

Dr. Moritz Renner

**Privates Recht und öffentliches Interesse**  
Gemeinwohlbelange im Recht jenseits des Nationalstaats

Der vorliegende Beitrag wurde beim Deutschen Studienpreis 2011 mit einem 1. Preis in der Sektion Geistes- und Kulturwissenschaften ausgezeichnet. Er beruht auf der 2010 an der Universität Bremen eingereichten Dissertation »Zwingendes transnationales Recht - Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates« von Dr. Moritz Renner.

## Privates Recht und öffentliches Interesse

Gemeinwohlbelange im Recht  
jenseits des Nationalstaats

*Wettbewerbsbeitrag zur Teilnahme am Deutschen Studienpreis 2011*

*Dr. Moritz Renner*

Im Mai 2005 verurteilt ein internationales Schiedsgericht mit Sitz in Washington, D.C., die Republik Argentinien zur Zahlung von 133,2 Mio. Dollar an die CMS Gas Transmission Inc., ein Unternehmen mit Sitz im US-amerikanischen Michigan. Die CMS Inc. hatte in den 1990er Jahren Beteiligungen an den zuvor privatisierten argentinischen Gasversorgern erworben. Die dabei abgeschlossenen Lizenzverträge mit der argentinischen Regierung hatten es der CMS Inc. unter anderem erlaubt, die Verbraucherpreise in US-Dollar auf Grundlage des US-amerikanischen Verbraucherpreisindex zu berechnen. Im Gefolge einer schweren Finanz- und Wirtschaftskrise hatte die argentinische Regierung jedoch im Jahr 2002 Notstandsgesetze erlassen, die einerseits den argentinischen Peso gegenüber dem US-Dollar abwerteten, andererseits den Gasversorgern die Preiskalkulation in US-Dollar anhand des US-Preisindex untersagen. Die CMS Inc. sieht hierdurch ihre Investitionen entwertet. Die Republik Argentinien hingegen beruft sich im Schiedsverfahren darauf, dass die Krisengesetze aufgrund des akuten wirtschaftlichen Notstands gerechtfertigt gewesen seien - vergeblich. Die CMS Inc., die sich von einer namhaften internationalen Anwaltskanzlei vertreten lässt, hat auf ganzer Linie Erfolg. Die Notsituation des argentinischen Staates, so argumentiert das Schiedsgericht, rechtfertige jedenfalls nicht eine Verletzung der Verpflichtungen, die Argentinien gegenüber privaten Investoren eingegangen ist.

Das Verfahren findet unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt – ebenso wie Tausende andere Schiedsverfahren, die jedes Jahr von internationalen, meist privaten Streitschlichtungsinstitutionen überall auf der Welt durchgeführt werden. Dabei geht es um unterschiedlichste Fragen, von der Erfüllung grenzüberschreitender Verträge zwischen Unternehmen über die Vergabe von Internetadressen bis hin zu Streitigkeiten zwischen Staaten und ausländischen Investoren wie im Fall CMS gegen Argentinien. Allein vor den Schiedsgerichten der Internationalen Handelskammer in Paris wurden im Jahr 2009 über 800 Verfahren eingeleitet, mehr als 80 Prozent davon hatten einen Streitwert von über einer Million US-Dollar.

Schon lange sind private Schiedsgerichte damit ein ernst zu nehmender Konkurrent der staatlichen Gerichtsbarkeit. »International commercial arbitration has become big legal business, the accepted method for resolving international business dispute«, stellen die Rechtssoziologen *Dezalay* und *Garth* bereits 1995 fest. Dagegen spielen die staatlichen Gerichte bei der Beilegung von Streitigkeiten im internationalen Wirtschaftsverkehr kaum mehr eine nennenswerte Rolle. Die Kammern für Handelsangelegenheiten bei den deutschen Oberlandesgerichten jedenfalls sind nicht der Ort, an dem die wirtschaftlichen Global Players ihre Konflikte austragen. Private Schiedsgerichte gelten als kompetenter, kostengünstiger und schneller; auch die Vertraulichkeit des Verfahrens macht sie besonders attraktiv.

Die Streitbeilegung wird hier zugleich privatisiert und internationalisiert: Die Schiedsrichter werden von den Parteien selbst benannt, üblicherweise bestimmen beide Parteien je einen Schiedsrichter, diese beiden wählen dann gemeinsam einen dritten, und auch das anwendbare Recht wird von den Parteien frei gewählt. So können die Konfliktparteien frei entscheiden, ob ihre Streitigkeit etwa nach deutschem Recht, nach New Yorker Recht oder auch nach »internationalen Handelsbräuchen« beigelegt wird. Diese gleichzeitige Internationalisierung und Privatisierung rechtlicher Streitbeilegung wirft eine Vielzahl ungeklärter Probleme auf.

Zunächst ist der Wettbewerb unterschiedlicher Streitbeilegungsmechanismen für international operierende Unternehmen freilich sehr vorteilhaft: Sowohl private als auch staatliche »Anbieter« dieser Mechanismen müssen sich den Bedürfnissen ihrer »Nachfrager« anpassen, um für diese attraktiv zu bleiben.

Allerdings birgt ein solcher Wettbewerb auch Gefahren. Denn sehr häufig betrifft ein Rechtsstreit nicht nur die Streitparteien, sondern berührt zugleich die Belange Dritter und das öffentliche Interesse. Sollen wirklich private Schiedsrichter, wie im eingangs skizzierten Fall, abschließend über die argentinische Notstandsgesetzgebung entscheiden können? Wer garantiert dafür, dass ein Handelsschiedsgericht bei der Durchsetzung eines internationalen Vertrags auch Korruptionsverbote durchsetzt? Kann über die Zulässigkeit kritischer Internetseiten wie »walmartsucks.org« auch dann in einem schiedsgerichtlichen Eilverfahren entschieden werden, wenn sich der Betreiber der Seite auf sein Grundrecht auf Meinungsfreiheit beruft?

