Dealing in Virtue*)
- Diedrich*, Frank, Autonome Auslegung von Internationalem Einheitsrecht: Computersoftware im Wiener Kaufrecht, Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges. 1994 (*zitiert: Diedrich, Autonome Auslegung*)
- Diedrich*, Frank, Lückenfüllung im Internationalen Einheitsrecht – Möglichkeiten und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung im Wiener Kaufrecht, in: RIW 1995, S. 353 ff.
- Dulckeit*, Gerhard/*Schwarz*, Fritz/*Waldstein*, Wolfgang, Römische Rechtsgeschichte: Ein Studienbuch, begr. von Gerhard Dulckeit und Fritz Schwarz, neu bearb. von Wolfgang Waldstein. - 9., neubearb. Aufl., München: Beck 1995 (*zitiert: Dulckeit/Schwarz/Waldstein, Römische Rechtsgeschichte*)
- Ebke*, Werner F., Wirtschaft und Recht im Zeichen der Globalisierung, in: Schweizer, Rainer J. (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich [u.a.]: Schulthess 2002, S. 99 ff.
- Ehrlich*, Eugen, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena: Fischer 1899 (*zitiert: Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht*)

- Enderlein, Fritz*, The Law of International Trade: A new Task for National Legislators or a new "Lex Mercatoria"? In: New Directions in International Trade Law: Acts and Proceedings of the 2nd Congress on Private Law held by the International Institute for the Unification of Private Law, Unidroit, Rome, 9 - 15 Sept. 1976. Vol. 2, Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publ. 1977, S. 447 ff.
- Enderlein, Fritz/Maskow, Dietrich/Strohbach, Hans*, Internationales Kaufrecht: Kaufrechtskonvention, Verjährungskonvention, Vertretungskonvention, Rechtsanwendungskonvention, 1. Aufl., Berlin: Haufe 1991 (zitiert: *Enderlein/Maskow/Strohbach/Bearbeiter*)
- Eörsi, Gyula*, Regional and Universal Unification of the Law of International Trade, in: JBL 1967, S. 144 ff.
- Fabricius, Fritz*, Internationales Handelsrecht und Weltfrieden. In: Fabricius, Fritz (Hrsg.), Law and International Trade: Festschrift für Clive M. Schmitthoff zum 70. Geburtstag = Recht und internationaler Handel, Frankfurt a. M.: Athenäum 1973, S. 101 ff.
- Farnsworth, Edward A.*, Developing International Trade Law, in: 9 Cal. W. Int'l L.J. (1979), S. 461 ff.
- Ferrari, Franco*, Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law, in: Georgia Journal of International and Comparative Law (1994-95), S. 138 ff.
- Fischer, Wolfram* (Hrsg.), Geschichte der Weltwirtschaft im 20. Jahrhundert, Band 6: Der gebremste Wohlstand. Wiederaufbau, Wachstum und Strukturwandel der Weltwirtschaft seit 1945, bearb. von Herman van der Wee, München: DTV 1984 (zitiert: *Fischer/Van der Wee*)
- Fischer, Wolfram* (Hrsg.), Handbuch der europäischen Wirtschafts- und Sozialgeschichte, Bd. 6: Europäische Wirtschafts- und Sozialgeschichte vom ersten Weltkrieg bis zur Gegenwart, unter Mitarbeit von André Armengaud, Stuttgart: Klett-Cotta 1987 (zitiert: *Fischer, Handbuch*)
- Flessner, Axel/Kadner, Thomas*, CISG? In: ZEUP 1995, S. 347 ff.
- Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 4. unveränderte Aufl., Bd. 2, Berlin, Heidelberg [u.a.]: Springer 1992 (zitiert: *Flume, BGB AT*)
- Fortier, Yves*, New Trends in Governing Law: The New, New Lex Mercatoria, or, Back to the Future, in: ISCID Review 16/1 (2001), S. 10 ff.
- Fouchard, Philippe*, Les usages, l'arbitre et le juge, in: Le droit des relations économiques internationales: Etudes offertes à Berthold Goldman, Paris: Librairies Techniques 1982, S. 67 ff.
- Fouchard, Philippe*, L'arbitrage commercial international, Paris: Dalloz 1965
- Fränkel, Rudolf*, Der Irrgarten des Internationalen Privatrechts, in: RabelsZ 4 (1930), S. 239 ff.

