

Private Ordnung und öffentliche Interessen

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir haben eben von Kants Antwort auf die Globalisierung gehört, und auch mein Vortrag befasst sich mit der Globalisierung. Allerdings geht es mir weniger um eine Antwort auf die Globalisierung als um die Formulierung einer **Frage**, die durch die Globalisierung aufgeworfen wird. Außerdem hätte diese Frage wohl eher **Hegel** als Kant gestellt. Ausgangspunkt meines Vortrags ist nämlich die Frage, welche Folgen die Globalisierung für das Verhältnis von privaten und öffentlichen Interessen hat. Diese Frage stellt sich deshalb, weil die Vermittlung von privaten und öffentlichen Interessen die eigentliche Aufgabe des Staates und seiner Rechtsordnung ist – so hätte es jedenfalls Hegel gesagt. Die Entgrenzung der Wirtschaft führt aber dazu, dass die staatlichen Rechtsordnungen immer mehr an Bedeutung verlieren und durch Mechanismen privater Ordnung ersetzt werden.

I. Private Ordnung

Ich möchte Ihnen einen kurzen **Fall** schildern, einen auf den ersten Blick fast banalen Rechtsstreit, wie er tagtäglich dutzendfach verhandelt wird. Dieser Fall wurde erst vor wenigen Wochen von einem US-amerikanischen Bezirksgericht im Staat New York entschieden. Geklagt hatte ein schweizerisches Unternehmen, die Ameropa AG. Prozessgegner war ein Unternehmen aus den Vereinigten Arabischen Emiraten, die Havi Ocean Corporation. Gegenstand des Streits war ein Kaufvertrag, es ging um die Lieferung einer größeren Menge Schwefelsäure. Die Havi Ocean Corporation hatte diesen Vertrag nicht ordnungsgemäß erfüllt, statt der vereinbarten 18.000 Tonnen wurden nur 9.000 Tonnen Schwefelsäure geliefert. Hierfür hatte die Ameropa AG Schadensersatz in Höhe von 720.000 \$ verlangt.

Diesen Schadensersatz hat die Ameropa AG nun allerdings nicht vor einem staatlichen Gericht eingeklagt, weder in der Schweiz noch in den Vereinigten Arabischen Emiraten, sondern vor einem privaten **Schiedsgericht** mit Sitz in Hamburg – und zwar mit Erfolg. Von dem New Yorker Gericht begehrte sie nur die Anerkennung dieses Schiedsspruchs, um in die amerikanischen Konten der Beklagten vollstrecken zu können.

Das klingt zunächst überraschend. Aber tatsächlich werden Rechtsstreitigkeiten im internationalen Wirtschaftsverkehr nur sehr selten von staatlichen Gerichten entschieden. Stattdessen enthalten über 95 % aller grenzüberschreitenden Verträge eine so genannte **Schiedsklausel**. Das bedeutet, dass die Vertragsparteien den Weg zu den ordentlichen Gerichten ausschließen und stattdessen private Schiedsrichter über ihre Streitigkeiten entscheiden lassen. Üblicherweise ernennt dazu jede Partei einen Schiedsrichter, diese beiden Schiedsrichter bestimmen dann gemeinsam einen dritten zum Vorsitzenden des Schiedsgerichts.

Für international agierende Unternehmen gibt es viele **Gründe**, ihre Streitigkeiten in einem Schiedsverfahren beizulegen und nicht vor den staatlichen Gerichten. Die Schiedsgerichtsbarkeit gilt als schneller, kostengünstiger und pragmatischer. Es gibt keinen langwierigen Instanzenzug; außerdem sind die Schiedsverfahren in der Regel vertraulich und finden unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten werden die staatlichen Gerichte als wenig kompetent wahrgenommen, vor allem beim Handelsverkehr mit Entwicklungsländern besteht kein großes Vertrauen in die Professionalität und Unparteilichkeit der Gerichte.

Noch wichtiger ist allerdings: Die **Regeln**, nach denen die Schiedsgerichte entscheiden, bestimmen die Parteien selbst. So können ein schweizerisches und ein arabisches Unternehmen ohne weiteres vereinbaren, dass ihre Streitigkeiten von einem Schiedsgericht mit Sitz in Hamburg nach englischem Recht entschieden werden. Die Parteien können sogar festlegen, dass ihre Konflikte gar nicht nach dem Recht eines bestimmten Staates entschieden werden, sondern nach dem billigen Ermessen der Schiedsrichter oder nach internationalen Handelsbräuchen.