Alle diese Probleme sind keineswegs theoretischer Natur, sondern stellen sich internationalen Schiedsgerichten in ihrer ganz alltäglichen Praxis. Internationalisierung und Privatisierung des Rechts werfen dabei vor allem die Frage auf, ob das von privaten Schiedsgerichten gesprochene Recht jenseits des Staates nur den individuellen Zwecksetzungen ökonomischer Akteure dient oder ob es auch die Belange der Allgemeinheit angemessen reflektieren kann.

Für das staatliche Recht ist nämlich allgemein anerkannt, dass dieses nicht nur privaten, sondern auch öffentlichen Interessen dient (dazu unten I). Dass jedoch das staatliche Recht durch die Globalisierung in bisher ungekannter Weise herausgefordert wird, ist heute kaum mehr zu leugnen. Ob hieraus aber

notwendigerweise ein regulatorisches »race to the bottom« folgt, ein Unterbietungswettbewerb hinsichtlich rechtlicher Schutzstandards, ist durchaus umstritten (dazu unten II). Geklärt werden kann diese Frage nur, wenn jene Prozesse der Normentstehung ganz konkret beschrieben werden, die heute vielfach als »transnationales Recht« bezeichnet werden (dazu unten III). Auf dieser Grundlage ist die Frage dann in erster Linie empirisch zu beantworten: durch eine Untersuchung der Praxis internationaler Schiedsregimes (dazu unten IV). Von der konkreten Antwort auf die Frage nach der Berücksichtigung von Gemeinwohlbelangen im transnationalen Recht hängt es schließlich ab, ob und wie die nationalen Gesetzgeber auf die Transnationalisierung des Rechts reagieren können oder auch sollten (dazu unten V).

## I. Eigennutz und Gemeinwohl im Recht

Was aber ist überhaupt gemeint, wenn es heißt, das Recht diene dem Interesse der Allgemeinheit, dem Gemeinwohl? Der Begriff des Gemeinwohls ist seit jeher ein Zentralbegriff der Rechts- und Staatsphilosophie, seine Bedeutung allerdings hat sich im Verlauf der Geschichte wesentlich gewandelt. Während der Gemeinwohlbegriff in der antiken Philosophie bei *Platon* und *Aristoteles* noch substanzialistisch und durchaus auch mit autoritären Zügen im Sinne eines guten tugendhaften Lebens in der Gemeinschaft definiert wird, kommt es in der Moderne mit *Hobbes* zu einem Paradigmenwechsel: Die allgemeinverbindliche rechtlich-politische Ordnung einerseits und die nur individuell zu verwirklichende ethisch-moralische Ordnung andererseits werden nun streng voneinander getrennt. *Kant* schließt einerseits an diese Gedanken an, indem er den Zweck des Staates als Einhegung ungebundener individueller Freiheit bestimmt, andererseits entwickelt er sie entscheidend fort, indem er im Staat und in der Geltung des Rechtsgesetzes zugleich die Voraussetzungen für die sinnvolle Verwirklichung von Freiheit erblickt. Der Gemeinwohlbegriff wird damit verdrängt durch einen formalen Freiheitsbegriff. Parallel zu dieser Bewegung auf dem Gebiet der Philosophie formulieren in der politischen Ökonomie *Mandeville* und *Adam Smith* eine Neubestimmung des Verhältnisses von Privat- und Gemeininteressen unter dem segensreichen Wirken der »invisible hand« des Marktes.

Erst im 19. Jahrhundert beginnen sich im Gefolge der industriellen Revolution diese liberalen Staats- und Gemeinwohlvorstellungen tatsächlich durchzusetzen, sie bleiben aber von Anfang an nicht ohne Kritik. Die immer deutlicher zutage tretende soziale Frage führt schon früh zu gegenläufigen Bewegungen. Diese Bewegungen schließen vor allem an die *Hegel'sche* Rechtsphilosophie an. Geteilter Grundgedanke dabei ist, dass das Gemeinwohl mehr sein müsse als die Summe der Privatinteressen egoistisch handelnder Individuen und dass sich dieses Gemeinwohl erst in gesellschaftlichen Institutionen verwirkliche. Notwendigerweise nimmt danach der Staat für die Verwirklichung des Gemeinwohls eine zentrale Rolle ein. Diese Position wird, etwa bei *Gierke*, auch ganz ausdrücklich zum politischen Postulat eines kommunitären Gegenentwurfs zur liberalen Rechts- und Staatphilosophie gewendet: »Eine

Privatrechtsordnung, die ihres sozialen Berufes eingedenk ist, wird zugleich auf einen materiellen Schutz der durch die Vertragsfreiheit gefährdeten Gesellschaftsschichten gegen den Druck wirtschaftlicher Übermacht hinarbeiten müssen.«