- Frick*, Joachim G., *Arbitration and Complex International Contracts: With Special Emphasis on the Determination of the Applicable Substantive Law and on the Adaptation of Contracts to Changed Circumstances*, Zürich: Schulthess 2001 (*zitiert: Frick, Arbitration and Complex International Contracts*)
- Galgano*, Francesco: *Il diritto privato fra codice e costituzione*, Bologna: Zanichelli, 1980
- Garro*, Alejandro M., *The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG*, *Tulane Law Review* 69 (1995), S. 1149 ff.
- Goff*, Robert G., *The Future of the Common Law*, in: *I.C.L.Q.* 1997, S. 745 ff.
- Goldman*, Berthold, *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit prive*, in: *RdC* 109 (1963 II), S. 347 ff.
- Goldman*, Berthold, *Frontières du droit et „lex mercatoria“*, in: *Arch.phil.dr.* 9 (1964), S. 177 ff.
- Goldman*, Berthold, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: Réalité et perspectives*, in: *Clunet* 106 (1979), S. 475 ff.
- Goldman*, Berthold, *Lex mercatoria (Forum internationale Nr. 3)*, Deventer 1983
- Goldman*, Berthold, *Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria, l'affaire Norsolor*, in: *RdA* 1983, S. 379 ff.
- Goldman*, Berthold, *The Applicable Law: General Principles of Law*, in: Lew, Julian D.M. (Hrsg.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, School of International Arbitration, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, University of London, Nijhoff Publ. 1987, S. 113 ff. (*zitiert: Goldman, The Applicable Law*)
- Goldman*, Berthold, *Anm. zu Cour d'Appel v. Paris v. 13.7.1989, Compania Valenciana de Cementos Portland c. Société Primary Coal Ltd*, in: *Clunet* 117 (1990), S. 433 ff.
- Goldman*, Berthold, *Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria*, in: Dominicé, Christian (Hrsg.) *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Faculté de Droit de l'Université de Genève, Institut universitaire de hautes études internationales, Bâle; Francfort-sur-le-Main: Helbing & Lichtenhahn 1993
- Goldštajn*, Aleksandar, *The New Law Merchant Reconsidered*, in: Fabricius, Fritz (Hrsg.), *Law and International Trade: Festschrift für Clive M. Schmitthoff zum 70. Geburtstag = Recht und internationaler Handel*, Frankfurt a. M.: Athenäum 1973, S. 171 ff.
- Goldštajn*, Aleksandar, *Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention*, in: Šarčević, Petar (Hrsg.), *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, New York [u.a.]: Oceana 1986, S. 55 ff. (*zitiert.: Goldštajn, Autonomous Rules*)

- Goldštajn*, Aleksandar, *Lex mercatoria and the CISG: The Global Law Merchant*, in: Šarčević, Petar/Volken, Paul (Hrsg.), *The International Sale of Goods Revisited*, London: Kluwer Law International 2001, S. 241 ff. (zitiert.: *Goldštajn, Lex mercatoria and the CISG*)
- Goode*, Roy, *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration*, in: Rose, Francis D. (Hrsg.), *Lex Mercatoria: Essays on International Law in Honour of Francis Reynolds*, London: LLP 2000, S. 245 ff.
- Grigera Naón*, *International Commercial Arbitration – The Law Applicable to the Substance of the Dispute: Present Trends*, in: Borchers, Patrick J. (Hrsg.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Ardsley, NY: Transnat. Publ. 2001, S. 65 ff.
- Großmann-Doerth*, Hans, *Der Jurist und das autonome Recht des Welthandels*, in: JW 1929, S. 3447 ff.
- Großmann-Doerth*, Hans, *Das Recht des Überseekaufs*, Bd. 1, Mannheim, Leipzig [u.a.]: Bensheimer 1930
- Grundmann*, Stefan, *Law merchant als lex lata Communitatis – insbesondere die Unidroit-Principles*, in: Diederichsen, Uwe (Hrsg.), *Festschrift für Walter Rolland zum 70. Geburtstag*, Köln: Bundesanzeiger-Verl. 1999, S. 145 ff.
- Hartnell*, Helen E., *Rousing the Sleeping Dog: The Validity Exception to the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in: 18 *Yale Journal of International Law* (1993), S. 1 ff.
- Hermann*, A.H., *Disputes between States and Foreign Companies*, in: Lew, Julian D.M. (Hrsg.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, School of International Arbitration, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, University of London: Nijhoff Publ. 1987, S. 250 ff.
- Highet*, Keith, *The Enigma of the Lex Mercatoria*, in: Carbonneau, Thomas E. (Hrsg.), *Lex Mercatoria and Arbitration - A Discussion of the New Law Merchant*, 2nd rev. ed., New York: Transnational Juris Publications 1997, S. 133 ff.
- Hobhouse*, J.S., *International Conventions and Commercial Law: The Pursuit of Uniformity*, in: *The Law Quarterly Review* 106 (1990), S. 530 ff.
- Hoffmann*, Bernd v., „*Lex mercatoria*“ vor internationalen Schiedsgerichten, in: IPRax 1984, S. 106 ff.
- Hoffmann*, Bernd v., *Die Novellierung des deutschen Schiedsverfahrensrechts von 1986*, in: IPRax 1986, S. 337 ff.
- Hoffmann*, Bernd v., *Grundsätzliches zur Anwendung der „lex mercatoria“ durch internationale Schiedsgerichte*, in: Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.), *Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag*, Stuttgart [u.a.]: Kohlhammer 1987, S. 215 ff.
- Holdsworth*, William Searle, *A History of English Law, Volume I*, ed. by A. L. Goodhart and H. G. Hanbury. - 2. ed., London: Methuen 1914

