

Moritz Renner

Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft?

Öffentliche Interessen in privaten Rechtsregimes

„International commercial arbitration has become big legal business, the accepted method for resolving international business disputes“, stellen *Dezalay* und *Garth* schon 1995 fest.¹ Tatsächlich werden internationale Handelsstreitigkeiten heute ganz überwiegend außerhalb der staatlichen Gerichte durch private Schiedsinstitutionen auf vertraglicher Grundlage beigelegt.² Aus Sicht der beteiligten Parteien spricht zunächst vieles für diese alternative Form der Streitbeilegung: die Vertraulichkeit des Verfahrens, eine erleichterte internationale Vollstreckbarkeit von Entscheidungen, geringere Verfahrensdauer und Kosten sowie nicht zuletzt ein (unterstelltermaßen) höheres Maß an Neutralität im Vergleich zu den Gerichten eines bestimmten Staates.³

Vor dem Hintergrund des Aufstiegs der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist immer häufiger von der Entstehung eines „Rechts jenseits des Staates“ die Rede, das nicht mehr aus staatlichen Rechtsquellen fließen, sondern sich auf die rechtserzeugende Kraft des Vertragsmechanismus selbst stützen soll.⁴ Die Idee eines solchen transnationalen Rechts wirft allerdings bislang ungelöste Legitimationsprobleme auf. Jenseits der staatlichen Rechtsordnungen drohen Allgemeinheit und Gleichheit der Normanwendung einer beliebigen Instrumentalisierbarkeit der Rechtsform für ökonomische Zwecksetzungen zu weichen.⁵ Insbesondere drohen hier Machtungleichgewichte zwischen den Parteien die Streitentscheidung zu determinieren, Drittinteressen bei der Rechtsanwendung unberücksichtigt zu bleiben.⁶

Die gegenwärtige juristische Debatte über die Transnationalisierung des Rechts oszilliert zwischen zwei entgegengesetzten Positionen, die Ausdruck ebenso konträrer gesellschaftstheoretischer Grundannahmen sind. Auf der einen Seite stehen dabei die überzeugten Anhänger der *lex mercatoria*, welche die Entstehung einer selbstgeschaffenen Normenordnung der internationalen Kaufmannschaft als überfällige Befreiung des Rechts aus den Fesseln staatlicher Regulierung sehen.⁷ Auf der anderen Seite werden seit einigen Jahren auch kritische Stimmen

- 1 Dezalay/Garth, *Merchants of Law as Moral Entrepreneurs: Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes*, *Law & Society Review* 29 (1995), 27 ff.
- 2 Im Jahr 2008 wurden etwa beim Schiedsgerichtshof der Internationalen Handelskammer in Paris 663 Anträge auf Durchführung eines Schiedsverfahrens eingereicht, im Jahr 1999 waren es noch 529 Anträge, vgl. <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id5531/index.html> (zuletzt abgerufen am 28/12/2009).
- 3 Vgl. etwa Lew et al., *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, Rn. 1-13 ff.; Redfern/Hunter, *International Commercial Arbitration*, 2004, Rn. 1-41 ff. („Why arbitrate?“).
- 4 Teubner, *Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, *Rechtshistorisches Journal* 15 (1996), 255 ff.
- 5 Grundlegend Cutler, *Private Power and Global Authority. Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, 2003.
- 6 Selbst unter den Prämissen des Ordoliberalismus muss eine solche Privatisierung des Rechts problematisch erscheinen, vgl. etwa Mestmäcker, *Macht – Recht – Wirtschaftsverfassung*, *ZHR* 173 (1973), 97 ff., bes. 105.
- 7 In diese Richtung etwa Berger, *The New Law Merchant and the Global Marketplace*, in: ders. (Hrsg.), *The Practice of Transnational Law*, 2001, S. 1 ff. Treffend die Kritik bei v. Bar/Mankowski, *Internationales Privatrecht*, 2001, § 2 Rn. 76: „Nicht um das internationale Element geht es, sondern vorzüglich