Zusammengeführt werden die widerstreitenden Positionen, die liberale wie die kommunitäre, letztlich erst im Verfassungs- und Wohlfahrtsstaat der Spätmoderne. Nach der Perversion des Gemeinwohlbegriffs durch den Nationalsozialismus schließt die deutsche Verfassungsentwicklung nach 1945 umso entschiedener an die aufklärerisch-vernunftrechtliche Traditionslinie des Liberalismus an und rekurriert mit den Grundrechten auf ein freiheitliches Menschenbild, das jede staatliche Freiheitseinschränkung begründungsbedürftig macht. Das Grundgesetz sichert damit individuelle wie kollektive Autonomieräume, in denen die Verfolgung partikularer Interessen ohne staatliche Interferenz ermöglicht wird. Auf der anderen Seite aber sind nur wenige Freiheitsrechte schrankenlos gewährleistet, im Übrigen stehen sie immer unter dem Vorbehalt einer Einschränkung durch den demokratischen Gesetzgeber, sofern diese im öffentlichen Interesse liegt. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass ein über die Summe individueller Interessen hinausreichendes Gemeinwohl durchaus existiert, dieses aber nicht abschließend und autoritativ definiert werden kann. Der Gemeinwohlbegriff ist damit im liberalen Verfassungsstaat notwendig offen, seine Bestimmung wird bewusst dem politischen Prozess überlassen. Im Recht spiegelt sich die Gegenüberstellung von individuellen Freiheitsrechten einerseits und überindividuellem Gemeinwohl andererseits als Zweiteilung der Rechtsordnung in Privatrecht auf der einen und öffentliches Recht auf der anderen Seite. Mitte des 19. Jahrhunderts bestimmt etwa *Savigny* »Staatsrecht« und »Privatrecht« als die zwei wesensverschiedenen Teilgebiete des Rechts. Das Privatrecht ist hier das Recht, mit dem freie und gleiche Bürger ihre Rechtsbeziehungen eigenständig durch Vertrag regeln, während das öffentliche Recht oder »Staatsrecht« hoheitliche Maßnahmen des Staates regelt. Mit der Entfaltung des Interventionsstaates seit Beginn des 20. Jahrhunderts wird diese idealtypische Trennung allerdings sehr stark relativiert, da nun der steuernde, umverteilende Staat immer stärker einerseits ins Wirtschaftsgeschehen einzugreifen beginnt, andererseits auch selbst als Wirtschaftssubjekt agiert.

Dennoch ist die Trennung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht nicht etwa zusammen mit der Privatrechtstheorie des 19. Jahrhunderts untergegangen, sondern bleibt bis heute wirkmächtig. Auch das Grundgesetz bestätigt im Sinne einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung die zentrale und eigenständige Stellung des Privatrechts in der Rechtsordnung. Zugleich aber folgt aus dem Vorrang der Verfassung, dass das Privatrecht eng an Gemeinwohlbelange gebunden bleibt. Das Privatrecht ist im Verfassungsstaat des Grundgesetzes zwar einerseits staatsferner Freiraum individueller Lebensgestaltung, ist aber andererseits auch Teil einer Gesellschafts- und Rechtsordnung, welche die Letztverantwortung für die Bereitstellung kollektiver Güter im politischen Raum verortet.

Die Gegenüberstellung von privaten und öffentlichen Interessen macht allerdings nicht an der Scheidelinie von öffentlichem Recht und Privatrecht halt, sondern spiegelt sich auch innerhalb des

Privatrechts selbst. Rekonstruiert wird der Gegensatz hier vor allem als Frage nach Inhalt und Grenzen der Privatautonomie. Der Grundsatz der Privatautonomie besagt, dass der Einzelne seine Rechtsbeziehungen nach seinem eigenen Willen regeln kann. Beschränkt ist die Privatautonomie allein durch sogenannte zwingende Normen. Dies sind insbesondere Normen, die dem Schutz von Dritt- und Allgemeininteressen dienen. Sie werden deshalb als zwingend bezeichnet, weil sie der Disposition der Parteien entzogen sind. Zwingende Normen im Privatrecht dienen heute einer Vielzahl politisch determinierter Zwecke, die sich nicht abschließend systematisieren, sondern allenfalls skizzenhaft umreißen lassen.

(1) Zunächst sollen zwingende Rechtsnormen als Marktordnungsrecht im Sinne ordoliberaler Gesellschaftstheorie fungieren, das eine ungestörte und effiziente Entfaltung privatautonomer Markthandels gewährleistet. Dieses Marktordnungsrecht, dessen Keim wohl schon im unabdingbaren Gebot von »Treu und Glauben« liegt, umfasst insbesondere das Wettbewerbsrecht, welches im Grundsatz die Schaffung einer herrschaftsfreien Sozialordnung dem freien Spiel der Marktkräfte überlässt, hierfür aber gleichsam die »Kampf- und Spielregel« (Böhm) zur Verfügung stellt. Aus diesem Regelungsanliegen erklärt sich maßgeblich die Antikartellgesetzgebung auf deutscher und europäischer Ebene nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs. Über das Wettbewerbs- und Kartellrecht hinaus finden sich marktfunktionale Rechtsnormen etwa im strafrechtlichen Verbot der Bestechung und Vorteilsnahme.

(2) Grundsätzlich zwingend geregelt sind im Bereich des Privatrechts zudem Normen mit drittschützendem Charakter. Das ergibt sich schon daraus, dass der Vorrang der Vertragsfreiheit vor gesetzlichen Regeln mit Blick auf ihre bessere Eignung zur Interessenwahrnehmung grundsätzlich nur dort gilt, wo es allein um die Interessen der Vertragsparteien geht. Gerade im Sachenrecht etwa, das wesentlich auf der Rechtsfigur sogenannter absoluter Rechte aufbaut, die notwendigerweise in den Freiheitsraum dritter Personen eingreifen, sind der privatautonomeren Gestaltung deshalb in Gestalt des Typenzwangs von vornherein enge Grenzen durch zwingendes Recht gezogen. Gleiches gilt für das Gesellschaftsrecht, wo der Schutz von Gläubigern als der Gesellschaft außenstehender Dritter immer wesentliches Regelungsanliegen ist.