Für den Gang zum Schiedsgericht spricht auch, dass es nach wie vor kein weltweites Abkommen über die **Vollstreckung** ausländischer Urteile, so dass etwa die Vollstreckung eines schweizerischen Urteils in den USA mit erheblichen Unwägbarkeiten verbunden wäre. Dagegen sind private Schiedssprüche auf Grundlage des so genannten New Yorker Abkommens nahezu weltweit vollstreckbar. So konnte in unserem Fall die Ameropa AG erfolgreich ihren Schiedsspruch in den USA vollstrecken.

Allerdings bedarf es nur sehr selten überhaupt einer Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen durch die nationalen Gerichte. In der Regel werden Schiedssprüche freiwillig befolgt, weil sie von effektiven **privaten Sanktionsmechanismen** gestützt werden. Die Nichtbefolgung eines Schiedsspruchs hat für ein Unternehmen oft den Abbruch langjähriger Geschäftsbeziehungen zur Folge; es drohen außerdem erhebliche Reputationsverluste. In einigen Branchen werden sogar schwarze Listen geführt, um die Nichtbefolgung von Schiedssprüchen durch Ausgrenzung zu bestrafen. So können internationale Unternehmen ihre Streitigkeiten außerhalb des staatlichen Rechtssystems beilegen; „opting out of the legal system“ heißt das in der amerikanischen Literatur.

Private Ordnungsmechanismen sind in der internationalen Wirtschaft mittlerweile so verbreitet, dass man hier von einer neuen Form des Rechts sprechen muss: von einem **transnationalen Recht**. Denn hier geht es weder um die Anwendung innerstaatlichen Rechts noch um die Anwendung zwischenstaatlichen Völkerrechts. Jedes Schiedsgericht ist eine Schöpfung der Streitparteien; nicht, wie es im Grundgesetz heißt, „an Recht und Gesetz gebunden“, sondern den „legitimate expectations of the parties“ verpflichtet, wie die Schiedsordnung der Internationalen Handelskammer formuliert. Daher können auch die Vertragsparteien das anwendbare Recht selbst

bestimmen und ihren Bedürfnissen anpassen. Das transnationale Recht, das private Schiedsgerichte anwenden, ist dementsprechend ein Bricolage aus staatlichen und nichtstaatlichen, nationalen und internationalen, öffentlichen und privaten Normen.

II. Öffentliche Interessen

Die so beschriebene Transnationalisierung des Rechts wirft aber eine Reihe bislang unbeantworteter Fragen auf, insbesondere mit Blick das Verhältnis privater und öffentlicher Interessen. Kehren wir zu unserem Ausgangsfall zurück. Die Ameropa AG aus der Schweiz hat hier also mit Erfolg Schadensersatz bei einem Schiedsgericht eingeklagt, weil die emiratische Havi Ocean Corporation nicht die versprochene Menge an Schwefelsäure geliefert hatte. Allerdings habe ich vorhin unerwähnt gelassen, dass die Schwefelsäure aus dem Iran beschafft werden und möglicherweise auch an eine US-amerikanische Tochterfirma der Ameropa geliefert werden sollte. Die Havi Ocean berief sich nun darauf, dass der Vertrag unwirksam sei, weil er gegen ein **Handelsembargo** der USA gegenüber dem Iran verstoße. Mit diesem Einwand hatte sie aber weder vor dem Schiedsgericht noch im Anerkennungsverfahren vor dem New Yorker Bezirksgericht Erfolg.

Unabhängig davon, ob der Einwand in der Sache berechtigt war, verweist er auf ein zentrales Problem privater Ordnungsmechanismen. Während staatliche Gerichte, „an Recht und Gesetz gebunden“, bestimmte Normen notfalls auch **gegen den Willen der Vertragsparteien** durchsetzen, sind Schiedsgerichte ja gerade von den Parteien geschaffen und in erster Linie deren Interessen verpflichtet. So ist nach deutschem Recht gemäß § 134 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein Rechtsgeschäft nichtig, wenn es gegen ein gesetzliches Verbot – wie ein Handelsembargo – verstößt; nach § 138 ist es auch dann nichtig, wenn es den guten Sitten widerspricht. Aber diese Normen gelten nicht für ein privates Schiedsgericht, das einen Rechtsstreit zwischen einem schweizerischen und einem arabischen Unternehmen auf der Grundlage internationaler Handelsbräuche entscheidet. Welche gesetzlichen Verbote hier zu beachten, wessen gute Sitten zu berücksichtigen sind, ist weitgehend ungeklärt.