lauter, die auf die hegemonialen Strukturen des transnationalen Rechts hinweisen und den „liberalen Mythos“ eines unpolitischen überstaatlichen Privatrechts zu entzaubern suchen.⁸ Die beiden Extrempositionen in der Debatte sind sich immerhin darin einig, dass sie die Entstehung des transnationalen Rechts als einen primär von ökonomischen Funktionsimperativen angetriebenen Prozess beschreiben – auch wenn sie zu diesem Prozess unterschiedliche Haltungen einnehmen. Beide übersehen allerdings gleichermaßen die Konstitutionalisierungspotentiale, die aus dem Eigensinn des rechtlichen Diskurses im transnationalen Raum erwachsen.

Dagegen machen neuere, rechtspluralistisch inspirierte Ansätze zwar zu Recht auf diese Potentiale aufmerksam, sie tendieren aber dazu, die polit-ökonomischen Konflikte zu unterschätzen, die sich mit der Transnationalisierung des Rechts verbinden. Diese Ansätze begreifen das transnationale Recht als Ausdruck der „Rechtsschöpfungskräfte einer globalen Zivilgesellschaft“ und sehen in jenem zugleich den Nukleus einer überstaatlichen Verfassungsordnung jenseits des Staates angelegt.⁹ So laufen sie Gefahr, die Bedeutung „zivilgesellschaftlicher“ Normsetzungsmodi nicht nur analytisch zu überschätzen, sondern auch normativ zu überhöhen.

Im Folgenden soll umrissen werden, wie sich die unterschiedlichen Sichtweisen zusammenführen und für die Analyse transnationaler Konstitutionalisierungsprozesse fruchtbar machen lassen. Es gilt dabei insbesondere deutlich zu machen, dass gerade aus der polit-ökonomischen Problematik des transnationalen Rechts sowohl die Notwendigkeit wie auch die Möglichkeit seiner Konstitutionalisierung erwachsen. Illustriert werden soll dies am Beispiel der Berücksichtigung öffentlicher Interessen in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit. Die rechtspolitischen Probleme des transnationalen Rechts werden nämlich dann ganz offensichtlich, wenn etwa die Parteien eines Handelsvertretervertrags bewusst die Schwächerenschutzvorschriften des europäischen Rechts¹⁰ oder das europäische Kartellrecht¹¹ zu umgehen suchen – aber auch dann, wenn beispielsweise private Unternehmen im Gefolge der argentinischen Finanzkrise den argentinischen Staat mit hohen Schadensersatzforderungen wegen der Verletzung von Konzessionsverträgen konfrontieren.¹² Zur Einordnung dieser Phänomene muss in einem ersten Schritt der Begriff des transnationalen Rechts geklärt werden (dazu A). In einem zweiten Schritt können dann die Problemlagen genauer analysiert werden, die sich aus der gleichzeitigen Internationalisierung und Privatisierung des Rechts für die demokratische Bestimmung von Gemeinwohlinteressen ergeben (dazu B). In einem dritten Schritt schließlich ist zu skizzieren, wie diese Problemlagen im Rahmen einer transnationalen Wirtschaftsverfassung rechtsförmig bewältigt werden können (dazu C).

um den Handel, und hier im Letzten wohl nur um das Bestreben, wenigstens einen seiner Bereiche einer reinen Marktwirtschaft zu erhalten.“

- 8 So bes. Cutler (Fn. 5).
 9 Calliess, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge*, 2005, S. 219; Fischer-Lescano/Teubner, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, 2006, S. 43.
 10 Vgl. OLG München, IPRax 2007, S. 138 ff.
 11 Vgl. EuGH Eco Swiss, Rs. C-126/97, Slg. 1999, I-3055.
 12 Vgl. die Entscheidungen des International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) in den Rechtssachen CMS (ICSID ARB/01/8), LG&E (ICSID ARB/02/1), Enron (ICSID ARB/01/3), Sempra (ICSID ARB/02/16) und Continental Casualty Company (ICSID ARB/03/9).