(3) Von zunehmender Bedeutung sind gerade im Vertragsrecht zwingende Normen, die dem Schutz einer strukturell schwächeren Vertragspartei dienen sollen. Angesichts der faktischen wirtschaftlichen Übermacht der Gegenseite droht nämlich vielfach die formelle Vertragsfreiheit zu einem »inhaltslosen Recht des Stärkeren« zu werden, wenn ihr keine Grenzen gesetzt werden - so formuliert es das Bundesverfassungsgericht. Dass dabei auch distributive Zwecke durch privatrechtlich zwingende Normen verfolgt werden können, ist weitgehend anerkannt. Schon früh werden daher weite Bereiche des Vertragsrechts, insbesondere im Arbeits- und Mietrecht, der privatautonomeren Gestaltung entzogen. Besonders deutlich zeigt sich dieses Schutzanliegen in jüngerer Zeit auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes, wo der Gesetzgeber mit unterschiedlichsten Instrumenten des zwingenden Rechts versucht, eine (unterstellte) Störung der Vertragsparität zu beheben.

(4) Über diese spezifischen Schutzzwecke hinaus dienen zwingende Normen im Privatrecht auch dem Schutz einer bestimmten rechtlich konkretisierten Verhaltens- und Werteordnung schlechthin. So sind nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch Rechtsgeschäfte, die gegen ein strafrechtliches Verbot oder gegen die »guten Sitten« verstoßen, unwirksam.

## II. Globalisierung des Rechts – Privatisierung des Rechts?

Allerdings ist das Ordnungsgefüge des zwingenden Rechts nach wie vor eng verbunden mit der rechtlich-politischen Form des Nationalstaats. Die Geltung zwingender Rechtsnormen reicht nämlich immer nur so weit wie die Regelungsbefugnis des Normsetzers, sie ist daher im Grundsatz territorial begrenzt und auf die Normanwendung durch staatliche Gerichte beschränkt. In Bezug auf solche Gesetze, die »auf sittlichen Gründen« oder »auf Gründen des öffentlichen Wohls« beruhen, so formuliert schon *Savigny*, erscheint »jeder Staat für sich als völlig abgeschlossen«. Jedoch machen gerade privatrechtliche Sachverhalte an Staatsgrenzen nicht halt. Insbesondere die enorme Zunahme grenzüberschreitenden Handels hat in den letzten Jahrzehnten dazu geführt, dass die internationale Wirtschaft sich nur noch als globales Funktionssystem begreifen lässt.

In Fallkonstellationen mit grenzüberschreitendem Bezug ist die Durchsetzung zwingender Rechtsnormen einer bestimmten Rechtsordnung allerdings problematisch. Das Internationale Privatrecht (IPR) erlaubt es den Parteien eines grenzüberschreitenden Vertrags nämlich, das auf ihren Vertrag anwendbare Recht frei zu wählen, was auch zu einer Abbedingung innerstaatlich zwingender Normen führen kann. Zudem kann die Geltung des innerstaatlich zwingenden Rechts oftmals auch durch die Wahl eines bestimmten Gerichtsstands umgangen werden. In beiden Fällen wird jedoch die Einbettung privatrechtlicher Verträge in den regulativen Zusammenhang der nationalstaatlichen Gesamtrechtsordnung durch ein komplexes Zusammenspiel unterschiedlicher Rechtsregeln gewährleistet.

Insbesondere die sogenannten »Eingriffsnormen« oder »international zwingende Normen« sorgen dafür, dass die Rechtswahlfreiheit der Vertragsparteien dort ihre Grenzen findet, wo zwingende Regeln, so der Bundesgerichtshof, »nicht nur dem Schutz und Ausgleich widerstreitender Interessen der Vertragsparteien und damit reinen Individualbelangen dienen, sondern daneben zumindest auch öffentliche Gemeinwohlinteressen verfolgen«. Diese eher vage und formelhafte Umschreibung verweist darauf, dass das IPR im Grundsatz davon ausgeht, dass die Vertragsparteien selbst am besten dazu in der Lage sind, das für ihre Beziehung »passende« Recht zu wählen, besser sogar als der nationale Gesetzgeber. Dass der Gesetzgeber bestimmte Regeln für zwingend hält, soll für sich genommen daher nicht ausreichend sein, um die Freiheit der Parteien zu beschränken. Nur solche Normen, die tatsächlich »auch öffentliche Gemeinwohlinteressen verfolgen«, sind als Eingriffsnormen »international zwingend«

und werden von den staatlichen Gerichten auch entgegen einer anderweitigen Rechtswahl der Parteien angewandt.

Daneben schreibt der »ordre public« den staatlichen Gerichten vor, »Rechtsnorm eines anderen Staates (...) nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts nicht vereinbar ist« (Art. 6 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch). Schließlich verhindert im europäischen Kontext die Vereinheitlichung gerichtlicher Zuständigkeiten in den sogenannten Brüssel-Verordnungen eine Umgehung international zwingenden Rechts durch eine strategische Gerichtsstandswahl der Parteien (»forum shopping«).