- Holl*, Volker H./*Keßler*, Oliver, „Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft“ und Einheitsrecht – Die Stellung der Handelsbräuche und Gepflogenheiten im Wiener UN-Kaufrecht, in: RIW 1995, S. 457 ff.
- Honnold*, John, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales: The Studies, Deliberations and Decisions that led to the 1980 United Nations Convention with Introductions and Explanations*, Deventer: Kluwer 1989 (*zitiert: Honnold, Documentary History*)
- Honnold*, John, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3. ed., Deventer [u.a.]: Kluwer 1999 (*zitiert: Honnold, Uniform Law*)
- Honsell*, Heinrich (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht: Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)*, Bearb. von M. Karollus ..., Berlin [u.a.]: Springer 1997 (*zitiert: Honsell/Bearbeiter*)
- Horn*, Norbert, *Das Recht der internationalen Anleihen*, Frankfurt a. M.: Athenäum, 1972
- Horn*, Norbert, *Uniformity and Diversity in the Law of International Commercial Contracts*, in: Horn, Norbert (Hrsg.), *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, Deventer [u.a.]: Kluwer 1982, S. 3 ff. (*zitiert: Horn, Uniformity and Diversity*)
- Houtte*, Hans van, *The Law of International Trade*, 2. ed., London: Sweet & Maxwell 2002
- Huber*, Ulrich, *Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge*, in: *RabelsZ* 43 (1979), S. 413 ff.
- Ishizaki*, Masaichiro, *Le droit corporatif international de la vente de soies. Les contrats-type américains et la codification lyonnaise dans leurs rapports avec les usages des autres places. Avec une préf. d'Édouard Lambert*, Bd. 1 und 2, Paris: Giard 1928 (*zitiert: Ishizaki, droit corporatif international*)
- Jarvin*, Sigvard, *The Sources and Limits of the Arbitrator's Powers*, in: Lew, Julian D.M. (Hrsg.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, School of International Arbitration, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, University of London, Nijhoff Publ. 1987, S. 50 ff.
- Jessup*, Philip C., *Transnational Law*, New Haven: Yale University Press [u.a.] 1956
- Juenger*, Friedrich K., *Lex mercatoria und Eingriffsnormen*, in: Löwisch, Manfred (Hrsg.), *Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht: Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag*, München: Beck 1991, S. 223 ff.
- Kahn*, Philippe, *La vente commerciale internationale*, Paris: Sirey 1961
- Kahn*, Philippe, *Lex mercatoria et Euro-obligations*, in: Fabricius, Fritz (Hrsg.), *Law and International Trade: Festschrift für Clive M. Schmitthoff zum 70. Geburtstag = Recht und internationaler Handel*, Frankfurt a. M.: Athenäum 1973, S. 215 ff.

- Kahn*, Philippe, Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria: Concept unique ou pluralisme des ordres juridiques? In: Le droit des relations économiques internationales: Etudes offertes à Berthold Goldman, Paris: Librairies Techniques 1982, S. 97 ff.
- 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. [u.a.]: Lang 1990 (zitiert: *Kappus, Lex mercatoria*)
- Karl*, Wolfram, Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht: Zum Einfluß der Praxis auf Inhalt u. Bestand völkerrechtlicher Verträge = Treaty and Subsequent Practice in International Law, Berlin [u.a.]: Springer 1983 (zitiert: *Karl, Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*)
- Karnell*, Gunnar, Will the Consumer Law Field be the Waterloo of the New Lex Mercatoria? In: Svensk Juristtidning 66 (1981), S. 427 ff.
- Karollus*, Martin, UN-Kaufrecht - Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis, Wien, New York [u.a.]: Springer 1991 (zitiert: *Karollus, UN-Kaufrecht*)
- Karollus*, Martin, UN-Kaufrecht: Hinweise für die Vertragspraxis, in: östJBl 1993, S. 23 ff.
- Kaser*, Max, Ius gentium, Köln [u.a.]: Böhlau 1993
- Kegel*, Gerhard, Die Rolle des öffentlichen Rechts im IPR, in: Böckstiegel, Karl-Heinz, Völkerrecht, Recht der Internationalen Organisationen, Weltwirtschaftsrecht: Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern = Law of Nations, Law of International Organizations, World's Economic Law, Köln [u.a.]: Heymann 1988, S. 243 ff.
- Kegel*, Gerhard, Internationales Privatrecht: Ein Studienbuch, 7., neubearb. Aufl., München: Beck 1995 (zitiert: *Kegel, IPR*)
- Kegel*, Gerhard/Schurig, Klaus, Internationales Privatrecht: Ein Studienbuch, 8., neubearb. Aufl., München: Beck 2000 (zitiert: *Kegel/Schurig, IPR*)
- Koch*, Robert, Wider den formularmäßigen Ausschluss des UN-Kaufrechts, in: NJW 2000, S. 910 ff.
- Kötz*, Hein, Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, in: RabelsZ 50 (1986), S. 1 ff.
- Kötz*, Hein, Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung - Einführende Bemerkungen zum gleichnamigen Symposium Hamburg 1991, in: RabelsZ 56 (1992), S. 215 ff.
- Kropholler*, Jan, Internationales Einheitsrecht: Allgemeine Lehren, Tübingen: Mohr 1975 (zitiert: *Kropholler, Einheitsrecht*)
- Kropholler*, Jan, Internationales Privatrecht: Einschließlich der Grundbegriffe des internationalen Zivilverfahrensrechts, 4., neubearb. und erw. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck 2001 (zitiert: *Kropholler, IPR*)
- Kühne*, Gunther, Die Parteiautonomie zwischen kollisionsrechtlicher und materiellrechtlicher Gerechtigkeit, in: Krüger, Hilmar (Hrsg.), Liber amicorum Gerhard Kegel, München: Beck 2002, S. 65 ff.