Zu lange hat sich die juristische Diskussion des transnationalen Rechts in geradezu scholastischen Streitigkeiten über Begriff und Wesen des Rechts verloren.¹³ Tatsächlich beobachtbare Erscheinungsformen transnationaler Rechtsprozesse sind in dieser abstrakten Theoriedebatte weitgehend aus dem Blickfeld geraten. Nach wie vor besteht ein erheblicher Bedarf an empirischer wie rechtsdogmatischer Forschung, die insbesondere den institutionellen Entstehungskontext des transnationalen Rechts schärfer in den Blick nehmen muss.

Schon auf der Grundlage bestehender Untersuchungen zeigt sich nämlich, dass das vermeintliche „private justice system“ der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit von einer komplexen Interaktion privater und öffentlicher Akteure in Regelsetzung und -durchsetzung geprägt ist. Dies beginnt mit der Frage des anwendbaren Rechts: Internationale Schiedsgerichte wenden nicht etwa exklusiv nichtstaatliche Rechtsregeln und Handelsbräuche an, sondern greifen in hohem Maße auf staatliche Normen zurück.¹⁴ Normen unterschiedlichster Provenienz werden pragmatisch miteinander kombiniert.¹⁵ Auch in verfahrensmäßiger Hinsicht sind internationale Schiedsgerichte keineswegs völlig unabhängig von staatlichem Recht und staatlicher Gerichtsbarkeit – auch wenn sie insoweit ein hohes Maß an Autonomie genießen.¹⁶ So müssen etwa die Schiedssprüche internationaler Schiedsgerichte aufgrund des so genannten New Yorker Übereinkommens¹⁷ grundsätzlich ohne inhaltliche Überprüfung weltweit vollstreckt werden. Nach Art. V Abs. 2 des Übereinkommens ist aber eine Residualkontrolle des (staatlichen) Vollstreckungsgerichts mit Blick auf Belange der „öffentlichen Ordnung“ möglich. Unter vergleichbaren Voraussetzungen ermöglicht das Prozessrecht der meisten Staaten eine Aufhebung von Schiedssprüchen am Sitzort des Schiedsgerichts. Auf der anderen Seite können die Parteien aber den Sitz des Schiedsgerichts frei wählen, und zu staatlichen Vollstreckungsverfahren kommt es aufgrund freiwilliger „compliance“ nur äußerst selten.¹⁸

Gemeinsam ist allen Formen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, dass sich der Einfluss der staatlichen Gesetzgebung hier auf die Vorgabe weit gefasster regulatorischer Rahmenregeln beschränkt, innerhalb derer die Beilegung von Streitigkeiten der autonomen Ausgestaltung durch die Parteien selbst überlassen bleibt. Gerade aus dieser prekären Situation regulierter Selbstregulierung erwachsen die Besonderheiten des transnationalen Rechts. Um *Recht* handelt es sich bei den Entscheidungen internationaler Schiedsgerichte jedenfalls dann, wenn man auf Grundlage eines soziologischen Rechtsbegriffs das Recht als eine bestimmte diskursive Praxis begreift.¹⁹ Die *transnationale* Qualität dieses Rechts ergibt sich aber nicht aus der Art der angewandten (Primär)Normen, sondern

13 Von einem „Glaubenskrieg“ spricht Teubner (Fn. 4), 264.

14 Empirische Belege bei Calliess et al., Transformations of Commercial Law, in: Hurrelmann/Leibfried/Martens u.a. (Hrsg.), Transforming the Golden Age Nation State, 2007, S. 83, 98 (table 5.2), sowie Voigt, Are International Merchants Stupid? – Their Choice of Law Sheds Doubts on the Legal Origin Theory, Journal of Empirical Legal Studies 2008, 1.