Diese Mechanismen des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts versagen allerdings dort, wo Private ihre Streitigkeiten gänzlich außerhalb des (staatlichen) Rechts beilegen. Ein solches »opting out of the legal system« (Bernstein) ist bei grenzüberschreitenden Transaktionen häufig, weil hier Unwägbarkeiten bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts, divergente oder sich überschneidende gerichtliche Zuständigkeiten und international uneinheitliche Maßstäbe für die Anerkennung ausländischer Urteile zu einer »konstitutionellen Unsicherheit« (Schmidt-Trenz) führen. Die rechtsökonomische und rechtssoziologische Literatur beschreibt vor diesem Hintergrund eine Vielzahl funktioneller Äquivalente zum staatlichen Privatrecht.

So kann es in bestimmten Fällen für ökonomische Akteure sinnvoll sein, eine Transaktion dem Marktmechanismus gänzlich zu entziehen, indem sie in eine hierarchische Unternehmensstruktur integriert wird (»make-or-buy decision«). Hierin liegt ein wesentlicher Grund für die zunehmende Konzentration von Märkten durch multinationale Unternehmen. Aber auch im Rahmen vertraglicher Beziehungen sind unterschiedliche Mechanismen denkbar, die dazu dienen, Konflikte auch ohne Rückgriff auf das staatliche Rechtssystem zu lösen. Dies wird in Rechtssoziologie wie Rechtsökonomie vor allem unter dem Stichwort relationaler Vertragsbeziehungen diskutiert. Die notwendigerweise unvollständigen Verträge im Rahmen längerfristiger Geschäftsbeziehungen werden danach durch relationale Normen, d.h. gegenseitige Verhaltenserwartungen, die sich im Verlaufe der Geschäftsbeziehung herausbilden, ergänzt. Diese relationalen Normen bedürfen keiner äußeren Sanktionierung, wenn der Wert einer Geschäftsbeziehung von den beteiligten Akteuren höher eingeschätzt werde als der Gewinn, der sich mit einem Vertragsbruch erzielen ließe. In anderen Fällen können die gegenseitigen Verhaltenserwartungen der Parteien mit Hilfe von Sanktionsmitteln durchgesetzt werden, die den Parteien selbst zur Verfügung stehen, etwa durch den Abbruch der Geschäftsbeziehung oder die Verweigerung zukünftiger Geschäftsmöglichkeiten.

Relationale Normen werden in der Praxis oftmals ergänzt durch eine Einbeziehung (privater) Dritter in das Vertragsverhältnis. Insbesondere in traditionsreichen Branchen sind Transaktionen nämlich in der Regel eingebettet in die netzwerkartigen Strukturen sogenannter F-Connections (»families, friends, firms«) und den daraus erwachsenden sozialen Normen unterworfen. In diesen Zusammenhängen spielt für die Marktteilnehmer ihre Reputation eine entscheidende Rolle: Verstöße gegen die informellen



Normen eines Sozialbereichs werden mit Ächtung oder dem Ausschluss aus bestimmten Märkten geahndet. In jüngeren Branchen, etwa der Softwarebranche, können diese regulativen Funktionen gewachsener sozialer Strukturen durch unabhängige Dritte wie insbesondere Standardisierungs- und Zertifizierungsorganisationen wahrgenommen werden.

Auch die Streitschlichtung wird in diesem Zusammenhang zunehmend privaten Institutionen überantwortet, die im Konfliktfall als unparteiische Dritte agieren können. Anbieter von »Alternative Dispute Resolution« (ADR) außerhalb der staatlichen Gerichte können ein stetiges Wachstum ihrer Fallzahlen verzeichnen. ADR-Verfahren reichen von der informellen Mediation bis zum rechtsförmigen Schiedsverfahren. Dabei besteht zwischen den Anbietern privater Streitschlichtungsmechanismen, anders als zwischen staatlichen Gerichten, schon deshalb ein gut funktionierender Wettbewerb, weil sich die entsprechenden Institutionen (wie auch die Schiedsrichter selbst) über Gebühren finanzieren.

In der Praxis des internationalen Handels werden die unterschiedlichen Formen privater Ordnung einzelfallspezifisch miteinander kombiniert, zum Teil wird durchaus auch auf das staatliche Rechtssystem als Unterstützungsstruktur zurückgegriffen. Dabei kann im internationalen Handel vielfach an Normstrukturen angeknüpft werden, die dem staatlichen Handelsrecht geschichtlich vorausliegen. Schon bevor nämlich im 19. Jahrhundert die ersten staatlichen Kodifikationen des Handelsrechts geschaffen wurden, verfügte der Handel über ein gut funktionierendes institutionelles Gefüge zur Absicherung auch von grenzüberschreitenden Transaktionen. Insbesondere das Zunftwesen und die mittelalterliche *lex mercatoria*, das ungeschriebene Recht der Kaufmannschaft, sind Beispiele für die weitestgehend staatsferne Organisation des vormodernen Handels.

### III. Die transnationale Konstellation

Heute ist vielfach schon die Rede vom Entstehen einer »neuen *lex mercatoria*«, da die staatlichen Rechtsordnungen im internationalen Wirtschaftsverkehr immer stärker von privaten Ordnungsmechanismen verdrängt werden. Durch den Rückgriff auf private Ordnungsmechanismen entziehen private Akteure ihre Beziehungen nicht nur einer bestimmten nationalen Rechtsordnung, sondern regeln ihre wirtschaftlichen Beziehungen in weiten Teilen überhaupt außerhalb des (staatlichen) Rechts, das die Normbildungsprozesse im internationalen Handel allenfalls noch punktuell zu beeinflussen scheint. Grenzüberschreitende Transaktionen werden außerhalb staatlicher rechtlicher Institutionen abgewickelt, und damit auch jenseits der Reichweite zwingenden Rechts.