Unser Fall zeigt, dass auch wirtschaftsrechtliche Streitigkeiten **politische Fragen** berühren können, dass auch ein Vertrag über die Lieferung von Schwefelsäure zum außenpolitischen Problem werden kann. Dafür gibt es unzählige weitere Beispiele. Immer wieder wird in Schiedsverfahren diskutiert, ob bestimmte Abreden verbotene Wettbewerbsbeschränkungen darstellen, ob Verträge durch Korruption zustande gekommen sind oder eine Vertragspartei unangemessen benachteiligen. Noch offensichtlicher sind die politischen Implikationen dort, wo der Staat selbst mit privaten Unternehmen Verträge schließt und es dann zu Streitigkeiten kommt. Das betrifft in erster Linie Investitionsverträge ausländischer Unternehmen in Entwicklungsländern, die mit Hilfe privater Schiedsgerichte auch gegen den Widerstand des Anlagestaats durchgesetzt werden. Der Fall des

Kraftwerks Moorburg in Hamburg zeigt allerdings, dass sich ein Unternehmen wie Vattenfall nicht scheut, auch gegen einen Staat wie Deutschland ein Schiedsverfahren einzuleiten. Nachdem der neu gewählte schwarz-grüne Senat den Bau eines Kohlekraftwerks verhindern wollte, ging Vattenfall hier aus einem Investitionsschutzabkommen gegen die Bundesrepublik vor. Dagegen kommt es bei Schiedsverfahren über die Vergabe von Internet-Domains regelmäßig zu Auseinandersetzungen über das Recht auf freie Meinungsäußerung, etwa wenn Kritiker des Walmart-Konzerns die Domain „walmartsucks.com“ registrieren.

Intuitiv erscheint uns unmittelbar einleuchtend, dass in all diesen Fällen **öffentliche Interessen** berührt sind und wir eine Entscheidung über diese Belange nicht leichtfertig einer privaten Institution überlassen wollen, die hierüber unter Ausschluss der Öffentlichkeit entscheidet, ohne an ein bestimmtes staatliches Recht gebunden zu sein. Allerdings ist die Problematik mit diesem intuitiven Unbehagen nur unzureichend erfasst.

Handhabbar wird das Problem erst, wenn es in rechtlichen Kategorien formuliert wird. Mein Ansatzpunkt dafür ist eine Unterscheidung, die auch die nationalen Rechtstraditionen entscheidend geprägt hat: die **Unterscheidung von dispositivem und zwingendem Recht**. Die liberalen Rechtsordnungen der Moderne überlassen es in erster Linie dem Einzelnen, seine Rechtsverhältnisse nach seinen Vorstellungen zu gestalten. Für Verträge gilt der Grundsatz der Privatautonomie, das heißt die Vertragsparteien setzen die Regeln, die für sie gelten sollen, selbst. Gesetzliche Normen im Bereich des Wirtschaftsrechts sind ganz überwiegend dispositiv: Die Einzelnen können sie in ihre Verträge einbeziehen oder abbedingen, ganz wie sie wünschen. Die Dispositionsfreiheit der Parteien findet aber ihre Grenzen in den Normen des zwingenden Rechts. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass sie notfalls auch gegen den erklärten Willen der Parteien angewandt werden.

Auf die Frage, **welche Normen in einer bestimmten Rechtsordnung zwingend** gelten, gibt es seit jeher unterschiedliche Antworten. Hier zeigt sich, dass im Recht immer bestimmte Modelle der Gesellschaftsordnung wirksam sind. Im deutschen Recht ist dies heute das Modell der sozialen Marktwirtschaft ordoliberaler Prägung. Hier werden vor allem diejenigen Normen als zwingend angesehen, die dem marktwirtschaftlichen Tausch einen ordnenden Rahmen setzen, insbesondere das Kartellrecht. Daneben werden bestimmte Schwächerenschutzregeln der Disposition der Vertragsparteien entzogen, beispielsweise im Handelsvertreterrecht. Auch die Grund- und Menschenrechte gelten als zwingendes Recht.