15 Zur Methodik Gaillard, Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision-Making?, in: Berger (Hrsg.), The Practice of Transnational Law, 2001, S. 53 ff.

16 Eingehend v. Mehren, To What Extent Is International Commercial Arbitration Autonomous?, in: Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman, 1982, S. 217 ff.

17 New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958, 330 U.N.T.S. 38.

18 Vgl. zu Letzterem Tannock, Judging the Effectiveness of Arbitration, Arbitration International 21 (2005), 71 ff.

19 Dazu eingehend Calliess/Renner, Between Law and Social Norms: The Evolution of Global Governance, Ratio Juris 22 (2009), 260 ff.

aus dem Kontext ihrer Anwendung. Entscheidend ist, dass Rechtsquellen staatlicher, nichtstaatlicher und überstaatlicher Provenienz durch ein eigenständiges – und damit genuin transnationales – *Kollisionsrecht* der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zueinander in Beziehung gesetzt werden.²⁰ Das führt dazu, dass die normative wie institutionelle Einheit der nationalen Rechtsordnungen aufgebrochen wird, Normen- wie Spruchkörperhierarchien sich in der Fragmentierung autonomer „governance regimes“²¹ auflösen, die auf der Grundlage regimespezifischer Sekundärnormen²² operieren. Zugleich wird die Unterscheidung zwischen privatem Recht und öffentlichem Recht, die für die (kontinentaleuropäischen) nationalen Rechtsordnungen prägend ist, zunehmend in Frage gestellt: Einerseits treten private Koordinationsmechanismen an die Stelle staatlicher Regelung, andererseits nehmen diese privaten Steuerungsmechanismen immer stärker auch öffentliche Funktionen wahr.²³

B. Gemeinwohlinteressen und transnationales Recht

Zum Anlass politischer Kontroverse wird die so umschriebene transnationale Konstellation des Rechts dadurch, dass sie den im nationalen Rechts- und Verfassungsstaat errungenen Ausgleich von individueller Autonomie und demokratischer Selbstbestimmung nachhaltig in Frage stellt. Nach den sozialen und ideologischen Auseinandersetzungen des 19. und der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts gehört es zum *raison d'être* der modernen Nationalstaaten westlicher Prägung, dass die Rechts- und Verfassungsordnung auf der einen Seite individuelle Freiheitsräume vor den Übergriffen hoheitlicher Gewalt schützt, auf der anderen Seite aber auch demokratische Normsetzung unter dem Gesichtspunkt ihres Gemeinwohlbezugs rechtfertigbar macht.

Die daraus folgende (normative) Trennung von Gesellschaft und Staat²⁴ manifestiert sich innerhalb des Privatrechts als Entgegensetzung von Privatautonomie und zwingendem Recht.²⁵ Zwar ist die Autonomie des Individuums unbestrittene Grundlage liberaler Privatrechtsordnungen, doch sie wird zugleich eingeeignet von unabdingbaren Normen, deren konkreter Gehalt freilich immer umstritten ist. Diese Normen dienen etwa dem Schutz öffentlicher Güter (wie eines funktionalen Wettbewerbs), dem Schutz von Drittinteressen (etwa im Bereich des Gläubigerschutzes), dem Schwächerenschutz (im Arbeits-, Miet- und Verbraucherrecht), aber auch dem Schutz bestimmter gesellschaftlicher Wertvorstellungen (insbesondere über Generalklauseln und die „Drittwirkung“ der Grundrechte). Die staatlichen Gerichte, an „Recht und Gesetz“ gebunden, sind gehalten, diese zwingenden Normen „auch gegen den selbstsüchtigen Willen des wirtschaftlich stärkeren Partners oder auch beider Parteien“²⁶ durchzusetzen. Im

20 Grundlegend Goldman, *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, Recueil des Cours 109 (1963), 347 ff.

21 Eindrücklich Teubner, *Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von Private Governance Regimes*, *Rechtshistorisches Journal* 17 (1998), 234 ff.