Beispielhaft zeigt sich diese Entwicklung in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, die als private Streitschlichtungsinstitution dem internationalen Handel eine besonders attraktive Alternative zu den staatlichen Gerichten bietet. Im Unterschied zu anderen Formen außergerichtlicher Streitbeilegung wie der Mediation wird das Schiedsverfahren, obschon von privaten Schiedsrichtern durchgeführt, mit einer

für die Parteien bindenden Entscheidung des Spruchkörpers abgeschlossen. Da es in der Schiedsgerichtsbarkeit meist an einem Instanzenzug fehlt, können gegen diese Entscheidung in der Regel keine Rechtsmittel eingelegt werden.

Angesichts der konstitutionellen Unsicherheit grenzüberschreitender Geschäftsbeziehungen sind private Schiedsgerichte für die Akteure des internationalen Handels ein zumindest gleichwertiger, in vielerlei Hinsicht gar überlegener Ersatz für die staatliche Gerichtsbarkeit. Nicht nur im Wirtschaftsverkehr mit Entwicklungs- und Schwellenländern stellt der Weg zu den nationalen Gerichten für die Vertragsparteien in vielen Fällen von vornherein keine realistische Handlungsoption dar. Denn bei grenzüberschreitenden Transaktionen sind nationale Gerichte oftmals schlichtweg nicht in der Lage, die Durchsetzung von Verträgen auch faktisch garantieren zu können, da es nach wie vor an einem weltweiten Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen für nationale Gerichtsentscheidungen fehlt. Internationale Schiedssprüche dagegen sind auf der Grundlage völkerrechtlicher Verträge wie des New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche nahezu weltweit vollstreckbar.

Daneben stellen die oft von Experten besetzten Schiedskörper mit ihren zum Teil recht idiosynkratischen Methoden der Rechtsfindung sicher, dass ihre Entscheidungen den Parteiinteressen im branchenspezifischen Kontext auch tatsächlich zur Geltung verhelfen. Die schiedsgerichtliche Streitbeilegung fügt sich insoweit nahtlos in die Mechanismen privater Ordnung ein. Während beim Gang vor die staatlichen Gerichte immer die Gefahr besteht, dass durch eine formalistische Auslegung der Vertragsbestimmung die tatsächlich bestehenden relationalen Beziehungen der Parteien aufs Spiel gesetzt werden, zielt das Schiedsverfahren im Ausgangspunkt auf eine kooperative Streitbeilegung ab. Das Zusammenspiel schiedsgerichtlicher Konfliktlösung etwa mit brancheninternen Reputationsmechanismen wird eindrucksvoll dadurch belegt, dass zum einen die weit überwiegende Mehrzahl aller Schiedssprüche von den Parteien freiwillig befolgt wird und zum anderen die Vergleichsquote deutlich höher liegt als in der nationalen Gerichtsbarkeit.

Nach wie vor wächst daher die Anzahl der Streitigkeiten im internationalen Handelsverkehr, die durch privat eingesetzte Schiedsgerichte auf vertraglicher Grundlage beigelegt werden. Eine herausgehobene Rolle nimmt dabei der International Court of Arbitration der Internationalen Handelskammer (ICC) ein, unter dessen Ägide und Verfahrensordnung ein großer Teil der internationalen Schiedsverfahren auf dem Gebiet des Handelsrechts geführt wird. Aber auch im klassischerweise zwischenstaatlich geprägten geregelten Investitionsschutzrecht werden heute vom International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) Streitigkeiten zwischen privaten Investoren und ihrem Anlagestaat schiedsgerichtlich beigelegt. Am anderen Ende des weiten Spektrums schiedsgerichtlicher Konfliktlösung stehen Streitbeilegungsverfahren der Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) im Rahmen von Markenrechtsstreitigkeiten bei der Vergabe von Internetadressen.

Zusammenfassen kann man diese unterschiedlichen Ausprägungen schiedsgerichtlicher Streitbeilegung unter dem Terminus der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit. Als internationale Schiedsgerichtsbarkeit gilt im Allgemeinen jede Form der Schiedsgerichtsbarkeit, die »irgendwie geartete internationale Aspekte« aufweist, das heißt, eine Auslandsberührung kann entweder in Bezug auf den Entscheidungssachverhalt oder in verfahrenstechnischer Hinsicht bestehen. Als Wirtschaftsschiedsgerichte sollen hier, ausgehend von dem in der englischsprachigen Literatur dominanten Begriff der «Commercial Arbitration» alle Schiedsgerichte verstanden werden, die Streitigkeiten aus «relationships of a commercial nature, whether contractual or not» betreffen. Dies schließt Streitigkeiten ein, an denen Staaten beteiligt sind, sofern diese zumindest auch privatwirtschaftlich handeln.

Inwieweit es sich bei der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit um einen Mechanismus privater Ordnung handelt, ist im Einzelnen streitig, da die Schiedsgerichtsbarkeit in vielerlei Hinsicht mit der staatlichen Gerichtsbarkeit interagiert. Dieser Streit kann hier im Einzelnen nicht nachgezeichnet werden, festzuhalten bleibt aus der Diskussion aber Folgendes: Internationale Schiedsgerichte sind jedenfalls nicht unmittelbar an das Recht ihres Sitzstaats gebunden, ihre Rechtsanwendung kann im Wesentlichen nur *ex post* von den staatlichen Gerichten kontrolliert werden, wenn eine der Parteien hier die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs betreibt. Zu derartigen Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren kommt es aber angesichts der freiwilligen Unterwerfung der Parteien unter den Schiedsspruch nur äußerst selten, sodass eine umfassende Kontrolle der Schiedsgerichtsbarkeit durch die staatlichen Gerichte illusorisch ist.