- Kunkel, Wolfgang/Schermaier, Martin J., Römische Rechtsgeschichte: Eine Einführung, 13. überarb. Aufl., Köln [u.a.]: Böhlau 2001 (zitiert: Kunkel/Schermaier, Römische Rechtsgeschichte)*
- Lagarde, Paul, Approche Critique de la lex mercatoria, in: Le droit des relations économiques internationales: Etudes offertes à Berthold Goldman, Paris: Librairies Techniques 1982, S. 125ff.*
- Lalive, Jean-Flavien, Contracts between a State or a State Agency and a Foreign Company – Theory and Practice: Choice of Law in a New Arbitration Case, in: I.C.L.Q. 13 (1964), S. 987 ff.*
- Lambert, Edouard, Sources du droit comparé ou supranational. Législation uniforme et jurisprudence comparative, in: Recueil d'études sur les sources du droit: En l'honneur de François Gény, Bd. 3, Vaduz: Topos [u.a.] 1934, S. 478 ff.*
- Lando, Ole, The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration, in: I.C.L.Q. 34 (1985), S. 747 ff.*
- Lando, Ole, The Law Applicable to the Merits of the Dispute, in: Lew, Julian D.M. (Hrsg.), Contemporary Problems in International Arbitration, School of International Arbitration, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, University of London, Nijhoff Publ. 1987, S. 101 ff.*
- Lando, Ole, Principles of European Contract Law - An Alternative or a Precursor of European Legislation, in: RabelsZ 56 (1992), S. 261 ff.*
- Lando, Ole, The 1955 and 1985 Hague Conventions on the Law Applicable to the International Sale of Goods, in: RabelsZ 57 (1993), S. 155 ff.*
- Lando, Ole, The principles of European contract law and the lex mercatoria, in: Basedow, Jürgen (Hrsg.), Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification; Liber amicorum Kurt Siehr, The Hague: T.M.C. Asser Press, Zürich: Schulthess 2000, S. 391 ff.*
- Lando, Ole, Salient Features of the Principles of European Contract Law, in: Šarčević, Petar/Volken, Paul (Hrsg.), The International Sale of Goods Revisited, London: Kluwer Law International 2001, S. 157 ff. (zitiert: Lando, Salient Features)*
- Lando, Ole, Grundregeln des europäischen Vertragsrechts: Teile I und II, Kommission für Europäisches Vertragsrecht. [Vorsitz: Ole Lando ...]. - Dt. Ausg., von Christian v. Bar ... München: Sellier, European Law Publ. 2002*
- Lando, Ole, Principles of European Contract Law and Unidroit Principles: Similarities, Differences and Perspectives, Rom: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero 2002 (zitiert: Lando, Similarities)*
- Lando, Ole/Beale, Hugh (Hrsg.), Principles of European Contract Law: Parts 1 and 2, prepared by the Commission on European Contract Law, Combined and Revised, The Hague [u.a.]: Kluwer Law International 2000 (zitiert: Lando/Beale, PECL I and II, Combined and Revised)*

- Lando, Ole/Clive, Eric/Prüm, André/Zimmermann, Reinhard* (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Part III, Prepared by The Commission on European Contract Law, Den Haag/London/N.Y. 2003 (zitiert: *Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, PECL III*)
- Langen, Eugen*, Transnationales Handelsrecht, in: NJW 1969, S. 2229 ff.
- Langen, Eugen*, Transnational Commercial Law, Leiden: Sijthoff 1973
- Langen, Eugen*, Transnationales Recht, Heidelberg: Verl.-Ges. Recht u. Wirtschaft 1981
- Lessiak, Rudolf*, UNCITRAL-Kaufrechtsabkommen und Irrtumsanfechtung, in: östJBL 1989, S. 487 ff.
- Lew, Julian D. M.*, Applicable Law in International Commercial Arbitration: A Study in Commercial Arbitration Awards, Dobbs Ferry, NY: Oceana Publ. 1978 (zitiert: *Lew, Applicable Law*)
- Lindbach, Jochen*, Rechtswahl im Einheitsrecht am Beispiel des Wiener UN-Kaufrechts, Aachen: Shaker 1996 (zitiert: *Lindbach, Rechtswahl im Einheitsrecht*)
- Löning, George A.*, Autonomes Recht der Wirtschaft, in: Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht 20 (1930), S. 13 ff.
- Longobardi, Laura E.*, Disclaimers of Implied Warranties: The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: Fordham L. Rev. 53 (1985), S. 863 ff.
- Lorenz, Werner*, Die Lex Mercatoria: Eine internationale Rechtsquelle? In: Barfuß, Werner (Hrsg.), Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag, Baden-Baden: Nomos 1985, S. 407 ff.
- Lorenz, Egon*, Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht, in: RIW 1987, S. 569 ff.
- Loquin, Eric*, L'amiable composition en droit comparé et international: Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial, Paris: Librairies Techniques 1980 (zitiert: *Loquin, L'amiable composition*)
- Loquin, Eric*, L'application de règles nationales dans l'arbitrage commercial international, in: L'apport de la jurisprudence arbitrale 1986, S. 67 ff.
- Ly, Filip de*, De lex mercatoria: Inleiding op de studie van het transnationaal handelsrecht, Antwerpen u.a.: Maklu Uitgevers, 1989 (zitiert: *De Ly, De lex mercatoria*)
- Ly, Filip de*, International Business Law and Lex Mercatoria, Amsterdam [u.a.]: North-Holland 1992 (zitiert: *De Ly, International Business Law*)
- Ly, Filip de*, Emerging New Perspectives Regarding Lex Mercatoria in an Era of Increasing Globalization, in: Berger, Klaus Peter (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Heidelberg: Verl. Recht und Wirtschaft 2000, S. 179 ff.
- Ly, Filip de*, Lex Mercatoria: Globalisation and International Self-Regulation, in: Appelbaum, Richard P./Felstiner, William L. F./Gessner, Volkmar