22 Zum Begriff Hart, *The Concept of Law*, 2. Aufl. 1961, S. 94 ff.

23 Vgl. Köndgen, *Privatisierung des Rechts. Private Governance zwischen Deregulierung und Rekonstitutionalisierung*, *Archiv für die civilistische Praxis* 206 (2006), 477 ff. zu Ersterem sowie Freeman, *Extending Public Law Norms Through Privatization*, *Harvard Law Review* 116 (2003), 1285 ff. zu Letzterem.

24 Grundlegend Böckenförde, *Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit*, 1973.

25 Eingehend zur historischen Entwicklung Abegg, *Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts. Ein Beitrag zu Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit*, 2004, S. 11-142.

26 RG JW 1936, 2059.

zwingenden Recht äußern sich damit ganz deutlich die unterschiedlichen „Sozialmodelle“,²⁷ die den nationalen Privatrechtsordnungen zugrunde liegen. Diese Problematik wird in der deutschen Rechtswissenschaft klassischerweise unter dem Begriff der Wirtschaftsverfassung verhandelt,²⁸ der seinen Ursprung in der ordoliberalen Wirtschaftstheorie findet.²⁹ Dessen Anspruch zu ergründen, wie das Verhältnis von Wirtschaft und Politik „nach dem Prinzip der funktionalen Differenzierung gelöst und als Rechtsfrage formuliert“³⁰ werden kann, wird aber auch außerhalb der Freiburger Schule geteilt – und kann durchaus emanzipatorisch gewendet werden.³¹

Jenseits der nationalen Rechtsordnungen scheint dieses Versprechen der Wirtschaftsverfassung aber kaum einlösbar. Schon staatliche Gerichte sehen sich in grenzüberschreitenden Fällen bei der Durchsetzung zwingenden Rechts vor erhebliche Schwierigkeiten gestellt: Im internationalen Vertragsrecht gilt der Grundsatz der Rechtswahlfreiheit, so dass die Vertragsparteien ohne Weiteres das für sie günstigste Recht für anwendbar bestimmen können. Zudem besteht für die Parteien oftmals die Möglichkeit einer strategischen Gerichtsstandswahl („forum shopping“). Teilweise kann dem mit den Mitteln des Kollisionsrechts (Eingriffsnormen, *ordre public*) begegnet werden. Sobald aber vertragliche Rechtsbeziehungen nicht nur internationalisiert, sondern durch den Verweis an die Schiedsgerichtsbarkeit zugleich auch privatisiert werden, verschärft dies die Problematik erheblich. Private Schiedsgerichte sind an das (Kollisions)Recht ihres Sitzstaats grundsätzlich nicht gebunden: „For the arbitrator every law is foreign law“.³² Die Schiedsgerichtsbarkeit ist damit zunächst nur den Parteiinteressen, nicht aber den regulativen Zielsetzungen einer bestimmten nationalen Rechtsordnung verpflichtet („arbitration privileges contract, not politics“).³³ Es droht hier ein rechtspolitisch höchst bedenkliches „opting out of regulation“,³⁴ das die staatlichen Rechtsordnungen über kurz oder lang in ein verhängnisvolles regulatives „race to the bottom“ mit privaten Streitschlichtungsmechanismen verstrickt.

Umso erstaunlicher scheint es, dass die nationalen Gerichte ihre verbleibenden Einflussmöglichkeiten gegenüber der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nur sehr zurückhaltend nutzen. So ist seit der grundlegenden *Mitsubishi*-Entscheidung des U.S. Supreme Court³⁵ allgemein anerkannt, dass auch Streitigkeiten, die Fragen zwingenden Rechts berühren, grundsätzlich schiedsfähig sind. Der EuGH hat durch seine nicht minder grundlegende Entscheidung in der Rechtsache *Eco Swiss* allerdings klargestellt, dass die nationalen Gerichte jedenfalls dann zur Aufhebung von Schiedssprüchen verpflichtet sind, wenn diese gegen

27 Grundlegend Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1963.

28 Überblick über die Theoriebildung bei Zacher, Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: Coing/Kronstein/Mestmäcker (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, 1965, S. 63 ff.