Daraus folgt aber auch, dass die Berücksichtigung zwingender Rechtsnormen in der Schiedsgerichtsbarkeit durch äußere Vorkehrungen kaum zu sichern ist. Daher wird in der Literatur seit Langem diskutiert, ob und inwieweit internationale Schiedsgerichte an zwingende Rechtsnormen gebunden und damit über die Parteiinteressen hinaus auch dem Gemeinwohl verpflichtet sind. Die Frage ist bisher weitgehend unbeantwortet.

#### **IV. Gemeinwohl jenseits des Staates**

Eine Antwort auf diese Frage habe ich auf der Grundlage einer umfassenden Untersuchung der Spruchpraxis internationaler Schiedsgerichte, insgesamt über 400 Entscheidungen, entwickelt. Dabei zeigte sich, dass auch im Recht jenseits des Staates Gemeinwohlbelange reflektiert werden: in einem zwingenden transnationalen Recht, das einerseits an die Strukturen des staatlichen zwingenden Rechts anschließt, andererseits aber auch deutlich darüber hinausweist. Gegenstand meiner Untersuchung waren drei unterschiedliche Schiedsregimes: die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit der ICC, die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit des ICSID und die Domain-Name-Schiedsgerichtsbarkeit der ICANN.

Für die unterschiedlichen Schiedsregimes stellen sich je unterschiedliche Probleme mit Gemeinwohlbezug, die aber durchaus in vergleichbaren Strukturen bearbeitet werden.

Die Handelsschiedsgerichtsbarkeit hat es in erster Linie mit klassischen Konflikten im internationalen Wirtschaftsverkehr zwischen Unternehmen zu tun. Es geht um grenzüberschreitende Kaufverträge, Lizenzverträge, Werkverträge, die in erster Linie die wirtschaftlichen Interessen der Vertragsparteien betreffen. Aber auch hier wird die Frage nach der Anwendbarkeit zwingender Normen immer wieder aufgeworfen, einem erfahrenen Schiedsrichter zufolge sogar in mehr als jedem zweiten Verfahren. Häufig haben Schiedsgerichte etwa Verträge zu beurteilen, die gegen das Kartellverbot des US-amerikanischen oder des EU-Rechts verstoßen, die aufgrund von Bestechung zustande gekommen sind (und damit in wohl jeder nationalen Rechtsordnung als nichtig anzusehen wären) oder die bestimmte Schwächerenschutzstandards, etwa die des europäischen Handelsvertreterrecht verletzen. In all diesen Fällen argumentieren internationale Schiedsgerichte mit zwingendem Recht. Teilweise nehmen sie Bezug auf die nationalen Rechtsordnungen, teilweise berufen sie sich aber auch auf einen genuin transnationalen *ordre public*, der jenseits des staatlichen Rechts einerseits und des zwischenstaatlichen Völkerrechts andererseits elementare Grundwerte sicherstelle, die allen Rechtsordnungen gemein seien. Diese unterschiedlichen Argumentationsstränge verschmelzen zu einem zwingenden transnationalen Recht, das hierarchisch gegliedert ist: An seiner Spitze stehen die überstaatlichen Normen des transnationalen *ordre public*, sie werden ergänzt durch den Verweis auf die zwingenden Normen der nationalen Rechtsordnungen.

Beispielhaft illustriert dies ein Schiedsspruch aus dem Jahr 1992, in dem es um einen Werkvertrag zwischen einem brasilianischen und einem US-amerikanischen Unternehmen geht, den die Vertragsparteien dem brasilianischen Recht unterstellt haben. Aufgrund des entsprechenden Vorbringens einer der Parteien, der Vertrag sei durch Bestechung zustande gekommen, prüft hier das Schiedsgericht zunächst, ob der Vertrag nicht wegen eines Verstoßes gegen den US-amerikanischen Racketeer-Influenced and Corrupt Organizations ACT (RICO Act) aufzuheben sei. Dies wird mit dem Argument verneint, dass der Fall keinen hinreichenden Bezug zur US-Rechtsordnung aufweise. Sodann stellt das Schiedsgericht aber fest, dass der Vertrag am transnationalen *ordre public* zu messen sei, der letztlich auch gegenüber dem RICO Act Vorrang beanspruche. Denn das Korruptionsverbot gelte mittlerweile als so elementarer Bestandteil einer allgemein entwickelten Rechtsordnung, dass es unabhängig vom ansonsten anwendbaren Recht Berücksichtigung finden muss.

In der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, die sich mit Konflikten zwischen Staaten und ausländischen Investoren befasst, ist sehr viel offensichtlicher, dass hier Rechtskonflikte mit Gemeinwohlbezug verhandelt werden. Wie im eingangs geschilderten Fall CMS gegen Argentinien geht es oftmals darum, ob ein Staat sich auf sein eigenes, zwingendes, Recht berufen kann, wenn das zu einer Verletzung seiner (vertraglichen) Verpflichtungen gegenüber ausländischen Investoren führt. Das nationale zwingende Recht wird dabei insbesondere durch völkerrechtliche Normen relativiert, die einen Mindestschutz

ausländischen Eigentums vorsehen. Zugleich beginnen aber auch hier, insbesondere seit den Verfahren zur argentinischen Finanzkrise, die Schiedsgerichte Wege zu finden, um eine Anwendung zwingenden Rechts auch entgegen den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien zu ermöglichen. So wird zum einen auf die Figur des völkerrechtlichen Staatsnotstands zurückgegriffen, zum anderen gewinnt aber auch die Argumentation mit einem *ordre public transnational* zusehends an Bedeutung. Das geht so weit, dass in einigen jüngeren Verfahren Entwicklungsländer sich auf die Bestechlichkeit ihrer eigenen (früheren) Regierungen berufen haben, um sich von erdrückenden Verträgen mit ausländischen Kapitalgebern zu lösen.