- (Hrsg.), *Rules and Networks: The Legal Culture of Global Business Transactions*, Oxford [u.a.]: Hart 2001, S. 159 ff.
- Magnus*, Ulrich, Anmerkung zum Schiedsspruch der Hamburger freundschaftlichen Arbitrage vom 11.11.1975, in: *RIW/AWD* 1978, S. 338 ff.
- Magnus*, Ulrich, Währungsfragen im Einheitlichen Kaufrecht. Zugleich ein Beitrag zu seiner Lückenfüllung und Auslegung, in: *RabelsZ* 53 (1989), S. 116 ff.
- Magnus*, Ulrich, Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht, in: *RabelsZ* 59 (1995), S. 469 ff.
- Magnus*, Ulrich, Der Tatbestand der Pflichtverletzung, in: Schulze, Reiner (Hrsg.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, S. 67 ff.
- Mann*, Frederick A., Reflections on a commercial law of nations, in: *BYIL* 33 (1957), S. 20 ff.
- Mann*, Frederick A., Internationale Schiedsgerichte und nationale Rechtsordnung, in: *ZHR* 130 (1968), S. 97 ff.
- Mayer-Maly*, Theo, Das ius gentium bei den späten Klassikern, in: *Iura* 34 (1983), S. 91 ff.
- Malynes*, Gerard, *Consuetudo, vel, lex mercatoria: Or, the Ancient Law-Merchant; Divided into 3 Parts, According to the Essential Parts of Traffick*, Reprint of the 3rd ed., Part I, Abingdon: Professional Books 1981 (zitiert: *Malynes, Consuetudo*)
- Martindale-Hubbell*, *International Arbitration and Dispute Resolution Directory: The Single-Source Reference Guide to Global Dispute Resolution*, New Providence: Martindale-Hubbell International 1998
- Martiny*, Dieter, Private and Commercial Law Rules Under Global Transactions, in: Appelbaum, Richard P./Felstiner, William L. F./Gessner, Volkmar (Hrsg.), *Rules and Networks: The Legal Culture of Global Business Transactions*, Oxford [u.a.]: Hart 2001, S. 123 ff.
- McNair*, Arnold D., The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations, in: *BYIL* 33 (1957), S. 1 ff.
- Meili*, Friedrich, *Die internationalen Unionen: Über das Recht der Weltverkehrsanstalten und des geistigen Eigentums: Ein Vortrag gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 5. Januar 1889*, Leipzig: Duncker & Humblot 1889 (zitiert: *Meili, Unionen*)
- Mertens*, Hans-Joachim, Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff, in: *RabelsZ* 56 (1992), S. 219 ff.
- Mertens*, Hans-Joachim, Das lex mercatoria-Problem, in: Böttcher, Reinhard (Hrsg.), *Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996*, Berlin: De Gruyter 1996, S. 857 ff.
- Michaels*, Ralf, Privatautonomie und Privatkodifikation - Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien, in: *RabelsZ* 62 (1998), S. 580 ff.

- Mistelis*, Loukas, Is Harmonisation a Necessary Evil? The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law, in: Fletcher, Ian F. (Hrsg.), Foundations and Perspectives of International Trade Law, London: Sweet & Maxwell 2001, S. 3 ff. (*zitiert: Mistelis, Is Harmonisation a Necessary Evil?*)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 11, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50 -237), Red.: Hans Jürgen Sonnenberger, 3. Aufl., München: Beck 1999 (*zitiert: MüKo/Bearbeiter*)
- Mustill*, Sir Michael J., The new lex mercatoria: The first twenty-five years, in: Liber amicorum for the Rt. Hon Lord Wilberforce, Oxford: Clarendon 1987, S. 149 ff.
- Neuhaus*, Paul H., Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache, in: *RabelsZ* 15 (1949/50), S. 346 ff.
- Neuhaus*, Paul H./*Kropholler*, Jan, Rechtsvereinheitlichung – Rechtsverbesserung? In: *RabelsZ* 45 (1981), S. 73 ff.
- Neumayer*, Karl Heinz, Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises: Commentaire, ed. par François Dessemontet, Lausanne: Centre de Droit de l'Entreprise de l'Université de Lausanne 1993 (*zitiert: Neumayer/Bearbeiter*)
- Nottage*, Luke, The Vicissitudes of Transnational Commercial Arbitration, in: *Arbitration International* Vol. 16 (2000), S. 53 ff.
- Nygh*, Peter E., Autonomy in international contracts, Oxford: Clarendon 1999 (*zitiert: Nygh, Autonomy*)
- Otte*, Karsten, Der grenzüberschreitende multimodale Transportvertrag, in: Krüger, Wilmar (Hrsg.), Liber amicorum Gerhard Kegel, München: Beck 2002, S. 141 ff.
- Park*, William W., Control Mechanisms in the Development of a Modern Lex Mercatoria, in: Carbonneau, Thomas E. (Hrsg.), Lex Mercatoria and Arbitration - A Discussion of the New Law Merchant, 2nd rev. ed., New York: Transnational Juris Publications, 1997, S. 143 ff.
- Pentzlin*, Friederike, Der universelle Ordre public im Wirtschaftsrecht als ein Ordnungsprinzip des innerstaatlichen Rechts, München: Florentz 1985 (*zitiert: Pentzlin, Der universelle ordre public*)
- Philipps*, Günther, Erscheinungsformen und Methoden der Privatrechtsvereinheitlichung: Ein Beitrag zur Methodenlehre der Privatrechtsvereinheitlichung unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse Westeuropas, Frankfurt [u.a.]: Metzner 1965 (*zitiert: Philipps, Erscheinungsformen*)
- Piltz*, Burghard, Die Rechtsprechung zum Haager Einheitlichen Kaufrecht, in: *RIW* 1986, S. 167 ff.
- Piltz*, Burghard, Internationales Kaufrecht: Das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung, München: Beck 1993 (*zitiert: Piltz, Internationales Kaufrecht*)