29 Zu den mitunter problematischen Implikationen der ordoliberalen Theorie der Wirtschaftsverfassung vgl. Joerges, „Ökonomisches Gesetz“, „Technische Realisation“, „Stunde der Exekutive“: Rechtshistorische Anmerkungen zum Weißbuch der Kommission, Jean Monnet Working Paper No. 6/01 2001.

30 Behrens, Weltwirtschaftsverfassung, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 19 (2000), 5, 8.

31 Vgl. Wiethölter, Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat, in: Coing/Kronstein/Mestmäcker (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung. FS Böhm, 1965, S. 41 ff.

32 Voser, Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration, *American Review of International Arbitration* 7 (1996), 319, 330.

33 Shalakany, Arbitration and the Third World, *Harvard International Law Journal* 41 (2001), 419 ff., 1384.

34 O'Hara, Opting Out of Regulation: A Public Choice Analysis of Contractual Choice of Law, *Vanderbilt Law Review* 53 (2000), 1551 ff.

35 *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985).

den (europäischen) *ordre public* verstoßen.³⁶ Angesichts der Tatsache, dass es nur selten überhaupt zu einer staatlichen Vollstreckung von Schiedssprüchen kommt und das Aufhebungsverfahren zudem mit zahlreichen Unwägbarkeiten verbunden ist, scheint aber zumindest fraglich, ob diese Residualkontrolle *ex post* ausreichend ist, um die Wahrung öffentlicher Belange in der Schiedsgerichtsbarkeit sicherzustellen.

C. Konstitutionalisierungsperspektiven

Ob die Transnationalisierung des Rechts tatsächlich zu einer „Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts“³⁷ führt oder aber die transnationale Konstellation neue Möglichkeiten des Ausgleichs von Individual- und Allgemeininteressen eröffnet, ist allerdings zunächst eine empirische Frage. Da die unterschiedlichen Schiedsinstitutionen immer häufiger ihre Schiedssprüche veröffentlichen, kann aufgrund dieses Fallmaterials nachverfolgt werden, ob und in welcher Form Gemeinwohlbelange in Gestalt zwingender Rechtsnormen auch im Kontext privater internationaler Streitschlichtung zur Geltung gebracht werden.³⁸ Dabei zeigt sich, dass die Kritik des transnationalen Rechts als einer Normenordnung, die ökonomisch vermittelte Privatinteressen gegenüber politisch definierten Gemeinwohlbelangen privilegiert, oftmals berechtigt ist. Es zeigt sich allerdings auch, dass es durchaus Ansätze dazu gibt, dieser Gewichtsverschiebung durch die Entwicklung eines *transnationalen zwingenden Rechts* zu begegnen.

Die schiedsgerichtliche Streitbeilegung gründet klassischerweise auf dem Grundsatz der Privat- und Parteiautonomie.³⁹ Der private Vertrag wird damit zum archimedischen Punkt der Rechts(er)findung gemacht; hieraus erklären sich die zahlreichen Versuche, den Begriff des transnationalen Rechts aus der Figur des „*contrat sans loi*“ zu entwickeln. Der Vertragsmechanismus als solcher aber dient primär der rechtlichen Rekonstruktion ökonomischer Interessen, durch ihn erhält „die strukturelle Kopplung von Wirtschaft und Recht ihre moderne (um nicht zu sagen: perfekte) Form“.⁴⁰ Im transnationalen Recht fehlt diesem Mechanismus zunächst das Gegengewicht des (zwingenden) Gesetzesrechts, in dem *Luhmann* neben dem Vertrag die zweite wesentliche strukturelle Kopplung des modernen Rechts an seine gesellschaftliche Umwelt erblickt: die Kopplung von Recht und Politik.⁴¹