Eine sehr spezifische, gleichwohl sehr häufige Problematik zwingenden Rechts zeigt sich schließlich in der Spruchpraxis der Schiedsgerichte der ICANN, welche anlässlich von markenrechtlichen Konflikten über die Vergabe von Internet-Domains entscheiden. Anlass ist das sogenannte »Cyber-Squatting«, eine Art digitaler Hausbesetzung, bei der durch die Registrierung einer bestimmten Domain gegen die Rechte eines Markeninhabers verstoßen wird. So hatten Schiedsgerichte der ICANN darüber zu entscheiden, ob die von Kritikern der US-Handelskette WalMart betriebene Seite »walmartsucks.org« zu löschen war. Demgegenüber beriefen sich die Betreiber der Seite auf ihr Grundrecht auf Meinungsfreiheit (»free speech«), wiederum einen Grundsatz, der in einer Vielzahl von Rechtsordnungen als zwingende Norm gilt.

In diesem und ähnlichen Fällen haben die Schiedsgerichte der ICANN eine eigene Kasuistik zwingenden Rechts entwickelt, die teilweise auf nationale oder regionale Standards zurückgreift wie die US-amerikanische Verfassung (hier das sogenannte First Amendment zur Meinungsfreiheit) und die Europäische Menschenrechtskonvention, teilweise aber auch auf genuin transnationale Standards rekurriert, gleichsam den *ordre public* der im Entstehen begriffenen *lex digitalis*.

In der schiedsgerichtlichen Spruchpraxis gewinnt damit das zwingende transnationale Recht als ein mehrstufiges System gemeinwohlbezogener Normen immer klarere Konturen – umso deutlicher, je mehr schiedsgerichtliche Entscheidungen veröffentlicht werden und durch Bezugnahmen aufeinander verweisen. So entsteht zugleich im überstaatlichen Raum das Fundament einer transnationalen Wirtschaftsverfassung, verstanden als eine rechtlichen Ordnung, die individuelle ökonomische Interessen und die politische definierten Belange der Allgemeinheit miteinander vermittelt.

## V. Ausblick

Was aber folgt aus der Entstehung einer transnationalen Wirtschaftsverfassung für die nationalen Rechtsordnungen, die nationalen Gesetzgeber? Wie können und sollten der Nationalstaat und sein Recht reagieren?

Drei Überlegungen sollten hierfür leitend sein. Erstens gilt es anzuerkennen, dass jenseits der nationalen Rechtsordnungen und des Völkerrechts eine neue, transnationale Form des Rechts entsteht, die mit den hergebrachten Rechtsquellen zwar interagiert, von diesen aber nicht determiniert wird. Zweitens ist davon auszugehen, dass Gemeinwohlinteressen auch im überstaatlichen Recht in Gestalt zwingender Normen Berücksichtigung finden, wenn dieses überstaatliche Recht grundlegenden Verfahrensvoraussetzungen genügt. Diese gilt es, drittens, mit den verbleibenden Einflussmöglichkeiten des staatlichen Rechts zu sichern und zu fördern.

Denn einiges spricht dafür, dass es das prozessförmige Verfahren selbst ist, das unter der Maxime »audiatur et altera pars« garantiert, dass alle entscheidungsrelevanten Gesichtspunkte gehört werden. Vielfach wird es dabei im Eigeninteresse einer der Streitparteien liegen, auch zwingende Normen als Repräsentanten des öffentlichen Interesses in das Spiel der Argumente einzuführen. Beispielsweise wird die Nichtigkeit eines privatrechtlichen Vertrags aufgrund von Verstößen gegen Wettbewerbsrecht regelmäßig für eine der Parteien vorteilhaft sein.

Allerdings versagen die Parteien als »Funktionäre der Gesamtrechtsordnung« notwendigerweise dort, wo sie ein übereinstimmendes Interesse an der Umgehung dritt- oder allgemeinschützender Normen haben. Gerade in diesen Bereichen wird allerdings die Interaktion der Schiedsgerichte mit der nationalen Gerichtsbarkeit relevant. Insbesondere im Bereich der Handelsschiedsgerichtsbarkeit ist durch die einschlägigen zwischenstaatlichen Abkommen zumindest eine Residualkontrolle der schiedsgerichtlichen Rechtsanwendung durch die staatlichen Gerichte gewährleistet. Freilich fehlt es etwa in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit an vergleichbaren Kontrollmechanismen, während im Verhältnis der ICANN-Schiedsgerichtsbarkeit zu den staatlichen Gerichten der USA nach wie vor vieles ungeklärt ist.

Abhilfe verspricht auf lange Sicht nur eine Angleichung der Schutzstandards zwingenden Rechts, die von internationalen Schiedsgerichten auf der einen und nationalen Gerichten auf der anderen Seite angewandt werden – bei gleichzeitiger Stärkung der gegenseitigen Einflussnahmemöglichkeiten auf verfahrensrechtlicher Ebene. Hier liegt die aktuelle Herausforderung für die Rechtspraxis ebenso wie für die Gesetzgebung. Die Spruchpraxis der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zeigt allerdings schon jetzt, welche Gestalt eine Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates annehmen könnte, die mehrstufig strukturiert ist und sowohl nationales wie auch überstaatliches zwingendes Recht integriert.