Aber welches **Gesellschaftsmodell** verwirklicht sich eigentlich im **transnationalen Recht**? Dient dieses Recht jenseits des Staates allein den ökonomischen Interessen der Marktakteure? Oder ist hier tatsächlich Weltbürgerrecht in der Entstehung begriffen, ein globales Vernunftrecht, das sich endlich aus den Ketten des Nationalstaats gelöst hat?

III. Zwingendes transnationales Recht

Jenseits aller Abstraktionen sind diese Fragen letztlich nur **empirisch** zu beantworten. Für meine Dissertation habe ich über 400 Schiedssprüche unterschiedlicher Schiedsinstitutionen auf die Frage hin untersucht, ob und in welcher Weise private Schiedsgerichte zwingende Rechtsnormen anwenden. Das erstaunliche Ergebnis meiner Untersuchung ist, dass internationale Schiedsgerichte, die weder an das zwingende Recht eines bestimmten Staates noch an die zwingenden Normen des Völkerrechts gebunden sind, ihr eigenes zwingendes Recht entwickeln, das ich **zwingendes transnationales Recht** nenne.

In der Handelsschiedsgerichtsbarkeit steht dabei die Anwendung marktregelnder Normen im Vordergrund. Meist geht es um die Anwendung von Korruptionsverboten, Wettbewerbsregeln oder Schutzvorschriften des Handelsvertreterrechts. Immer häufiger verweisen die Schiedsgerichte gar nicht mehr auf eine bestimmte Rechtsordnung, wenn sie solche Normen anwenden, sondern auf einen **transnationalen ordre public**. So heißt es in einem Schiedsspruch: „Corruption is an international evil; it is contrary to good morals and to an international public policy common to the community of nations“. Oder es heißt, bestimmte Handelspraktiken seien „contraire aux usages normaux du commerce international“. Noch prägnanter fasst ein anderes Schiedsgericht zusammen: „Les arbitres rendent la justice, même s’il s’agit de justice privée“ - und verweist damit auf die immanente Gerechtigkeit einer privat geschaffenen Rechtsordnung jenseits des Staates.

Der Rekurs auf überstaatliche Gerechtigkeitsvorstellungen versagt aber dort, wo **gemeinsame Gerechtigkeitsvorstellungen schlicht nicht existieren**. Und das gilt für weite Teile des regulativen Wirtschaftsrechts. Unterschiede zwischen dem Wettbewerbsrecht der USA und dem der EU-Staaten sind kaum zu überbrücken; zu unterschiedliche sind die Kapitalismusmodelle, die beiden Rechtsordnungen zu Grunde liegen. Noch offensichtlicher werden nationale Unterschiede, wenn man etwa an das Zinsverbot der Sharia-Rechtsordnungen denkt. In all diesen Fällen bedarf die Anwendung zwingender Normen eines differenzierteren Argumentationsrahmen.

Soweit die Schiedsgerichtsbarkeit sich nicht auf überstaatliche zwingende Normen stützen kann, entwickelt sie daher **Kollisionsnormen**, die bestimmen, welche zwingenden Normen nationaler Herkunft im Einzelfall angewendet werden. In unserem Fall hatte das Schiedsgericht zunächst zu prüfen, ob der Liefervertrag zwischen der Ameropa AG und der Havi Ocean Corporation gegen überstaatliches zwingendes Recht verstößt. Das war aber nicht der Fall, denn bei dem umfassenden US-amerikanischen Handelsembargo gegen Iran handelte es sich um einen nationalen Alleingang. In einem zweiten Schritt war daher zu prüfen, ob der Sachverhalt so enge Beziehungen zur US-amerikanischen Rechtsordnung aufwies, dass deshalb das Handelsembargo als zwingende Norm des US-Rechts anzuwenden war. Da keine der Parteien ihren Sitz in den USA hatte, der

Erfüllungsort nicht dort belegen war und eine Beteiligung der US-Tochter der Ameropa AG an dem Geschäft nicht nachgewiesen werden konnte, blieben die Embargovorschriften unangewendet.