- Piltz*, Burghard, INCOTERMS und UN-Kaufrecht, in: Thume, Karl-Heinz (Hrsg.), Transport- und Vertriebsrecht 2000: Festgabe für Rolf Herber, Neuwied [u.a.]: Luchterhand 1999, S. 20 ff.
- Procaccia*, Uriel, The Case Against Lex Mercatoria, in: Jacob S. Ziegel (ed.), New Developments in International Commercial and Consumer Law, Proceedings of the 8th Biennial Conference of the International Academy of Commercial and Consumer Law, Oxford: Hart 1998, S. 87 ff.
- Rabel*, Ernst, Das Problem der Qualifikation, in: *RabelsZ* 5 (1931), S. 241 ff.
- Rabel*, Ernst, Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes, in: *RabelsZ* 9 (1935), S. 1 ff. und 339 ff.
- Rabel*, Ernst, Das Recht des Warenkaufs: Eine rechtsvergleichende Darstellung, Bd. 1, Berlin [u.a.]: De Gruyter 1936 (*zitiert: Rabel, Das Recht des Warenkaufs, Bd. 1*)
- Rabel*, Ernst, The Conflict of Laws: A Comparative Study, 2. ed., Vol. 1, Ann Arbor [u.a.]: University of Michigan Law School 1958 (*zitiert: Rabel, Conflict of Laws*)
- Rabel*, Ernst, Projet d'une Loi Uniforme sur la Vente Internationale des Objets Mobiliers Corporels, in: *Rabel*, Ernst, Das Recht des Warenkaufs: Eine rechtsvergleichende Darstellung, Bd. 2, Berlin [u.a.]: De Gruyter 1958, S. 395 ff.
- Rabel*, Ernst, Rapport sur le droit comparé de vente, in: Leser, Hans G./Wolff, Julius (Hrsg.), Ernst Rabel, Gesammelte Aufsätze, Bd. III: Arbeiten zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsvereinheitlichung 1919 - 1954. Mit einem Verzeichnis der Schriften Rabels, Tübingen: Mohr 1967, S. 381 ff.
- Raape*, Leo, Deutsches internationales Privatrecht : Anwendung fremden Rechts, I. Band, Berlin: Vahlen 1938 (*zitiert: Raape, Deutsches Internationales Privatrecht, I. Band*)
- Raape*, Leo, Internationales Privatrecht, 5., neubearb. Aufl., Berlin [u.a.]: Vahlen 1961
- Raape*, Leo, Internationales Privatrecht, 6., neubearb. Aufl. von Fritz Sturm. Bd. 1, München: Vahlen 1977 (*zitiert: Raape/Sturm, IPR I*)
- Reimann*, Thomas, Zur Lehre vom „rechtsordnungslosen“ Vertrag, Bonn: Röhrscheid 1970
- Reithmann*, Christoph/*Martiny*, Dieter (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge, bearb. von Carsten Dageförde, 5. völlig neubearb. u. wesentl. erw. Aufl., Köln: Schmidt 1996 (*zitiert: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht*)
- Riese*, Otto, Einheitliche Gerichtsbarkeit für vereinheitlichtes Recht? In: *RabelsZ* 26 (1961), S. 604 ff.
- Riese*, Otto, Die Haager Konferenz über die internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts vom 2. bis 25. April 1964, in: *RabelsZ* 29 (1965), S. 1 ff.

- Rogers*, Vikki M., Beware of Faux Amis: The Importance of Uniform Terminology in International Sales Law, in: Law and practice of export trade, ed. by Center for Transnational Law (CENTRAL), Münster: Quadis 2001, S. 29 ff. (*zitiert: Rogers, Beware of Faux Amis*)
- Romano*, Santi, Die Rechtsordnung, Berlin: Duncker & Humblot 1975
- Sanders*, Pieter, Trends in the Field of International Commercial Arbitration, in: RdC 145 (1975 II), S. 204 ff.
- Savigny*, Friedrich Carl v., System des heutigen Römischen Rechts, Band 8, Berlin: Veit 1849 (*zitiert: v. Savigny, System*)
- Schäfer*, Hans-Bernd/*Ott*, Claus, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3., überarb. und erw. Aufl., Berlin ; Heidelberg [u.a.]: Springer 2000 (*zitiert: Schäfer/Ott, Lehrbuch*)
- Schlechtriem*, Peter H., Unification of the Law for the International Sale of Goods, in: Schlechtriem (Hrsg.), XII. Internationaler Kongreß für Rechtsvergleichung 1986 Sydney und Melbourne/Australien, Deutsche Länderberichte (Zivilrecht und Zivilprozeßrecht), Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges. 1987, S. 121 ff. (*zitiert: Schlechtriem, Unification*)
- Schlechtriem*, Peter H., Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich des UN-Übereinkommens über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), in: AJP 1992, S. 339 ff.
- Schlechtriem*, Peter H. (Hrsg.), Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht: Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, CISG, bearb. von Klaus Bacher ..., 3., völlig neubearb. Aufl., München: Beck 2000 (*zitiert: Schlechtriem/Bearbeiter*)
- Schlechtriem*, Peter H., Internationales UN-Kaufrecht: Ein Studien- und Erläuterungsbuch zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf CISG, 2., neubearb. Aufl., Tübingen: Mohr 2003 (*zitiert: Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht*)
- Schlosser*, Peter, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2., völlig neu bearb. Aufl., Tübingen: Mohr 1989 (*zitiert: Schlosser, Schiedsgerichtsbarkeit*)
- Schmidt-Trenz*, Hans-Jörg, Außenhandel und Territorialität des Rechts: Grundlegung einer neuen Institutionenökonomik des Außenhandels, Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges. 1990 (*zitiert: Schmidt-Trenz, Außenhandel*)
- Schmidtchen*, Territorialität des Rechts, Internationales Privatrecht und die privatautonome Regelung internationaler Sachverhalte, in: RabelsZ 59 (1995), S. 56 ff.
- Schmitthoff*, Clive Maximilian, International Trade Law and Private International Law, in: Caemmerer, Ernst v./Nikisch, Arthur (Hrsg.), Vom deutschen und europäischen Recht. Festschrift für Hans Dölle, Bd.2, Tübingen: Mohr 1963, S. 257 ff.