Schon im nationalen Kontext ist die Frage des Verhältnisses von Recht und Politik als zentrales Problem der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Diskussion notwendigerweise umstritten; erst recht ist aber ungeklärt, wie eine Wirtschaftsverfassung der transnationalen Konstellation aussehen könnte. Auch hier ist freilich der Blick auf die Praxis der „*norm entrepreneurs*“ des transnationalen Rechts instruktiv. In der schiedsgerichtlichen Spruchpraxis lässt sich die schrittweise Herausbildung einer transnationalen Wirtschaftsverfassung in einem dialektischen Prozess beobachten. Dialektisch ist der Prozess in zweierlei Hinsicht: Auf der einen Seite werden Fragen des öffentlichen Interesses zunehmend in einem

36 EuGH Rs. C-126/97 *Eco Swiss*, Slg. 1999, I-3055.

37 Mestmäcker, Die Wiederkehr der Bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts, *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), 177 ff.

38 Überblick bei Renner, Towards a Hierarchy of Norms in Transnational Law, *Journal of International Arbitration* 26 (2009), 533 ff.

39 Vgl. etwa Art. 17 Abs. 1 der Schiedsregeln der Internationalen Handelskammer.

40 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 463 f.

41 Vgl. Luhmann (Fn. 40), S. 450 ff.

Dialog unterschiedlicher Spruchkörper verhandelt, auf der anderen Seite erweist sich die Konstitutionalisierung des transnationalen Rechts als dialektische Gegenbewegung zur Herauslösung des Rechts aus dem politisch-regulativen Kontext der nationalen Rechtsordnung.⁴²

Ersteres zeigt sich deutlich etwa im Bereich des Kartellrechts, wo die oben erwähnte Rechtsprechung der obersten amerikanischen und europäischen Gerichte in den Sachen *Mitsubishi* und *Eco Swiss* in der Spruchpraxis internationaler Schiedsgerichte immer wieder rezipiert wird und als Grundlage der Anwendung zwingenden Rechts dient.⁴³ Durch die Verfahrensordnungen der großen Schiedsinstitutionen wird eine entsprechende Berücksichtigungspflicht mit Blick auf die zwingenden Normen nationaler Rechtsordnungen teilweise auch ausdrücklich kodifiziert.⁴⁴ Zugleich gibt es auch in der Rechtsprechung der nationalen Gerichte zumindest Ansätze zu einer internationalen Angleichung von *ordre public*-Standards.⁴⁵

Die zweite Facette des hier skizzierten dialektischen Konstitutionalismus, d. i. die Tendenz zu einem regulativen „re-embedding“⁴⁶ des transnationalen Rechts, zeigt sich ganz deutlich in den Entscheidungsbegründungen internationaler Schiedsgerichte, die mitunter offen ihr Unbehagen gegenüber einer allzu weitgehenden Privatisierung des Rechts im transnationalen Raum äußern.⁴⁷ Selbst weitgehende Schwächerenschutzvorschriften, etwa für den Wirtschaftsverkehr mit Entwicklungsländern, werden zum Teil eigenständig von der Schiedsgerichtsbarkeit entwickelt.⁴⁸ Zunehmend wird dabei nicht nur mit nationalem Recht, sondern auch mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder der (vermeintlichen) Moral des Welthandels argumentiert, um etwa ein allgemeines Korruptionsverbot für internationale Verträge zu begründen.⁴⁹ Zumindest in einigen Schiedsregimes wird auch durch eine Änderung der Verfahrensvorschriften versucht, politischer Kritik im transnationalen Rechtsdiskurs unmittelbare Gelegenheit zur Äußerung zu geben. So können nach der 2006 geänderten Verfahrensordnung des International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) Stellungnahmen nicht am Verfahren beteiligter Dritter (*amicus curiae* *briefs*) in den Prozess eingeführt werden.