Wie kommt es aber zu dieser Anwendung zwingender Normen durch internationale Schiedsgerichte? Das zwingende transnationale Recht wird in erster Linie aus der **Spruchpraxis der Schiedsgerichte selbst** entwickelt. Seit ihre Schiedssprüche veröffentlicht werden, beginnen die Schiedsgerichte ihre Entscheidungen zu zitieren und dogmatisch zu systematisieren. So formuliert ein Schiedsgericht: „There is sufficient case precedent to allow the resolution of this matter without express reference to the law of any country.“

Einen wesentlichen Beitrag zur Entwicklung des zwingenden transnationalen Rechts liefern außerdem die Streitparteien selbst. Denn zumeist hat eine der Parteien ein **greifbares Interesse** an der Anwendung zwingender Normen. So lag es in unserem Fall natürlich im Interesse der Havi Ocean Corporation, sich auf die Nichtigkeit des Liefervertrags wegen des Embargoverstoßes zu berufen, weil sie dadurch von ihren Leistungspflichten frei geworden wäre. Diese Konstellation ist sogar ganz typisch: Bei einem Rechtsstreit über die Erfüllung eines Vertrags ist die vertragsbrüchige Partei immer daran interessiert, sich nachträglich von ihren vertraglichen Pflichten zu lösen. Die Ökonomie beschreibt dieses Verhalten als ex post-Opportunismus.

Verstärkt wird die Bindung der Schiedsgerichte an zwingende Normen durch die verbleibenden **Einflussmöglichkeiten der nationalen Gerichte**. So hätte das New Yorker Bezirksgericht in unserem Fall die Anerkennung des Schiedsspruchs verweigern können, wenn dieser offensichtlich das öffentliche Interesse unberücksichtigt gelassen hätte. Allerdings findet hier nur eine punktuelle Kontrolle statt, insbesondere die US-amerikanischen Gerichte gehen davon aus, dass die Berücksichtigung öffentlicher Interessen grundsätzlich dem Schiedsgericht selbst obliegt.

Eine Schlussfolgerung aus meiner Arbeit ist, dass gerade diese regulierte Selbstregulierung der Schiedsgerichtsbarkeit die Entstehung eines zwingenden transnationalen Rechts ermöglicht, das sowohl überstaatliche als auch nationale öffentliche Belange reflektiert. So gibt es am Ende auch auf **Hegels Frage** an die Globalisierung eine **Antwort**, und diese Antwort gibt sich die rechtliche Praxis selbst. Für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung bedeutet diese Antwort allerdings eine Herausforderung.

Für die **Rechtswissenschaft** liegt die Herausforderung darin, das entstehende zwingende transnationale Recht zu systematisieren und weiterzuentwickeln. Denn wenn es tatsächlich Chancen für die Entstehung einer Verfassungsordnung jenseits des Nationalstaats gibt, dann liegen sie an dieser Stelle. Nicht der ewige Reigen feierlich verkündeter Menschenrechtskataloge, sondern nur die Anwendung zwingender Normen im konkreten Streitfall kann zu einer Konstitutionalisierung des transnationalen Rechts führen. Diese Konstitutionalisierung ist allerdings voraussetzungsreich. Die Aufgabe der **Gesetzgebung** ist es, die Voraussetzungen des Konstitutionalisierungsprozesses

durch durch geeignete Verfahrensvorgaben abzusichern. Drei Punkte sind dabei wichtig. Erstens muss es immer dann möglich sein, einen Schiedsspruch aufzuheben bzw. nicht anzuerkennen, wenn das Schiedsverfahren grundlegende Prozessmaximen wie das Recht auf rechtliches Gehör verletzt. Denn dann können die Parteien ihre Rolle als Funktionäre der Gesamtrechtsordnung nicht erfüllen. Zweitens müssen in bestimmten Fallkonstellationen auch Drittbetroffene in das Schiedsverfahren einbezogen werden, bei Investitionsstreitigkeiten wird das seit kurzem bereits praktiziert. Und drittens muss die Veröffentlichung von Schiedssprüchen, zumindest in anonymisierter Form, verpflichtend werden. Denn nur durch die Auseinandersetzung der transnationalen Rechtspraxis mit sich selbst können die Konturen des zwingenden transnationalen Rechts weiter geschärft werden. Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.