- Schmitthoff*, Clive Maximilian, The Law of International Trade, its Growth, Formulation and Operation, in: Schmitthoff, Clive M. (Hrsg.), The Sources of the Law of International Trade: With Special Reference to East-West Trade, International Association of Legal Science, London: Stevens 1964, S. 3 ff. (zitiert: *Schmitthoff, The Law of International Trade*)
- Schmitthoff*, Clive Maximilian, Das neue Recht des Welthandels, in: *RabelsZ* 28 (1964), S. 47 ff.
- Schmitthoff*, Clive Maximilian, The Unification of the Law of International Trade, Göteborg: Gumperts 1964 (zitiert: *Schmitthoff, Unification*)
- Schmitthoff*, Clive Maximilian, The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions, in: *I.C.L.Q.* 17 (1968), S. 551 ff.
- Schmitthoff*, Die künftigen Aufgaben der Rechtsvergleichung, in: *JZ* 1978, S. 495 ff.
- Schmitthoff*, Clive Maximilian, Commercial Law in a Changing Economic Climate, 2nd ed., London: Sweet Maxwell 1981
- Schmitthoff*, Clive Maximilian, International Business Law: A New Law Merchant, in: Cheng, Chia-Jui (Hrsg.), Select Essays on International Trade Law, Dordrecht [u.a.]: Nijhoff [u.a.] 1988, S. 20 ff. (zitiert: *Schmitthoff, A New Law Merchant*)
- Schmitthoff*, Clive Maximilian, Schmitthoff's Export Trade: The Law & Practice of International Trade, 9th ed., London: Stevens 1990 (zitiert: *Schmitthoff, Export Trade*)
- Schnitzer*, Adolf F., Die Einordnung der internationalen Sachverhalte in das Rechtssystem, in: Flume, Werner (Hrsg.), Festschrift für F.A. Mann zum 70. Geburtstag am 11. Aug. 1977, München: Beck 1977, S. 289 ff.
- Schulze*, Reiner, Auf dem Weg zu einem europäischen Zivilgesetzbuch? In: *NJW* 1997, S. 2742 ff.
- Seiffert*, Wolfgang, Das Rechtssystem des RGW: Eine Einführung in das Integrationsrecht des COMECON, Baden-Baden: Nomos-Verlagsgesellschaft 1982
- Sekretariatskommentar*, s. Honnold, Documentary History, S. 404-456
- Selden*, Barton S., Lex Mercatoria in European and U.S. Trade Practice: Time to take a Closer Look, in: Golden Gate University School of Law, Annual Survey of International & Comparative Law 1995, S. 121 ff.
- Siehr*, Kurt, Sachrecht im IPR, transnationales Recht und lex mercatoria, in: Holl, Wolfgang (Hrsg.), Internationales Privatrecht, internationales Wirtschaftsrecht: Referate e. Symposiums d. Alexander-von-Humboldt-Stiftung vom 26. - 30. September 1983 in Ludwigsburg, Köln [u.a.]: Heymann 1985, S. 103 ff. (zitiert: *Siehr, Sachrecht im IPR*)
- Siehr*, Kurt, Der internationale Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts, in: *RabelsZ* 52 (1988), S. 587 ff.

- Spickhoff*, Andreas, Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten, in: *RabelsZ* 56 (1992), S. 116 ff.
- Staudinger*, Julius v., Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse; Wiener UN-Kaufrecht (CISG), von Ulrich Magnus. Red.: Michael Martinek, Berlin: Sellier [u.a.] 1999 (zitiert: *Staudinger/Magnus*)
- Stein*, Ursula, *Lex mercatoria: Realität und Theorie*, Frankfurt am Main: Klostermann 1995 (zitiert: *Stein, Lex mercatoria*)
- Stone*, Richard, *Principles of Contract Law*, 4. ed., London: Cavendish 2000
- Stoll*, Hans, Internationalprivatrechtliche Fragen bei der landesrechtlichen Ergänzung des Einheitlichen Kaufrechts, in: Heldrich, Andreas (Hrsg.), *Festschrift für Murad Ferid: Zum 80. Geburtstag am 11. April 1988*. Mit Beitr. von Tugrul Ansay ..., Frankfurt am Main: Verl. für Standesamtswesen 1988, S. 495 ff.
- Tallon*, Denis, *The Law Applied by Arbitration Tribunals - II*, in: Schmitthoff, Clive M. (Hrsg.), *The Sources of the Law of International Trade: With Special Reference to East-West Trade*, International Association of Legal Science, London: Stevens 1964, S. 154 ff.
- Teubner*, Gunther, Globale Bukowina - Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, in: *Rechtshistorisches Journal* 1996, S. 255 ff.
- Treitel*, Guenther, *The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 and the Law of Carriage of Goods by Sea*, in: *Lex Mercatoria: Essays on International Commercial Law in Honours of Francis Reynolds*, London: LLP 2000, S. 345 ff
- Triebel*, Volker/Petzold, Eckart, Grenzen der lex mercatoria in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, in: *RIW* 1988, S. 245.
- Tunc*, André, *Commentary on the Hague Conventions of the 1st of July 1964 on International Sale of Goods and the Formation of the Contract of Sale*, abgedruckt in: *Diplomatic Conference on the Unification of Law Governing the International Sale of Goods, The Hague, 2-25 April 1964, Vol. I (Records)*, The Hague: Ministry of Justice of the Netherlands, 1966, S. 355 ff. (zitiert: *Tunc, Commentary*)
- UNIDROIT* (Hrsg.), *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Rome 1994.
- Verdross*, Alfred, Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln, in: *ZaöRV* 18 (1957/58), S. 635 ff.
- Virally*, Michel, *Un tiers droit? Réflexions théoriques*, in: *Le droit des relations économiques internationales: Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris: Librairies Techniques 1982, S. 373 ff.
- Vischer*, Frank, Die kollisionsrechtliche Bedeutung der Wahl einer nichtstaatlichen Ordnung für den staatlichen Richter am Beispiel der *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, in: *Schwenzer, Ingeborg/Hager, Günther (Hrsg.), Festschrift für Peter*

- Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen: Mohr Siebeck 2003, S. 445 ff.
- Volckart, Oliver/Mangels, Antje*: Has the modern Lex Mercatoria really Medieval Roots? MPI Diskussionsbeiträge Nr. 08-96, Jena 1996
- Volken, Paul*, The Vienna Convention: Scope, Interpretation, and Gap-Filling, in: Šarčević, Petar (Hrsg.), International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures, New York [u.a.]: Oceana 1986, S. 19 ff. (*zitiert: Volken, The Vienna Convention*)
- Volken, Paul*, Das Wiener Übereinkommen über den internationalen Warenkauf; Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich, in: Schlechtriem, Peter (Hrsg.), Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht: Referate und Diskussionen der Fachtagung Einheitliches Kaufrecht am 16./17.2.1987. Veranstaltet von der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Fachgruppe für Vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht, Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges. 1987, S. 81 ff. (*zitiert: Volken, Das Wiener Übereinkommen*)
- Wagner, Herbert*, Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius – ius gentium und ius naturale in ihrem Verhältnis zum ius civile, Zutphen: Terra Publ. 1978 (*zitiert: Wagner, Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius*)
- Wank, Rolf*, Die juristische Begriffsbildung, München: Beck 1985.
- Weise, Paul-Frank*, Lex mercatoria: Materielles Recht vor der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Frankfurt am Main [u.a.]: Lang 1990 (*zitiert: Weise, Lex mercatoria*)
- Wengler, Wilhelm*, Die Funktion der richterlichen Entscheidung im IPR, in: RabelsZ 16 (1951), S. 1 ff.
- Westphalen, Friedrich Graf von*, Fallstricke bei Verträgen und Prozessen mit Auslandsberührung, in: NJW 1994, S. 2113 ff.
- Whitley, Richard*, The Institutional Structuring of Business Transactions, in: Appelbaum, Richard P./Felstiner, William L. F./Gessner, Volkmar (Hrsg.), Rules and Networks: The Legal Culture of Global Business Transactions, Oxford [u.a.]: Hart 2001, S. 73 ff.
- Wieacker, Franz*, Historische Bedingungen und Paradigmen supranationaler Privatrechtsordnungen, in: Bernstein, Herbert (Hrsg.), Festschrift für Konrad Zweigert: zum 70. Geburtstag, Tübingen: Mohr 1981, S. 575 ff.
- Wieland, Carl*, Rechtsquellen und Weltrecht, in: Recueil d'études sur les sources du droit: En l'honneur de François Gény. – Band 3, Vaduz: Topos [u.a.] 1934, S. 471 ff.
- Will, Michael R.*, CISG: The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods; International Bibliography 1980 - 1995; The first 150 or so decisions 1988 - 1995, Genf: Unité de droit allemand 1995 (*zitiert: Will, The first 150 or so decisions*)
- Will, Michael R.*, Twenty Years of International Sales Law under the CISG: The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods; International Bibliography and Case Law Digest (1980 - 2000), The

Hague [u.a.]: Kluwer Law Internat. 2000 (*zitiert: Will, Bibliography and Case Law*)

Winship, Peter, Changing Contract Practices in the Light of the United Nations Sales Convention, A Guide for Practitioners, in: *Int. L.*, Fall 1995, Vol. 29, No. 3, S. 525 ff.

Zweigert, Konrad, Verträge zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Partnern, in: *Ber.Dt.Ges.VöR* 5 (1964), S. 194 ff.

Zweigert, Konrad/*Drobnig*, Ulrich, Einheitliches Kaufgesetz und IPR, in: *RabelsZ* 29 (1965), S. 146 ff.

Zweigert, Konrad/*Puttfarcken*, Hans-Jürgern, Allgemeines und Besonderes zur Kodifikation, in: *Graveson*, Ronald H. (Hrsg.), *Festschrift für Imre Zajtay = Mélanges en l'honneur d'Imre Zajtay*, Tübingen: Mohr 1982

Zweigert, Konrad/*Kötz*, Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd. I: Grundlagen, 3., neubearb. Aufl., Tübingen: Mohr 1996 (*zitiert: Zweigert/Kötz, Einführung*)