All dies wirft aber zum Teil noch ungeklärte rechtsdogmatische Probleme auf, da weder an die Normenhierarchien der nationalen Rechtsordnungen noch an die Instrumente des staatenzentrierten Internationalen Privatrechts bruchlos angeknüpft werden kann, wenn eine Einschränkung privater Autonomie im öffentlichen Interesse zu rechtfertigen ist. Die Schiedsgerichtsbarkeit ist daher gehalten, im Rahmen ihres autonomen Kollisionsrechts auch autonome wirtschaftsverfassungsrechtliche Sekundärnormen zu entwickeln, die darüber entscheiden, unter welchen Voraussetzungen die vertraglichen Dispositionen der Parteien von allgemeinen Rechtsgrundsätzen im öffentlichen Interesse oder nationalem Recht regulativer Natur verdrängt werden. Graduell entsteht dadurch ein mehrstufiges zwingendes transnationales Recht, dessen Kern von internatio-

42 Renner, The Dialectics of Transnational Constitutionalism, in: Joerges/Falke, The Social Embeddedness of Transnational Markets, i.E. 2010.

43 Etwa ICC Case No. 8626 (1996), *Journal du droit international* 1999, 1073.

44 Vgl. nur Art. 35 ICC Rules of Arbitration, Art. 6 Internal Rules of the International Court of Arbitration of the ICC.

45 In diese Richtung, allerdings mit einem sehr restriktiven Verständnis, etwa die Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts in BGE 132 III 389.

46 Zu den Facetten dieses auf Polanyi zurückgehenden Begriffs vgl. die Beiträge in Joerges/Falke (Fn. 42).

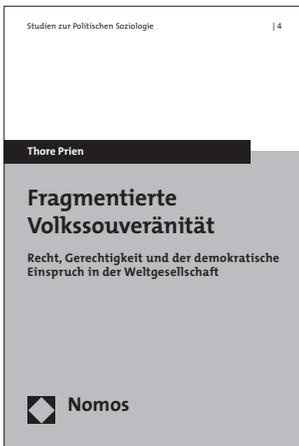
47 Beispielhaft ICC Case No. 6320, *Yearbook Commercial Arbitration* XX (1995), 62.

48 So besonders ICC Case No. 5030, *Journal du droit international* (Clunet) 1993, 1004.

49 Beispiele bei Renner (Fn. 38).

nal einheitlichen Rechtsgrundsätzen (*ordre public transnational*)⁵⁰ gebildet wird, ergänzt um Kollisionsregeln für die Anwendung zwingenden nationalen Rechts. Hier deutet sich zumindest an, dass das transnationale Recht eigenständige Strukturen einer kollisionsrechtlich geprägten Wirtschaftsverfassung entwickeln könnte, in denen sich das Versprechen einer rechtlichen Vermittlung von Ökonomie und Politik auch jenseits des Nationalstaats verwirklicht.

Weltgesellschaft



Fragmentierte Volkssouveränität

Recht, Gerechtigkeit und der demokratische Einspruch in der Weltgesellschaft

Von Dr. Thore Prien

2010, ca. 200 S., brosch., 29,- €, ISBN 978-3-8329-4656-2

(Studien zur Politischen Soziologie, Bd. 4)

Erscheint ca. März 2010

Der Autor widmet sich der Frage, ob mit dem politisch unkontrollierbaren und zerstörerischen Geschehen der Weltgesellschaft nicht doch gleichzeitig neue Möglichkeiten demokratisch motivierter Einsprüche hervorgehen. Dabei eröffnet er unter Rückgriff auf rechtssoziologische Beobachtungen den Horizont einer neuen, fragmentierten Volkssouveränität.

Bitte bestellen Sie im Buchhandel oder versandkostenfrei unter ► www.nomos-shop.de



Nomos

50 Grundlegend Lalive, *Ordre public transnational (ou réellement international)*, *Revue de l'arbitrage* 1986, 327 ff.